ISSN: 0870-8118

REVISTA
da Ordem dos Advogados

Editorial

Renato Lopes Militão

Doutrina

Nuno Sousa e Silva
O Regulamento da Inteligência Artificial: análise introdutória

Diogo Leite de Campos e Susana Soutelinho
A morosidade processual em Direito Tributário Português: os juros

Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de Sousa
Limites à autonomia processual dos Estados-Membros: Os Princípios da Equivalência e da Efetividade

Paulo de Cabral-Vaz
Fundação Família enquanto refracção do Acordo Parassocial — Instrumento protector do património familiar

José Lebre de Freitas
O futuro na execução: a execução sobre bens futuros

Daniel Bessa de Melo
A arbitrabilidade de litígios envolvendo direitos de personalidade

Fernando Silva Pereira
O despacho liminar nas ações contra a participação pública

Ano 84 **Lisboa** **Jul. / Dez. 2024**

Henrique Marques Candeias
As recentes alterações ao regime do direito de retenção de coisa imóvel e o seu impacto no direito executivo e da insolvência

Marta Martins da Costa
O direito ao livre desenvolvimento da personalidade enquanto limite à reposição do equilíbrio do contrato

Luis de Lima Pinheiro
Arbitragem, Blockchain *e Inteligência Artificial*

Maria Amélia Barradas Carlos
SGPS e cláusula geral antiabuso: algumas reflexões

Jurisprudência Comentada

José Lebre de Freitas
Sub-Rogação Legal pelo Pagamento Executivo

Informação Institucional

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

Preço €15

REVISTA
da Ordem dos Advogados

ANO 84
2 0 2 4

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. 313

Doutrina

Nuno Sousa e Silva
O Regulamento da Inteligência Artificial: análise introdutória p. 315

O presente texto inclui a introdução do Regulamnto da Intelegiência Artificial, apresenta os principais conceitos, tais como, Sistema de Inteligência Artificial e Sujeitos. De seguida explica qual o âmbito (material, territorial e temporal) de aplicação do Regulamento, indicando quais os Princípios por este consagrados assim com as práticas proibidas nele previstas — manipulação e exploração de vulnerabilidades; Pontuação (*scoring*) social; Identificação e classificação biométrica, incluindo deteção de sentimentos; Policiamento preditivo, identificando ainda os Sistemas de risco elevado — Qualificação e Regulação, e a obrigação de transparência para certos sistemas. O autor refere também os modelos de finalidade geral, certificação, supervisão e tutela a que está sujeito o Regulamento da Inteligência Artificial e a respetiva aplicação.

Diogo Leite de Campos e Susana Soutelinho
A morosidade processual em Direito Tributário Português: os juros p. 363

Análise sobre a violação do direito constitucional a uma sentença em prazo razoável no âmbito de juros no Direito Tributário, direito igualmente consagrado na LGT na CEDH. Os autores apontam a violação do direito constitucional a uma sentença em prazo razoável, outras ilegalidades e inconstitucionalidades, assim como a violação do dever de respeitar a dignidade da pessoa, o direito da personalidade a uma sentença em prazo razoável. É igualmente analisada a ausência de nexo de causalidade entre os juros e a atuação do contribuinte, a obrigação de o credor Estado minimizar o seu dano ou não o deixar aumentar, o interesse do Estado, bem como o regime jurídico aplicável aos juros passado o prazo de três anos.

Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de Sousa
Limites à autonomia processual dos Estados-Membros: Os Princípios da Equivalência e da Efetividade p. 371

Artigo sobre os limites à autonomia processual dos Estados-Membros, que analisa, por um lado, o Princípio da Equivalência, e por outro, o Princípio da Efetividade, bem como a relação entre estes 2 princípios. A autora defende "que a autonomia processual não pode ser entendida como um princípio geral da União, mas sim como o reconhecimento de uma

competência que se mantém no domínio dos EM." e que "Embora a tendência da legislação e da jurisprudência da UE seja no sentido de uma crescente "comunitarização" das normas processuais nacionais, não se vislumbra uma política europeia global e coerente que possa conduzir a uma eventual harmonização processual, mantendo-se uma atuação ad hoc por parte da UE".

Paulo de Cabral-Vaz

A Fundação Família enquanto refracção do Acordo Parassocial — Instrumento protector do património familiar p. 457

A Lei-Quadro das Fundações não permite a constituição de Fundações Família enquanto realidade jurídica específica tendente a preservar o património familiar. Neste contexto axiológico, o regime jurídico do acordo parassocial poderá constituir o instrumento legal a utilizar na conservação e desenvolvimento económico do património familiar, libertando recursos que permitam a solvabilidade financeira da Família e a titularidade do património em território português e assim contribuindo, também, para a riqueza nacional.

José Lebre de Freitas

O futuro na execução: a execução sobre bens futuros p. 471

O artigo versa sobre a penhora de direito de crédito futuro ou de coisa futura, analisa o conflito entre o direito do exequente e o direito de terceiro. O autor escreve também sobre a penhora de direito de crédito futuro cedido e sobre Contrato-promessa de transmissão de coisa objeto de penhora anterior.

Daniel Bessa de Melo

A arbitrabilidade de litígios envolvendo direitos de personalidade p. 485

A arbitrabilidade é um pilar fundamental na construção do edifício jurídico da arbitragem, ao ser através dela que se enunciam as pretensões suscetíveis de serem apreciadas por árbitros. Em exegese aos critérios de arbitrabilidade previstos na Lei da Arbitragem Voluntária de 2011, o estudo pretende analisar a suscetibilidade de litígios envolvendo direitos de personalidade constituírem objeto arbitral. Concretamente, será dado enfoque às pretensões pelas quais se pretenda a efetivação da tutela ressarcitória dos direitos de personalidade e às que contendam com os ditos "negócios de personalidade", concluindo-se pela arbitrabilidade de ambas.

Fernando Silva Pereira

O despacho liminar nas ações contra a participação pública p. 519

O presente texto começa por introduzir as Ações contra a Participação Pública, e parte para a análise das regras comuns em matéria de garantias processuais, do indeferimento liminar de pedidos manifestamente infundados. Enumera os principais desafios decorrentes da transposição da Diretiva (EU) 2024/1069 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de abril de 2024, destinada à proteção das pessoas envolvidas na participação pública contra pedidos manifestamente infundados ou processos judiciais abusivos («ações judiciais estratégicas contra a participação pública»), fazendo o enquadramento do problema, seja quanto ao âmbito de aplicação da Diretiva, ao seu conteúdo e efeitos, seja no que toca às questões procedimentais e de recurso.

Henrique Marques Candeias

As recentes alterações ao regime do direito de retenção de coisa imóvel e o seu impacto no direito executivo e da insolvência p. 541

O Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho, trouxe novidades ao regime do direito de retenção presente no Código Civil. neste artigo pretendemos dar uma primeira abordagem às alterações legislativas que o Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho, provocou. Tentaremos compreender as soluções postas no Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho, na sequência da doutrina e jurisprudência sobre o regime do direito de retenção de coisa imóvel; abordar o conteúdo material das novidades legislativas; questionar a qualificação do direito de retenção de coisas imóveis ao abrigo do Código Civil alterado; e trabalhar o novo regime do direito de retenção em confronto com o direito executivo e da insolvência. Não nos versaremos sobre a solução dada pelo legislador à aplicação desta alteração legislativa no tempo.

Marta Martins da Costa

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade enquanto limite à reposição do equilíbrio do contrato p. 587

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na sua dimensão de direito de liberdade ou de liberdade geral de ação, constitui o parâmetro da Lei Fundamental mais adequado para conferir tutela constitucional ao argumento de que é reconhecido aos sujeitos um espaço de liberdade na composição da sua esfera jurídica, vazio de intervenção estadual, que lhes permite, até certo ponto, a assunção de vinculações desequilibradas e, adiante, lhes garante a manutenção da equação subjacente ao negócio jurídico em cenários de perturbação na sua execução, tornando tendencialmente estável o programa obrigacional que escolheram definir.

Luis de Lima Pinheiro

Arbitragem, *Blockchain* e Inteligência Artificial p. 625

O presente texto inicia-se com a introdução à Blockchain, analisa algumas aplicações particularmente relevantes da tecnologia Blockchain: os contratos inteligentes [*smart contracts*] e as *organizações autónomas descentralizadas* [*Decentralized Autonomous Organizations*], designadas como DAOs, centrando a sua atenção nos modos de resolução alternativa de litígios nas plataformas de Blockchain (Aspetos gerais; *Blockchain Dispute resolution mechanisms*; Arbitragem *Blockchain*; Inteligência Artificial e resolução alternativa de litígios nas plataformas de *Blockchain*), assim como nos litígios transnacionais e direito aplicável ao mérito da causa (transnacionalidade das relações estabelecidas na *Blockchain*; *Lex cryptographia?*; Direito de Conflitos da Arbitragem e contratos inteligentes; Direito de Conflitos da Arbitragem e DAOs) Por fim, apresenta algumas perspetivas futuras sobre a *Blockchain*.

Maria Amélia Barradas Carlos

SGPS e cláusula geral antiabuso: algumas reflexões p. 683

Entre o conhecimento científico do tema que tem por objeto as SGPS e a crescente pertinência atribuída às holdings como instrumento de organização societária em cujo universo aquelas se inscrevem, encontramos uma zona difusa de conformidade à lei, num contexto de escândalos financeiros e desafios globais, que obrigam a recentrar a finalidade societária e as caraterísticas dos atos ou construções negociais, à luz da proibição da elisão ou abuso, com apelo à coordenação fiscal europeia e internacional.

Jurisprudência Comentada

José Lebre de Freitas
Sub-Rogação Legal pelo Pagamento Executivo 701

O presente artigo constitui uma reflexão sobre duas questões de direito civil que foram objeto de decisão contrária pelo Tribunal da Relação de Évora, em 28.9.23, e pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 17.4.24, no mesmo processo 1768/21 (v. <dgsi.pt>), em particular, sobre a figura da Sub-Rogação Legal pelo Pagamento Executivo, quer quanto à possibilidade de pagamento voluntário quer de pagamento executivo. O autor escreve também sobre a hipotese de Direito de regresso, e ainda sobre a interrupção da prescrição da obrigação de restituir por enriquecimento sem causa.

Informação Institucional

- Jurisprudência dos Conselhos 717
- Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas 717
- Vida Interna 717

EDITORIAL

O Professor Doutor António Manuel Hespanha, que lamentavelmente a morte levou quando ainda tinha muito para nos dar, foi um dos mais insignes historiadores do Direito. Aliás, é um dos historiadores mais citados no Mundo. Porém, a obra que nos deixou vai muito para além da História do Direito e da História Institucional e Política. Boa parte dela é dedicada à Filosofia do Direito e à Cultura Jurídica do Ocidente Europeu.

Revisitei recentemente um dos seus livros — *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*. Ao reler algumas partes do mesmo, não resisti a prestar homenagem ao Professor Doutor António Hespanha neste editorial da Revista da Ordem dos Advogados.

Na verdade, tal homenagem sempre seria de justiça pelo legado geral do cidadão e do cultor do Direito que foi o Professor Doutor António Hespanha. Todavia, esses segmentos de *O Caleidoscópio do Direito* que reli tornaram a não me deixar esquecer uma das mais importantes funções da ROA, o que é dizer, uma das principais razões da existência da nossa Revista.

Com efeito, aí refletiu o Professor Doutor António Hespanha, designadamente, sobre a doutrina jurídica enquanto fonte de Direito. Ao fazê-lo, além do mais, na linha de Savigny, enfatizou que a interpretação da lei constitui um momento forçoso da sua realização. Ora, prosseguiu o citado Mestre, sendo a interpretação da lei, bem como a sua integração, tarefas fundamentais da doutrina, esta apresenta-se como uma fonte fundamental de Direito. Por conseguinte, concluiu o referido autor, é afinal a doutrina jurídica (a par da jurisprudência) quem fixa e consolida o sentido com que as leis hão de ser aplicadas. A tanto acresce, ainda segundo o Professor Doutor António Hespanha, que a doutrina exerce um papel da maior importância na criação das leis.

Escrevi num editorial anterior que, a meu ver, sempre foi orientação das direções da Revista da Ordem dos Advogados privilegiarem a publicação de trabalhos doutrinários relativamente a textos institucionais, sendo

intenção da atual direção da nossa Revista acentuar esta linha editorial. Se já então estava em crer que a função primordial da ROA deve ser a publicação de trabalhos de caráter doutrinal, justamente atenta a incontornável e insubstituível relevância da doutrina enquanto fonte de Direito, ao reler as referidas passagens de *O Caleidoscópio do Direito* fiquei sem quaisquer dúvidas a tal respeito.

Lisboa, 4 de maio de 2025

Renato Lopes Militão

Doutor em Direito — Ciências Jurídico-Criminais

Subdiretor da ROA

O REGULAMENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: ANÁLISE INTRODUTÓRIA

Pelo Prof. Doutor Nuno Sousa e Silva(*)

Sumário:

1. Introdução. 2. Estrutura, objetivos e abordagem. 3. Conceitos. 3.1. Sistema de Inteligência Artificial. **3.2.** Sujeitos. **4. Âmbito (material, territorial e temporal) de aplicação. 5. Princípios. 6. Práticas proibidas. 6.1.** Manipulação e exploração de vulnerabilidades. **6.2.** Pontuação (*scoring*) social. **6.3.** Identificação e classificação biométrica, incluindo deteção de sentimentos. **6.4.** Policiamento preditivo. **7. Sistemas de risco elevado. 7.1.** Qualificação. **7.2.** Regulação. **8. Obrigação de transparência para certos sistemas. 9. Modelos de finalidade geral. 10. Certificação, supervisão e tutela. 11. Conclusão.**

1. Introdução

A rápida evolução tecnológica das últimas décadas — gerando um vasto acervo de informação digitalizada e acessível (possibilitada pela Internet) e os avanços em termos de *hardware* e de *software* —, permitiu que certas técnicas matemáticas (ditas de aprendizagem automática), até então incipientes, se tornassem operativas e mesmo revolucionárias. Isso está na base dos vertiginosos desenvolvimentos em matéria de Inteligência Artificial registados nos últimos anos.

(*) Advogado e Prof. Auxiliar da Universidade Católica Portuguesa (Porto). E: <nsilva@ucp.pt>. W: <www.nss.pt>. Este texto beneficiou da troca de ideias e sugestões de Rafael Dias Almeida e Pedro Sousa e Silva, que se registam e agradecem. Este artigo coincide parcialmente com um texto em inglês "The Artificial Intelligence Act: Critical Overview" aceite para publicação na JIPITEC.

Contudo, apesar das inúmeras vantagens que esta evolução proporciona(1), o tom catastrofista tem ganhado proeminência(2).

Desde a segunda década deste século XXI que a segurança em Inteligência Artificial (adiante "**IA**") se tem afirmado como ramo interdisciplinar de estudo, indo para além de considerações éticas no desenvolvimento de sistemas(3). Existem discussões relativas à transparência e possibilidade de explicação de decisões tomadas por sistemas de IA(4), ao potencial discriminatório ou gerador de injustiça na utilização destes sistemas(5), e a questões relativas ao controlo e alinhamento do sistema com valores humanos(6). Sublinha-se a necessidade premente de garantir a robustez e qualidade técnica destes sistemas(7). Assinalam-se as práticas

---

(1) Entre muitas outras, refira-se a aceleração do desenvolvimento de medicamentos [J. Jumper, *et al.*, 'Highly accurate protein structure prediction with AlphaFold' *Nature* 596 (2021), pp. 583-589] e vacinas [A Sharma, *et al.*, *Artificial Intelligence-Based Data-Driven Strategy to Accelerate Research, Development, and Clinical Trials of COVID Vaccine.* BioMed research international (2022)], do combate às alterações climáticas (J. Cowls, *et al.*, 'The AI gambit: leveraging artificial intelligence to combat climate change — opportunities, challenges, and recommendations' *in* AI & Society 38 (2023), pp. 283-307) e da criação de novos materiais [Phil De Luna (ed.), *Accelerated Materials Discovery: How to Use Artificial Intelligence to Speed Up Development* (De Gruyter 2022)].

(2) Entre as obras mais influentes nesta linha contam-se Nick Bostrom, S*uperintelligence: Paths, Dangers, Strategies* (OUP 2014) e, anterior, Ray Kurzweil, *The Singularity Is Near: When Humans Transcend Biology* (Viking 2005). Com uma visão mais equilibrada, cf. Henry A Kissinger/Eric Schmidt/Daniel Huttenlocher, *The Age of AI: And Our Human Future* (Little, Brown and Company 2021). Um dos principais arautos do apocalipse é Eliezer Yudkowsky.

(3) R.V. Yampolskiy, 'Artificial intelligence safety engineering: Why machine ethics is a wrong approach' *in* AAVV, *Philosophy and Theory of Artificial Intelligence* (Springer 2013) pp. 389-396.

(4) Trata-se daquilo que é designado por XAI (*explainable AI*). Sobre o tema numa perspetiva mais ampla, cf. Frank Pasquale, T*he Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information* (Harvard University Press 2016). Discutindo a existência de um direito à explicação ao abrigo do art. 22.º RGPD, cf. o debate entre Sandra Wachter/Brent Mittelstadt/Luciano Floridi, 'Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation' International Data Privacy Law, Vol. 7(2) (2017), pp. 76-99 e Gianclaudio Malgieri/Giovanni Comande, 'Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation' International Data Privacy Law, 2017, Vol. 7(4), pp. 243-265. O consenso parece ir no sentido de não existir um direito à explicação detalhada da decisão, mas apenas do enunciado dos seus critérios e parâmetros básicos [AAVV, *General Data Protection: Article-by-article commentary* (Hart C. H. Beck 2023), p. 541]. Sobre o debate, cf. Diogo Morgado Rebelo, *Inteligência Artificial e Scoring no Crédito ao Consumo* (Almedina 2023), p. 326, ss.

(5) Entre muitos, Cathy O'Neil, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy* (Brown 2016); Safiya Umoja Noble, *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism* (NYU Press 2018); Meredith Broussard, *More than a Glitch: Confronting Race, Gender, and Ability Bias in Tech* (MIT Press 2023).

(6) Vejam-se as obras de Brian Christian, *The Alignment Problem* (Atlantic Books 2020) e Stuart Russel, *Human Compatible: AI and the Problem of Control* (Penguin 2019).

(7) Max Tegmark, *Life 3.0: Being Human in the Age of Artificial Intelligence* (Penguin 2017) propõe uma análise assente em quatro vetores: verificação, validação, controlo e segurança.

extrativas, tanto de dados (alguns protegidos por direitos de propriedade intelectual), como de minerais e alerta-se para o consumo de energia associado à IA([8]).

Nos últimos anos os juristas e o poder político começaram a olhar para o tema, procurando adotar regras adequadas para fazer face aos múltiplos desafios por ele colocados. De um ponto de vista jurídico, os temas são muitos e têm impacto designadamente em matéria de Direitos Fundamentais (liberdade, trabalho e emprego, privacidade, igualdade e não discriminação, participação democrática, acesso à justiça, liberdade de expressão e informação, organização política, proteção do meio ambiente), de responsabilidade civil e penal, de proteção de dados pessoais, da privacidade e dos direitos de personalidade, da Propriedade Intelectual, do Direito da Concorrência, Direito do Ambiente, Direito Penal, Direito Fiscal e do Direito Administrativo([9]).

([8]) Kate Crawford *Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence* (Yale University Press 2021).

([9]) As monografias sobre Direito e Inteligência Artificial têm-se multiplicado. Numa primeira fase o estudo (e a abordagem do Parlamento Europeu) focou-se na robótica cabendo destacar entre as obras mais gerais Ugo Pagallo, *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts* (Springer 2013); Alain Bensoussan/Jérémy Bensoussan, *Droit des Robots* (Larcier 2015) e Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law* (EE 2016). Aliás, a tendência de focar a análise na robótica estendia-se para além do Direito como evidencia a obra geral de Patrick Lin/Keith Abney/George A. Bekey (eds.), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (MIT Press 2011). Nestas obras abordavam-se essencialmente temas de personalidade, crime, contratos e ilícitos civis (responsabilidade). Estes assuntos estavam também ligados aos aspetos relacionados com a condução autónoma, que tem vindo a ser objeto de monografias, inclusivé em Portugal [Sofia Alcaide, *A Responsabilidade Civil por Danos Causados por Veículos Autónomos* (Almedina 2021)]. Outros como Moisés Barrio Andrés (eds.), *Derecho de los Robots* (Wolters Kluwer 2018) iam já mais longe tratando também de temas de Direito do Trabalho, Direito Financeiro e Tributário, Direito da Saúde e do seu impacto nas profissões jurídicas. Ainda sobre a perspetiva de Direito e Robótica, mas centrando já a análise na Inteligência Artificial pode ver-se Jacob Turner, *Robot Rules* (Palgrave 2019) e Ryan Abbott, *The Reasonable Robot* (Cambridge University Press 2020). Obedecendo à tendência mais geral, também a nível regulatório os juristas passaram a preferir a análise centrada na Inteligência Artificial. Vai já nesse sentido o pequeno opúsculo de Henrique Sousa Antunes, *Direito e Inteligência Artificial* publicado pela Universidade Católica Editora em 2020. Levantamentos monográficos de cariz geral incluem Matt Hervey/Matthew Lavy (eds.), *The Law of Artificial Intelligence* (Sweet & Maxwell 2020); Woodrow Barfield/Ugo Pagallo, *Advanced Introduction to Law and Artificial Intelligence* (Edward Elgar 2020); Woodrow Barfield/Ugo Pagallo (eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence* (Edward Elgar 2020); Jan De Bruyne/Cedric Vanleenhove (eds.), *Artificial Intelligence and the Law* (Intersentia 2021); Hoeren/Pinelli, *Künstliche Intelligenz — Ethik und Recht* (C. H. Beck 2022); Mafalda Miranda Barbosa, *Inteligência Artificial* (Gestlegal 2021) e Charles Kerrigan, *Artificial Intelligence: Law and Regulation* (Edward Elgar 2022). Pela sua abrangência merece ainda destaque a obra Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter, *Künstliche Intelligenz und Robotik* (C.H. Beck 2020) que, em mais de mil páginas, faz também análises sectoriais. Esta análise tem vindo a ser feita essencialmente de uma perspetiva dogmática, mas existem igualmente estudos empíricos, teorias críticas e análise económica do

Embora as iniciativas regulatórias tenham lugar um pouco por todo o mundo, deve ser dado especial destaque ao papel da União Europeia(10). Efetivamente, o Parlamento Europeu começou por adotar, a 16 de Fevereiro de 2017, uma resolução com recomendações à Comissão Europeia sobre regras de Direito Civil sobre robótica(11). Nessa resolução reconhecem-se os perigos e oportunidades da robótica e da inteligência artificial e são feitas várias sugestões para a respectiva regulação instando-se a Comissão a apresentar uma proposta legislativa sobre questões jurídicas relacionadas com o desenvolvimento e a utilização da robótica e da Inteligência Artificial. Em anexo a esse documento foram ainda apresentadas recomendações relativas ao conteúdo de uma tal proposta — incluindo a definição de robot, a criação de um sistema de registo gerido por uma agência europeia, regras de responsabilidade civil, seguros e fundos de garantia e o estabelecimento de regras de interoperabilidade — e uma "Carta da Robótica", um código de conduta voluntário dirigido a investigadores e *designers* em robótica. Esta resolução de 2017 acelerou a discussão sobre os temas jurídicos ligados à inteligência artificial e robótica(12).

No ano seguinte a Comissão apresentou duas comunicações "Inteligência artificial para a Europa"(13) e "Plano coordenado para a Inteligência Artificial"(14), tendo-se sucedido as resoluções, estudos e relatórios, mere-

---

Direito [v.g. Georgios Zekos, *Economics and Law of Artificial Intelligence* (Springer 2021)]. Em Portugal entre as publicações recentes devem destacar-se Diogo Morgado Rebelo, *ob. cit.*; Anabela Miranda Rodrigues/Susana Aires de Sousa (eds.), *I Congresso Inteligência Artificial e Direito* (Almedina 2023) e Luís Manuel Pica, *A Inteligência Artificial no Direito Tributário — Fundamentos e Limites Constitucionais* (Almedina 2023).

(10) Para lá da UE, a 17 de Maio de 2024 foi aprovada Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law no âmbito do Conselho da Europa (organização internacional autónoma que transcende a União Europeia) (neste texto "**Convenção CoE**"). No mesmo mês de 2024 as guidelines da OCDE (Recommendation on Artificial Intelligence) de 2019 foram revista (C/MIN(2024)16/FINAL). Nos EUA existe legislação sectorial, iniciativas (e.g. USC 15 Chpater 19 — National Intelligence Iniative), legislação estadual e ordens executivas, mas ainda não foi aprovada nenhuma lei federal de caráter geral. Uma parte dos países, como Austrália, Japão, Israel, Singapura ou Índia, tem seguido abordagens de *soft law*, complementadas por intervenções sectoriais. Têm surgido algumas propostas de legislação p. ex. no Brasil e no Canadá. Em Julho de 2023 o Peru adotou a Ley n.º 31814 com vista à promoção do uso de IA. Para um acompanhamento dos desenvolvimentos legislativos e regulatórios nesta matéria, cf. <https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/ai-watch-global-regulatory-tracker>.

(11) [2015/2103(INL)]. A resolução, aprovada com 396 votos a favor (123 contra e 85 abstenções), teve como relatora a luxemburguesa Mady Delvaux.

(12) Sobre o estado do tema nessa data veja-se o texto, escrito na sequência desta resolução, Nuno Sousa e Silva, 'Direito e Robótica: Uma primeira *aproximação*' Revista da Ordem dos Advogados [2017], pp. 485-551.

(13) COM(2018)237 final, de 25 de abril de 2018.

(14) COM(2018)795 final, de 7 de dezembro de 2018.

cendo especial destaque o "Livro Branco sobre a Inteligência Artificial" apresentado pela Comissão em Fevereiro de 2020([15]).

A 20 de outubro de 2020 o Parlamento Europeu aprovou uma resolução com recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial([16]). Esse documento continha o texto de um projeto de regulamento sobre a responsabilidade pela operação de sistemas de IA. No considerando 9 dessa proposta pode ler-se:

> *A Diretiva 85/374/CEE do Conselho («Diretiva relativa à responsabilidade decorrente dos produtos») demonstra ser há mais de 30 anos um meio eficaz para obter indemnização pelos danos causados por um produto defeituoso. Portanto, também deverá ser utilizada no que respeita a ações de responsabilidade civil de uma parte que sofra prejuízos ou danos contra o produtor de um sistema de IA defeituoso*.

De facto, o regime dessa Diretiva, transposta em Portugal pelo DL 383/89, de 6 de Novembro([17]), enfrenta algumas dificuldades de aplicação relativamente a *software* e, mais genericamente, a conteúdo digital ou bens com conteúdo digital (incluindo agentes de inteligência artificial e robots autónomos). Além disso, colocam-se algumas restrições e obstáculos práticos à obtenção de indemnizações([18]). Por isso, no dia 28 de setembro de 2022, a Comissão Europeia apresentou duas propostas: uma revisão da Diretiva relativa à responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, que visa substituir a Diretiva 85/374/CE([19]) e uma nova Diretiva relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial([20]).

No entanto, a principal abordagem regulatória deste fenómeno consiste no Regulamento da Inteligência Artificial, conhecido ***AI Act***([21]). Este regulamento nasceu de uma proposta apresentada pela Comissão Europeia

---

([15]) Com o subtítulo "— Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança" (COM(2020)65 final). Sobre o tema *vide* Graça Enes, 'A estratégia europeia para a Inteligência Artificial' *in* Maria Raquel Guimarães/Rute Teixeira Pedro, *Direito e Inteligência Artificial* (Almedina 2023), pp. 37-91.

([16]) 2020/2014(INL).

([17]) A Diretiva 85/374 foi alterada pela Diretiva 1999/34/CEE de 10 de Maio, por sua vez transposta pelo DL 131/2001 de 24 de Abril. Sobre o regime a obra fundamental continua a ser J. Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor* (Almedina 1990).

([18]) Henrique Sousa Antunes, 'Responsabilidade Civil do Produtor: os danos ressarcíveis na era digital' Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 1, 2019, pp. 1476-1485.

([19]) COM(2022)495 final.

([20]) COM(2022)496 final.

([21]) Neste texto referido como "**Regulamento**" e ao qual, salvo indicação ou contexto contrário, pertencerão as normas citadas sem outra indicação. A base legislativa utilizada é dupla: os arts. 16.º (relativo à proteção de dados) e 114.º (relativo ao mercado interno), ambos do TFUE.

em Abril de 2021(22). A proposta foi objeto de intensas negociações (incluindo uma maratona de 36 horas entre representantes da Comissão Europeia, Parlamento Europeu e Conselho), profundas alterações e um *corrigendum* (de 19 de Abril de 2024), tendo sido aprovada a 13 de Junho de 2024 e publicada a 12 de Julho sob o número 2024/1689(23).

Este artigo procura fazer uma apresentação sucinta dos principais aspetos deste Regulamento.

2. Estrutura, objetivos e abordagem

O Regulamento é um bom exemplo da tendência que já foi chamada de "brutalidade regulatória"(24). Como se tornará claro nas próximas páginas, a legislação é particularmente complexa, envolvendo 68 definições, 113 artigos, 13 anexos e 180 considerandos. As sanções previstas são extremamente severas (podendo chegar a 7% da receita global do infrator ou 35 milhões de euros), o âmbito de aplicação territorial é particularmente amplo e a supervisão é feita ao nível nacional e europeu, estabelecendo-se uma nova arquitetura regulatória, que inclui, a nível da União, o Serviço para a IA (*EU AI Office*), o Comité Europeu para a IA (*EU AI Board*), um fórum consultivo e um painel científico de peritos independentes (arts. 64.º e ss.) e, a nível nacional, pelo menos uma autoridade nacional notificadora e uma autoridade nacional de fiscalização de mercado (art. 70.º).

Este instrumento legislativo é composto por 13 capítulos(25):

---

(22) COM(2021)206 final. Para uma descrição dos antecedentes e principais traços da evolução das propostas até 2023 cf. Marta Boura, 'Inteligência Artificial. Quadro jurídico e reflexões sobre a Proposta de Regulamento de Inteligência Artificial' Revista Electrónica de Direito, Vol. 32(3) (2023) pp. 100-123; Nikos Th. Nikolinakos, *EU Policy and Legal Framework for Artificial Intelligence, Robotics and Related Technologies-The AI Act* (Springer 2023) e Carmen Muñoz García, *Regulación de la inteligencia artificial en Europa* (Tirant lo Blanch 2023), p. 13, ss.

(23) Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2024 que cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial e que altera os Regulamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e as Diretivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Regulamento da Inteligência Artificial).

(24) V. Papakonstantinou/Paul De Hert, 'The Regulation of Digital Technologies in the EU: The law-making phenomena of "act-ification", "GDPR mimesis" and "EU law brutality"' Technology and Regulation [2022], pp. 48-60.

(25) A descrição que segue é simplifcada, ou seja, os títulos dos capítulos não são exatamente os que enuncio.

1) disposições gerais;
2) práticas proibidas;
3) sistemas de risco elevado;
4) obrigações de transparência para certo tipo de sistemas;
5) modelos de finalidade geral;
6) medidas de apoio à inovação;
7) governação;
8) base de dados relativo a sistema de risco elevado;
9) partilha de informações e fiscalização do mercado;
10) códigos de conduta e orientações;
11) delegação de poderes e procedimentos do Comité;
12) sanções; e
13) disposições finais.

A grande divisão do Regulamento é feita com base numa classificação de risco dos sistemas de IA([26]). Esta classificação tem em conta as utilizações ou aplicações dos sistemas de IA. Está assim em causa saber para que é o que sistema foi concebido, a chamada "finalidade prevista", definida no art. 3.º/12 como "*utilização a que o prestador destina o sistema de IA, incluindo o contexto específico e as condições de utilização, conforme especificado nas informações facultadas pelo prestador nas instruções de utilização, nos materiais e declarações promocionais ou de venda, bem como na documentação técnica*". Nesse sentido, a mesma algoritmia e *software* aplicados no sistema A pode levar a uma classificação com um nível de risco diferente do sistema B([27]). Por outro lado, à partida o presta-

([26]) Fala-se por isso numa *risk based approach*. "Risco" é definido no art. 3.º/2 do Regulamento como "*a combinação da probabilidade de ocorrência de danos com a gravidade desses danos*". Sobre a abordagem regulatória baseada no risco *vide* Giovanni De Gregorio/Pietro Dunn, 'The European risk-based approaches: Connecting constitutional dots in the digital age' Common Market Law Review, Vol. 59(2) (2022), pp. 473-500. Criticando a noção de risco no contexto do regulamento, cf. Marco Almada/Nicolas Petit, 'The EU AI act: a medley of product safety and fundamental rights?' RSC Working Paper 2023/59, pp. 19-20.

([27]) Frequentemente existirá uma dificuldade em determinar a utilização em causa — se o sistema tem várias aplicações possíveis e o Regulamento se aplica a toda a cadeia de distribuição do sistema poderá esse sistema ter níveis de risco diferentes ao longo da cadeia? A resposta deve ser afirmativa. Como se dá nota, o que importa para a classificação é a utilização prevista. Quando o sistema foi concebido para uma dada utilização, de risco reduzido está a ser efetivamente utilizado para uma apli-

dor poderá afastar a aplicação de certas normas ou mesmo do Regulamento como um todo, se for cuidadoso e explícito nas instruções e nos materiais que disponibilize([28]).

Existem essencialmente dois níveis de risco: risco intolerável (que leva à proibição de determinadas práticas ou utilizações de sistemas de IA — art. 5.º)([29]) e risco elevado([30]). A generalidade das regras são destinadas aos sistemas de risco elevado. O art. 5.º apresenta, como veremos, dificuldades de interpretação e delimitação. Nesse sentido, é essencial recorrer ao art. 6.º, que define os sistemas de risco elevado, para perceber qual o âmbito de aplicação das práticas proibidas. Se o Regulamento considera que uma determinada utilização do sistema de IA é de risco elevado, então esta não poderá ser incluída nas práticas proibidas.

O Regulamento disciplina também os chamados modelos de IA de finalidade geral, isto é, "*um modelo de IA* (…) *que apresenta uma generalidade significativa e é capaz de executar de forma competente uma vasta gama de tarefas distintas, independentemente da forma como o modelo é colocado no mercado, e que pode ser integrado numa variedade de siste-*

---

cação de risco elevado, o art. 25.º prevê que essa alteração de finalidade possa alterar a qualificação do sujeito que a fez, passando este de "responsável pela implementação" (o utilizador) a "prestador" (o principal responsável por garantir o respeito pelo Regulamento). Além disso, o Regulamento trata dos modelos gerais (art. 51.º e ss.), que podem ser usados para muitas finalidades.

([28]) Art. 8.º. Mesmo assim, o Regulamento obriga o produtor de um sistema de risco elevado a ter um sistema de gestão de riscos, onde se inclui [art. 9.º/2/*b*)] a estimativa e avaliação dos riscos que podem surgir de uma "utilização indevida razoavelmente previsível", definida como "*utilização de um sistema de IA de uma forma não conforme com a sua finalidade prevista, mas que pode resultar de um comportamento humano razoavelmente previsível ou de uma interação razoavelmente previsível com outros sistemas, incluindo outros sistemas de IA*" (art. 3.º/13).

([29]) Pode perguntar-se se esta abordagem faz sentido. Se a mesma aplicação ou prática ocorresse sem recurso a sistemas de IA seria lícita? Se a resposta for negativa, então a associação aos sistemas de IA será irrelevante. Na verdade, o que está em causa o art. 5.º é a regulação de condutas.

([30]) O art. 50.º não diz respeito a "baixo risco" ou "risco limitado", aplica-se à luz da utilização em causa, independentemente da classificação de risco do sistema. Assinala-se frequentemente que existem sistemas de IA, como videojogos e filtros de *spam*, que não estão abrangidas pelo Regulamente, constituiriam uma outra categoria de "ausência de risco". Ora, tudo na vida tem os seus riscos… Parece-me preferível assinalar apenas que esses sistemas não são abrangidos pelo Regulamento. Marco Almada/Nicolas Petit, *ob. cit.*, pp. 8-9 falam em três regimes: risco intolerável (art. 5.º), alto risco (coberto pelo Regulamento) e outros sistemas de IA (que não são abrangidos pelo Regulamento, mas que poderão estar sujeitos i.a. ao Regulamento 2023/988 relativo à segurança geral dos produtos). No sentido, do qual discordo, de existirem quatro níveis de risco cf. Maria João Vaz, *et al.*, 'Análise crítica da Proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial: considerações sobre os sistemas de identificação biométrica em especial' (2023). JusGov Research Paper N.º 2023-06 *in* <https://ssrn.com/abs tract=4420154>, p. 5. Falando em três níveis, cf. Emilija Leinarte, 'The Classification of High-Risk AI Systems Under the EU Artificial Intelligence Act' Journal of AI Law and Regulation, Vol. 1(3) (2024), pp. 262-264.

mas ou aplicações a jusante, exceto os modelos de IA que são utilizados para atividades de investigação, desenvolvimento ou criação de protótipos antes de serem colocados no mercado" (art. 3.º/63), em especial aqueles que apresentem risco sistémico (arts. 51.º e ss.).

A abordagem seguida no Regulamento alinha-se com a legislação sobre segurança e liberdade de circulação de mercadorias, nomeadamente o Regulamento (UE) 2023/988 de 10 de maio de 2023 relativo à segurança geral dos produtos([31]), e os instrumentos normativos sectoriais sobre brinquedos([32]), cosméticos([33]), ou dispositivos médicos([34]). Em todos estes regimes está em causa a regulação com vista à garantia de segurança no mercado comum([35]). Esta opção trata os sistemas de inteligência artificial como mercadorias, sujeitando os sistemas de risco elevado a uma marca de conformidade (*CE* — abreviatura de *conformité européenne*) através da qual se confirma que houve uma verificação e que o sistema de IA (de risco elevado) está de acordo com a legislação europeia aplicável (art. 48.º)([36]). A forma mais simples de evitar ambiguidades e dificuldades interpretativas passará por seguir os padrões e normas técnicas aprovadas ao abrigo

---

([31]) Em 2008 a UE adotou o chamado "Novo Quadro Legislativo" (New Legislative Framework) atualizando as regras gerais para garantia da segurança e conformidade de produto, acompanhado de regras especiais para determinadas categorias (nesta data 26 categorias, incluindo elevadores, material de construção, explosivos, rádio, fertilisantes, baterias, máquinas e *drones*). O Regulamento faz agora parte dessa categoria de legislação.

([32]) Directiva 2009/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de Junho de 2009 relativa à segurança dos brinquedos

([33]) Regulamento (CE) n.º 1223/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Novembro de 2009, relativo aos produtos cosméticos.

([34]) Regulamento (UE) n.º 2017/745 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2017, relativo aos dispositivos médicos. Como se lê no considerando 19 deste regulamento "*É necessário clarificar que o software, por si só, é qualificado como dispositivo médico quando especificamente destinado pelo fabricante a ser utilizado para um ou vários fins médicos indicados na definição de dispositivo médico, ao passo que o software de uso geral, mesmo quando utilizado num contexto de saúde, ou o software previsto para fins relacionados com o estilo de vida e o bem-estar, não são um dispositivo médico. A qualificação de um software, quer como dispositivo quer como acessório, deverá ser independente da localização do software ou do tipo de interconexão entre este e um dispositivo*". Sobre este regulamento, cf. Peter Feldschreiber (ed.), *The Law and Regulation of Medicines and Medical Devices* (OUP 2021).

([35]) Michael Veale/Frederik Zuiderveen Borgesius, 'Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act — Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach' Computer Law Review International (2021), p. 98. Nesse sentido o AI Act faz copiosas referências ao Regulamento (UE) 2019/1020 relativo à fiscalização do mercado e à conformidade dos produtos.

([36]) As regras da marcação CE constam do Regulamento (CE) n.º 765/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 Julho de 2008, que estabelece os requisitos de acreditação e fiscalização do mercado relativos à comercialização de produtos. As normas sobre standards constam do Regulamento (UE) n.º 1025/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012 relativo à normalização europeia.

do Regulamento de Standards(37), beneficiando desse modo de uma presunção de conformidade (arts. 40.º/1 e 42.º/2)(38).

Apesar disso, o Regulamento não pode deixar de ter presente a complexidade (e sofisticação) da Inteligência Artificial. Para usar as palavras de Laura Caroli, "[um sistema de] IA não é uma torradeira"(39). Por esse motivo, o AI Act apresenta consideráveis desvios face ao paradigma regulatório de segurança dos produtos, nomeadamente a imposição de deveres aos utilizadores dos sistemas (art. 26.º) e, nalguns casos, uma avaliação de impacto sobre os direitos fundamentais (art. 27.º). Nesse sentido, estamos perante um híbrido, que conjuga uma abordagem típica do RGPD com outra, própria do Direito Regulatório, que é utilizada em instrumentos como o Regulamento (UE) n.º 2017/745 relativo a dispositivos médicos. No entanto, à exceção do direito a apresentar queixa (art. 85.º) e a uma explicação do papel do sistema de IA em determinadas decisões (art. 86.º), este Regulamento não consagra direitos subjetivos.

Não obstante estar em causa um regulamento de "Inteligência Artificial" parece-me que muitas destas práticas e atuações, em especial as práticas proibidas, já estariam cobertas por outro quadro regulatório, nomeadamente o Regulamento dos Serviços Digitais(40), o Regulamento Geral de Proteção de Dados(41), as regras de lealdade na concorrência e proteção do consumidor, incluindo o Direito da Publicidade e, de um modo mais geral, as normas de proteção de direitos de personalidade e Direitos Fundamentais(42). Não nos podemos esquecer que a regulamentação da Inteli-

---

(37) Regulamento (UE) n.º 1025/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012 relativo à normalização europeia, que altera as Diretivas 89/686/CEE e 93/15/CEE do Conselho e as Diretivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE e 2009/105/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga a Decisão 87/95/CEE do Conselho e a Decisão 1673/2006/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

(38) Michael Veale/Frederik Zuiderveen Borgesius, *ob. cit.*, p. 105 assinalam que este será provavelmente o caminho seguido pela generalidade dos produtores.

(39) <https://iapp.org/news/a/will-the-eu-ai-act-work-lessons-learned-from-past-legislative-initiatives-future-challenges/>. Na mesma linha, cf. Marco Almada/Nicolas Petit, *ob. cit.*

(40) Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento dos Serviços Digitais).

(41) Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

(42) Cf. Stefan Scheurer, 'Artificial Intelligence and Unfair Competition — Unveiling an Underestimated Building Block of the AI Regulation Landscape' GRUR Int, Vol. 70(9) (2021), pp. 834-845.

gência Artificial não começa nem acaba neste Regulamento, não obstante a sua inegável importância(43).

3. Conceitos

O Regulamento adotou uma abordagem maximalista às definições, definindo termos que constam já do acervo europeu como "dados pessoais", "dados não pessoais", "definição de perfis", "dados biométricos", consagrando definições pouco úteis como "literacia no domínio de IA" e termos que são autoexplicativos tais como "espaço acessível ao público", "dados de treino" ou "instruções de utilização"(44).

Em contrapartida, o termo "aplicação da lei" é enganador face ao seu sentido comum. Este termo, que surge 98 vezes no Regulamento, é definido no art. 3.º/46 como "*as atividades realizadas por autoridades responsáveis pela aplicação da lei ou em nome destas para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a proteção contra ameaças à segurança pública e a prevenção das mesmas*", sendo a "autoridade responsável pela aplicação da lei" "*uma autoridade pública competente para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a proteção contra ameaças à segurança pública e a prevenção das mesmas; ou qualquer outro organismo ou entidade designado pelo direito de um Estado-Membro para exercer autoridade pública e poderes públicos para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou pelo exercício da ação penal relativo a infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a proteção contra ameaças à segurança pública e a prevenção das mesmas*;" (art. 3.º/45). Ou seja, quando o Regulamento se refere à aplicação da lei está a referir-se essencialmente à atividade policial.

---

(43) Mesmo em termos de segurança dos produtos no mercado interno, o considerando 166 assinala que "*é importante os sistemas de IA relacionados com produtos que não são de risco elevado, nos termos do presente regulamento e que, como tal, não são obrigados a cumprir os requisitos aplicáveis a sistemas de IA de risco elevado, sejam seguros quando são colocados no mercado ou colocados em serviço. A fim de contribuir para alcançar esse objetivo, o Regulamento (UE) 2023/988 do Parlamento Europeu e do Conselho deverá ser aplicado como uma rede de segurança*.".

(44) Cf., respetivamente, os números 50, 51, 52, 34, 56, 44, 29 e 15 do art. 3.º. Por outro lado, define-se "infração generalizada" (art. 3.º/61.º) e "falsificações profundas" (arts. 3.º/60.º), que são termos usados apenas uma vez no Regulamento (respetivamente arts. 73.º/3 e 50.º/4).

Apesar do que se disse, a definição de sistema de Inteligência Artificial e a análise das várias categorias de sujeitos são indispensáveis à boa compreensão do Regulamento.

3.1. Sistema de Inteligência Artificial

Um primeiro desafio da regulação passa por encontrar uma definição satisfatória de Inteligência Artificial. Muitas definições associam a inteligência à inteligência humana, à capacidade de utilizar raciocínio para alcançar objetivos. Outras perspetivas abordam o conceito pelas técnicas de programação utilizadas([45]). Depois de muitas discussões, o Regulamento acabou por adotar a definição de "sistemas de Inteligência Artificial", que replica a definição atualizada da OCDE: "*um sistema baseado em máquinas concebido para funcionar com níveis de autonomia variáveis, e que pode apresentar capacidade de adaptação após a implantação e que, para objetivos explícitos ou implícitos, e com base nos dados de entrada que recebe, infere a forma de gerar resultados, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais*" (art. 3.º/1)([46]).

Esta noção parece particularmente ampla e quase coincidente com a noção de *software*. As notas distintivas são a existência de algum grau de

---

([45]) Era essa a abordagem, muito criticada, originalmente proposta pela Comissão Europeia.

([46]) A noção corresponde também à utilizada no art. 2.º da Convenção CoE. Sobre a atualização da definição OCDE veja-se o *Explanatory Memorandum on The Updated OECD Definition of an AI System* (Março 2024), que prefere utilizar, para efeitos regulatório, a noção de *sistemas* de IA. Esta perspetiva vai na linha da que consta da Ordem Executiva norte-americana sobre Inteligência Artificial (*Executive Order 14110 on Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence)*, mas apresenta algumas diferenças assinaláveis. A Ordem presidencial, que generaliza a abordagem da Executive Order 13960 (essa dirigida apenas às agências federais), assenta sobretudo em exigências de cibersegurança, monitorização e qualidade técnica dos sistemas e define Inteligência Artificial, na section 3 *b*) (da EO 14110), como "a *machine-based system that can, for a given set of human-defined objectives, make predictions, recommendations, or decisions influencing real or virtual environments. Artificial intelligence systems use machine- and human-based inputs to perceive real and virtual environments; abstract such perceptions into models through analysis in an automated manner; and use model inference to formulate options for information or action*". Como se pode perceber, a Executive Order norte-americana faz referência à definição humana de objetivos, que não se exige na definição da OCDE e do AI Act. Sobre o tema, cf. Luciano Floridi, 'On the Brussels-Washington Consensus About the Legal Definition of Artificial Intelligence'. Philosophy & Technology (2023), Vol. 36 (87). A definição de IA utilizada no standard ISO/IEC 22989:2022 (2022) é próxima: "*a technical and scientific field devoted to the engineered system that generates outputs such as content, forecasts, recommendations or decisions for a given set of defined objectives*".

autonomia e a menção de **inferências**(47). Nesse sentido, o considerando 12 explicita que "*a definição deverá basear-se nas principais características dos sistemas de IA que o distinguem de sistemas de software ou abordagens de programação tradicionais mais simples e não dever abranger sistemas baseados nas regras definidas exclusivamente por pessoas singulares para executarem operações automaticamente*". Para o efeito, sublinha que o essencial é a capacidade de fazer *inferências*, isto é, a possibilidade de tratar ou gerar novos dados em contextos diferentes daqueles em que o sistema foi treinado(48). Por outras palavras, excluem-se automações simples, fórmulas, *software* estático, ou programação totalmente determinística (*se x, então y*)(49). Como a noção é ampla, em caso de dúvida dever-se-á considerar que o sistema analisado constitui um sistema de IA.

É importante sublinhar que a regulamentação incide essencialmente sobre os sistemas como um todo (incluindo *hardware*, isto é, computadores, sensores, periféricos e *software* que não constitua inteligência artificial). Os **sistemas** devem ser distinguidos de **modelos**. Como se assinala no considerando 97:

> *Embora os modelos de IA sejam componentes essenciais dos sistemas de IA, não constituem, por si só, sistemas de IA. Os modelos de IA exigem a adição de outros componentes, como, por exemplo, uma interface de utilizador, para se tornarem sistemas de IA. Os modelos de IA são tipicamente integrados e fazem parte integrante dos sistemas de IA*.

Enquanto o ChatGPT (da OpenAI) constitui um sistema de IA (incluindo várias camadas de *software*, uma interface gráfica, servidores, etc.), existem vários modelos (que funcionam como "motor" do sistema) que o podem integrar (à data e no caso do ChatGPT estão disponíveis três opções: GPT 3.5, GPT 4 e GPT 4.º). É possível utilizar um mesmo modelo e construir sistemas com aplicações, finalidades e modos de funcionamento muito diferentes(50).

---

(47) Francisco Andrade, 'Proposta de Regulamento Europeu para a Inteligência Artificial' ROA (2023), p. 491.

(48) Considerando 12: "*...a capacidade de um sistema de IA fazer inferências vai além do tratamento básico de dados, permitindo a aprendizagem, o raciocínio ou a modelização*.". Como se sublinha no *Explanatory Memorandum on The Updated OECD... cit.*, também há inferências na fase de treino, em especial no caso de *unsupervised machine learning*.

(49) Os casos de *Robotic Process Automation* (i.e., uma forma de automatizar processos repetitivos, normalmente num contexto empresarial) terão de ser analisados em concreto. Nalguns casos, poderão estar em causa agentes de IA, noutros casos, mera programação determinística. Em todo o caso, parece que a maior parte dos casos de RPA não cairá no âmbito de aplicação material do Regulamento por não apresentarem um risco relevante.

(50) É sobretudo nessa medida que, como veremos, o Regulamento se preocupa também com modelos. Há, porém, uma definição de "sistema de IA de finalidade geral", no art. 3.º/66, como "*um*

3.2. Sujeitos

Entre os vários sujeitos mencionados no Regulamento e que formam parte da cadeia de distribuição de sistemas de IA, temos o fornecedor, o importador, o distribuidor, o mandatário e o utilizador, todos eles abrangidos pela noção genérica de "**operador**". Como veremos melhor, o Regulamento aplica-se a qualquer disponibilização do sistema na UE, mesmo que a título gratuito([51]).

O sujeito central, o principal visado pelas regras do AI Act, é o **prestador** (*provider*), definido no art. 3.º/3 como "*pessoa singular ou coletiva, autoridade pública, agência ou outro organismo que desenvolva, ou mande desenvolver, um sistema de IA ou um modelo de IA de finalidade geral e o coloque no mercado, ou coloque o sistema de IA em serviço sob o seu próprio nome ou a sua própria marca, a título oneroso ou gratuito*". O traço central que define alguém como prestador é a circunstância de oferecer um sistema de IA em nome próprio([52]). Os prestadores, quando não

---

sistema de IA baseado num modelo de IA de finalidade geral, e com a capacidade de servir para diversas finalidades, tanto para utilização direta como para integração noutros sistemas de IA". Esta noção só é utilizada no caso de modificação de um sistema desta natureza para servir uma finalidade (específica) classificada como sendo de risco elevado [art. 25.º/1/*c*)].

([51]) O Regualmento refere-se ao território da União, não abrangendo outros países do Espaço Económico Europeu.

([52]) Isto incluirá também os chamados OEM (*Original Equipement Manufacturer*), que podem não ter tido qualquer papel no desenvolvimento do sistema, mas que o integram no seu produto e/ou apresentam o sistema de IA como seu. A qualificação não parece, no entanto, poder ser contornada defendendo que o "produtor" do sistema se limita a fornecer meios técnicos. É claro que poderemos ter situações de qualificação duvidosa: quando a empresa A fornece *middleware* para permitir aos seus clientes desenvolverem modelos, aplicações ou mesmo sistemas de IA e/ou permite que esses modelos e aplicações corram na sua infraestrutura (servidores) quem é que é o prestador? Creio que poderemos considerar esse sistema de *middleware* da empresa A como um sistema de IA e a empresa A como prestador desse sistema. No entanto, os sistemas desenvolvidos por cada cliente da empresa A e eventualmente disponibilizado a terceiros constituirão eventualmente sistemas autónomos dos quais os clientes da empresa A serão prestadores. A situação pode complicar-se se a empresa A fornecer um sistema de IA configurável/parametrizável. Nesse caso, à luz do art. 25.º saber se esses clientes são responsáveis pela implementação ou se passam a ser prestadores de um novo sistema dependerá da extensão das modificações feitas e/ou da aposição da marca desse cliente no sistema. Caso os seus clientes assumam a qualificação de prestadores (de um novo sistema), a empresa A (prestadora do sistema original) deve "*cooperar estreitamente com novos prestadores, disponibilizar as informações necessárias e facultar o acesso técnico e a assistência razoavelmente esperados e necessários para o cumprimento das obrigações estabelecidas no presente regulamento*" (art. 25.º/2). Está também prevista uma "contratação forçada": nos termos do art. 25.º/4 "*O prestador de um sistema de IA de risco elevado e o terceiro que disponibilize um sistema de IA, ferramentas, serviços, componentes ou processos que sejam utilizados ou integrados num sistema de IA de risco elevado devem, **mediante acordo escrito**, especificar as informações necessárias, as capacidades, o acesso técnico e demais assistência, com base no estado da arte geralmente reconhecido, a fim de permitir que o prestador do sistema de IA de risco elevado cumpra*

estejam estabelecidos na UE, deverão cumprir as suas obrigações por meio de **mandatários** estabelecidos na UE (definidos no art. 3.º/5), tal como preveem os arts. 22.º (no caso dos sistemas de IA de risco elevado) e 54.º (modelos de IA de finalidade geral)(53).

O utilizador, excetuando aqueles que usem o sistema no âmbito de uma atividade pessoal de caráter não profissional(54), é designado "**responsável pela implementação**" (*deployer*) (art. 3.º/4) e tem igualmente obrigações próprias, nomeadamente de supervisão do funcionamento do sistema (cf. arts. 26.º e 50.º/3 e /4).

Os importadores, isto é, aqueles sujeitos localizados na UE que coloquem um sistema de IA no mercado interno (art. 3.º/6) terão algumas obrigações de verificação e garantia de conformidade, bem como de colaboração com as autoridades (art. 23.º). O Regulamento reserva a expressão "colocação no mercado" para a primeira disponibilização de um sistema de IA no território da UE (art. 3.º/9), sendo disponibilização definida como qualquer fornecimento no âmbito de uma atividade comercial (art. 3.º/10). Assim, os importadores fazem uma "colocação no mercado", enquanto os distribuidores (art. 3.º/7) se dedicam à "disponibilização no mercado" subsequente à importação(55). Os distribuidores são sujeitos a obrigações de verificação e cooperação com as autoridades muito semelhantes às dos importadores (art. 24.º).

Uma outra noção, que não se encontra definida, mas que é incluída no conceito de operador, é a de "fabricante de produtos" [referida nos arts. 2.º/1/*e*) e 3.º/8]. Tendo em conta que o que está em causa é a disponibilização conjunta de um produto e um sistema de IA sob o próprio nome ou marca, os fabricantes de produtos devem ser considerados prestadores(56).

---

plenamente as obrigações estabelecidas no presente regulamento". Apesar de o considerando 88 poder dar uma impressão diferente não creio que o art. 25.º/4 seja aplicável a quem se limite a disponibilizar modelos e creio que o dever de contratação "obrigatória" previsto neste artigo deve ser interpretado restritivamente (caso contrário e por absurdo, o fornecedor de sistemas de arrefecimento para os computadores utilizados no treino de um sistema de IA ou até o fornecedor de refeições aos *data scientists* estariam abrangidos).

(53) Esta obrigação é semelhante ao previsto no art. 27.º RGPD.

(54) Antecipo que esta exceção seja interpretada de forma restritiva. Assim, a minha utilização de um sistema de IA para, na qualidade de professor ou advogado, gerar imagens para uma apresentação numa conferência não estará abrangida.

(55) Esta distinção será mais frequente quando os sistemas de IA integrem *hardware* do que em relação a puro *software*. Em todo o caso, existem frequentemente acordos de distribuição de *software*, incluindo revenda. Sobre o tema, cf. Nuno Sousa e Silva, 'Contratos (sobre bens) informáticos: notas sobre a formação, conteúdo, incumprimento e *open source'* Revista de Direito Civil n.º 4 (2024), pp. 695-729.

(56) Nesse sentido, cf. o art. 25.º/3.

Está previsto que alguém se possa tornar prestador caso venha a "*colocar o seu nome ou marca num sistema de IA de risco elevado já colocado no mercado*" [art. 25.º/1/*a*)], "*introduzir uma modificação substancial num sistema de IA de risco elevado que já tenha sido colocado no mercado ou colocado em serviço, de forma que o mesmo continue a ser um sistema de IA de risco elevado*" [art. 25.º/1/*b*)] ou "*modificar a finalidade prevista* (…) *de forma que o sistema de IA em causa se torne um sistema de IA de risco elevado*" [art. 25.º/1/*c*)](57). Embora a hipótese inversa não esteja expressamente contemplada, a solução contrária também deverá valer: a modificação da utilização visada para uma que não seja considerada de risco elevado permitirá que o novo sistema escape à aplicação de certas regras ou mesmo do Regulamento.

4. Âmbito (material, territorial e temporal) de aplicação

Apesar de se apresentar como um regulamento geral e, em princípio, de unificação total, o Regulamento ressalva a aplicação do restante quadro regulatório (art. 2.º, números 5, 7 e 9)(58) e permite que em certos domínios se adotem regras nacionais complementares, como normas mais favoráveis para proteção de trabalhadores (art. 2.º/11) ou regras relativas à utilização de sistemas de identificação biométrica à distância (art. 5.º/5 e /10). Além disso, continua ressalvada a aplicação de alguma legislação (art. 2.º/2, referindo-se à lista que consta da Seção B do Anexo I) e supervisão setorial (arts. 72.º e 74.º)(59). Também há matérias que ficam dependentes de

(57) A noção de modificação substancial é definida no art. 3.º/23 como "*uma alteração do sistema de IA após a sua colocação no mercado ou colocação em serviço, que não tenha sido prevista ou planeada pelo prestador na avaliação da conformidade inicial e que, consequentemente, afete a conformidade do sistema de IA com os requisitos estabelecidos no capítulo II, secção 2, do presente regulamento, ou modifique a finalidade prevista relativamente à qual o sistema de IA foi avaliado*". Esta definição aproxima-se da ideia de desvio de finalidade estabelecida no art. 6.º/4 do RGPD. Um sistema sujeito a uma modificação substancial é tratado no Regulamento como sendo um novo sistema (cf. art. 43.º/4).

(58) Além destas previsões existem normas, como o art. 87.º, que remetem expressamente para outra legislação europeia. Mesmo assim haverá algumas dúvidas. Por exemplo, o art. 33.º da Loi n.° 2019-222 du 23 mars 2019 (francesa) prevê uma sanção penal para quem utilize dados para efeitos de avaliação, análise, comparação ou previsão das práticas profissionais efectivas ou presumidas de um juiz. Esta lei ainda será compatível com o Regulamento ou dever-se-á considerar inaplicável à luz do princípio do primado?

(59) Assinale-se ainda que o Regulamento, nos arts. 102.º a 110.º, altera vários instrumentos de Direito da União Europeia.

medidas de execução a nível nacional, em especial a designação de autoridades nacionais e o quadro de supervisão (arts. 70.º, 74.º e 77.º), bem como o regime das sanções (art. 99.º/2). Por outro lado, a Comissão tem um amplo poder de adotar atos delegados, completando e atualizando o Regulamento (arts. 7.º e 97.º), e extensos deveres de avaliação e reexame (art. 112.º). Prevê-se igualmente que a Comissão elabore orientações sobre o Regulamento (art. 96.º) e que incentive a elaboração de códigos de boas práticas (art. 56.º).

O Regulamento de IA alinha com as tendências mais recentes em matéria de regulação do mercado único digital, procurando uma aplicação **extra-territorial**(60). De acordo com o art. 2.º/1 basta um mínimo ponto de contacto do utilizador ou do resultado do sistema de IA com o território da União para desencadear a aplicabilidade do Regulamento. Assim, se o resultado de um sistema de IA for utilizado na UE ou afetar pessoas localizadas na UE isso bastará para que o Regulamento seja aplicável(61). Em contrapartida, o Regulamento não se aplica a quem desenvolver sistemas de IA na UE, ainda que com fins proibidos pelo Regulamento, para serem utilizados em países terceiros (diz-se, por isso, que não há uma proibição de exportação).

Uma nota importante em termos de **jurisdição** diz respeito ao caráter descentralizado da supervisão. Exceto no caso de modelos de IA de finalidade geral, que serão fiscalizados pela Comissão Europeia, as autoridades nacionais competentes serão responsáveis por lidar com todas as infrações que tenham lugar no seu território e âmbito de competência. Nesse sentido, e ao contrário do que se prevê no RGPD, a mesma entidade e infração pode ser sujeita à jurisdição de várias entidades nacionais(62).

---

(60) Veja-se Nuno Sousa e Silva, 'Novas Regras para a Internet: Notas Breves sobre Iniciativas Europeias de Regulação de Plataformas Digitais' Revista de Direito Intelectual 1/2021, pp. 75-102. Especificamente sobre o RGPD *vide* Christopher Kuner, 'Protecting EU Data Outside EU Borders under the GDPR' Common Market Law Review 60 (2023), pp. 77-106. Esta abordagem da União Europeia tem contribuído para o designado "Efeito Bruxelas", termo cunhado e descrito por Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* (OUP 2020). Esta expressão alude ao poder de influência do acervo regulatório da União Europeia em matérias tais como o Direito da Concorrência, Direito Ambiental, Direito Digital e proteção de dados. Nesses domínios, a UE tem sido pioneira na regulação e frequentemente é seguida como modelo noutros ordenamentos. Além disso, empresas multinacionais acabam por adotar as regras europeias como padrão global de *compliance*. No entanto, no caso específico do Regulamento de Inteligência Artificial está longe de ser claro se a abordagem seguida a nível da União Europeia terá esse efeito (no sentido negativo veja-se Ugo Pagallo, *Why the AI Act Won't Trigger a Brussels Effect* (2023) *in* <https://ssrn.com/abstract=4696148>). Sobre o fenómeno veja-se também Nuno Cunha Rodrigues, *A Globalização do Poder Regulatório da União Europeia* (Almedina 2024).

(61) Nessa mesma linha, prevê-se a obrigação dos prestadores estabelecidos em países terceiros designarem um mandatário (arts. 22.º e 54.º).

(62) É igualmente possível que ocorra um conflito positivo ou negativo de competências.

Estão excluídas do âmbito material de aplicação do Regulamento as atividades de investigação e desenvolvimento "em laboratório" (para teste em ambiente real prevê-se, nos arts. 57.º e ss., um esquema complexo) (art. 2.º/6), bem como as atividades anteriores à colocação do sistema no mercado ou em serviço (art. 2.º/8). O Regulamento também não se aplicará a sistemas desenvolvidos ou utilizados exclusivamente para fins militares, de segurança nacional ou de defesa (art. 2.º/3) ou à utilização por autoridades públicas de países terceiros e organizações internacionais desde que essas entidades salvaguardem adequadamente os direitos fundamentais (art. 2.º/4).

O tema de ***open source*** foi objeto de grandes debates(63). Estão excluídos os usos "domésticos", i.e., "*no âmbito de uma atividade pessoal de caráter não profissional*" (art. 2.º/10). No entanto, a disponibilização de *software* (incluindo os parâmetros de um modelo) ao abrigo de licenças de código aberto pode ser feito também num contexto profissional(64). A solução de compromisso passa por uma isenção limitada (art. 2.º/12)(65). A chave de leitura é a já referida diferença entre modelos e sistemas. A disponibilização de *modelos* de IA em *open source* goza de determinadas isenções previstas no Regulamento. Prevê-se que os *modelos* disponibilizados ao abrigo de licenças *open source* só tenham de cumprir duas obrigações (política de cumprimento de direito de autor e transparência sobre dados de treino)(66) exceto nos casos de modelos de finalidade geral com risco sistémico (arts. 25.º/4, 53.º/2 e 54.º/6). Em contrapartida, para os *sis-*

---

(63) Sobre a noção e história do *open source*, com referências adicionais, cf. Nuno Sousa e Silva, 'Contratos (sobre bens) informáticos… *cit.*, pp. 723-729. Quanto à IA o debate coloca-se a vários níveis. Alguns advogam a necessidade de restringir a circulação de informação (sendo proponentes daquilo a que em inglês se chama *security through obscurity*), chegando a comparar a disponibilização de código relativo a certos sistemas à disponibilização de instruções para produzir uma bomba atómica. Outros argumentam que a abertura é o meio mais eficaz de garantir diversidade, avanço e mesmo segurança. Há também uma divergência considerável quanto a saber o que é que quer dizer *open source* em IA: se basta a disponibilização da arquitetura e parâmetros de um modelo (v.g. *open weights*) ou se também deve ser disponibilizado o conjunto de dados (*dataset*) utilizado para o desenvolver. Sobre a discussão conceptual nesta matéria vide Andreas Liesenfeld/Mark Dingemanse, 'Rethinking open source generative AI: open-washing and the EU AI Act' FAccT '24: Proceedings of the 2024 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (June 2024), pp. 1774-1787. Nos considerandos 102 e 103, o Regulamento parece adotar uma noção bastante restrita de *open source*.

(64) Aliás, nalguns contextos apenas empresas com muitos recursos é que terão capacidade para desenvolver determinados modelos (v.g. o LLama desenvolvido pela Meta).

(65) Na verdade, o texto do art. 2.º/12 é totalmente inútil: a exclusão prevista não se aplica aos três tipos de sistemas cobertos pelo Regualmento.

(66) Como se explica no considerando 104, o facto de um modelo estar em *open source* não significa que se tenha acesso aos dados de treino ou que tenha sido garantido o respeito pelos direitos de propriedade intelectual.

temas de IA abrangido pelo Regulamento (independentemente do nível de risco), o facto de serem disponibilizados em *open source* é irrelevante. Em palavras simples, a isenção é para modelos, não para sistemas.

A **aplicação no tempo** deste Regulamento é faseada. A entrada em vigor ocorre no dia 1 de agosto de 2024, produzindo-se nessa data as alterações aos diplomas mencionados nos arts. 102.º a 110.º. A aplicação geral do Regulamento está prevista para dia 2 de agosto de 2026 (art. 113.º). Há, no entanto, partes do Regulamento que serão aplicáveis mais cedo. É o caso dos dois primeiros capítulos (relativos a práticas proibidas), aplicáveis a partir de 2 de fevereiro de 2025 [art. 113.º/*a*)], e das regras sobre o quadro institucional, aplicáveis a partir de 2 de agosto de 2025 [art. 113.º/*b*)].

Em contrapartida, as regras relativas aos sistemas de risco elevado que sejam componentes de segurança de produtos harmonizados (art. 6.º/1), terão uma *vacatio legis* de 36 meses, só sendo aplicáveis a partir de 2 de agosto de 2027 [art. 113.º/*c*)]. De um modo mais geral, as regras relativas aos sistemas de IA de risco elevado só serão aplicáveis a sistemas de IA que sejam colocados no mercado a partir dessa data. Os sistemas de IA já colocados no mercado, quando sejam considerados de risco elevado, estão isentos do cumprimento das regras do Regulamento a não ser que sejam objeto de alterações significativas (art. 111.º/2)([67]). Os modelos de IA de finalidade geral colocados no mercado antes de 2 de agosto de 2025 só estarão obrigados a cumprir o Regulamento a partir de 2 de agosto de 2027 (art. 111.º/3)([68]).

([67]) E, nesse sentido, já não se trate do mesmo sistema. Não é claro se a noção de "alterações significativas em termos de conceção" difere de "modificação substancial" utilizada nos arts. 25.º e 43.º/4. O considerando 128 indicia que os conceitos não são coincidentes. Em qualquer caso, esta regra, que confere uma vantagem signifcativa aos operadores já instalados, explica-se pela proibição de retroatividade (lembre-se que o que despoleta a aplicação da generalidade das regras do Regulamento é a colocação no mercado). Em contrapartida, as proibições do art. 5.º, que se referem às práticas proibidas (e não a requisitos de sistemas), ou seja, que regulam condutas, podem ser plenamente aplicáveis aos sistemas que já se encontram no mercado. Procurando dar o exemplo, no caso de certos "sistemas informáticos de grande escala" da União Europeia já em utilização, como o sistema informático de Schengen ou de informação de vistos e viagens (a lista consta do anexo X), que já estão em funcionamento, prevê-se que estes devem ser tornados conformes com o Regulamento até 31 de dezembro de 2030 (art. 111.º/1).

([68]) Em contrapartida, os modelos que sejam colocados no mercado a partir de 2 de Agosto de 2025 terão de cumprir as regras "imediatamente" [art. 113.º/1/*b*)].

5. Princípios

Apesar de não estar previsto na proposta inicial, que se dirigia essencialmente a determinar as práticas proibidas e a regular aplicações de risco elevado, o legislador chegou a ponderar consagrar um conjunto de princípios gerais aplicáveis a todos os operadores e a todos os sistemas sujeitos ao Regulamento([69]). Na versão final, o único dever com essa amplitude é a obrigação imposta aos prestadores e responsáveis pela implementação de garantir que as pessoas que operem ou usem os sistemas de IA "*dispõem de um nível suficiente de* ***literacia*** *no domínio da IA*" (art. 4.º)([70]).

Não obstante, muitos dos princípios discutidos continuam subjacentes às exigências colocadas essencialmente sobre os sistemas de risco elevado (arts. 8.º a 15.º) e os seus operadores (arts. 16.º a 27.º).

Está em causa um conjunto de preocupações desenvolvidas no campo interdisciplinar conhecido como segurança em Inteligência Artificial (*AI safety*) ou *FATE AI (*do inglês *Fairness* (jusiça), *Accountability* (responsabilidade), *Transparency* (transparência), *Ethics* (ética), incluindo preocupações de controlo, transparência, alinhamento, não discriminação, robustez e segurança.

A enumeração destes princípios, em especial a **equidade** (*fairness*), traz à memória as palavras do juiz inglês Justin Jacob: "…*We are all against misappropriation, just as we are all in favour of mother and apple pie*"([71]). Como é evidente, somos todos a favor de justiça (*fairness*). A grande dificuldade, que é aliás o campo da filosofia e depois da política, traduzindo na escolha comprometida de cada sociedade num certo tempo e lugar através do Direito positivo, está em definir o que é que é justo e equitativo, e qual a melhor composição de interesses. Este problema é simulta-

---

([69]) Nomeadamente num art. 4.º apresentado em Maio de 2023 [COM(2021)0206 — C9 0146/2021 — 2021/0106(COD)], que enunciava os seguintes princípios: "*a*) supervisão e controlo humano; *b*) robustez técnica e segurança; *c*) privacidade e governação de dados; *d*) transparência; *e*) diversidade, não discriminação e equidade (*fairness*); *f*) bem estar social e ambiental". O considerando 27 alude ainda a este sete princípios como base para a elaboração de códigos de conduta. Os arts. 7.º a 13.º da Convenção CoE também enunciam os seguintes princípios: dignidade humana e autonomia, transparência e controlo, responsabilidade (*accountability and responsibility*), igualdade e não discriminação, proteção da privacidade e dados pessoais, fiabilidade e inovação segura. Muitos destes princípios coincidem com aqueles que são enumerados no art. 5.º do RGPD, os quais serão plenamente aplicáveis quando os sistemas de IA processem dados pessoais.

([70]) O art. 20.º da Convenção CoE também estabelece um princípio de promoção da literacia digital.

([71]) *L'Oreal SA & Ors v Bellure NV & Ors* [2007] EWCA Civ 968, §160.

neamente conceptual e técnico-matemático(72). Por isso, em termos práticos não se pode extrair muito deste princípio.

Existem dificuldades semelhantes em relação à chamada **discriminação** (ou enviesamento) algorítmica (*algorithmic bias*) sendo que alguns dos problemas conhecidos surgem da falta de qualidade dos dados utilizados (nomeadamente falta de representatividade ou insuficiência quantitativa ou qualitativa) ou de erros de programação(73). Em contrapartida, um grande número de situações problemáticas resulta, simplesmente, de o sistema ter sido otimizado para atingir um dado objetivo benéfico ou inócuo. Por exemplo, se um algoritmo for desenhado para privilegiar aquilo a que um internauta dedica mais atenção, pode acabar a recomendar-lhe bebida alcoólicas (tendo detetado, indiretamente, que é um alcoólico), ou a promover discurso ofensivo ou agressivo (uma vez que é aquilo a que generalidade das pessoas prestará mais atenção). Estes desafios, em especial aqueles colocados pelos sistemas de recomendação, são já parcialmente abordados no Regulamento dos Serviços Digitais ("DSA")(74). Em todo o

---

(72) Sorelle A. Friedler/Carlos Scheidegger/Suresh Venkatasubramanian, 'The (Im)possibility of fairness: different value systems require different mechanisms for fair decision making' Communications of the ACM. 64 (4) (2021), pp. 136-143.

(73) Os exemplos multiplicam-se, nomeadamente sistema de reconhecimento facial do Google Photos classificar indivíduos negros como gorilas (em 2015), a ferramenta de recrutamento da Amazon prejudicar mulheres (2018) e, mais recentemente, em 2023, a ferramenta iTutorGroup, utilizada em recrutamento, rejeitar automaticamente candidaturas de mulheres com mais de 55 anos e homens com mais de 60. O problema da discriminação algorítmica é disseminado e atinge grande escala como demonstraram Z. Obermeyer, *et al.*, 'Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations' Science, (2019) 366(6464), pp. 447-453 a propósito do sistema de saúde nos EUA. Sobre o tema, cf. Hilde Weerts, *et al.*, 'Algorithmic unfairness through the lens of EU non-discrimination law: Or why the law is not a decision tree'. Proceedings of the 2023 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (2023), pp. 805-816 e Philipp Hacker, 'Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law' Common Market Law Review 55 (2018), pp. 1143-1186.

(74) O DSA define «Sistema de recomendação» como "um *sistema total ou parcialmente automatizado utilizado por uma plataforma em linha para sugerir na sua interface em linha informações específicas aos destinatários do serviço ou conferir prioridade a essa informação, nomeadamente como resultado de uma pesquisa iniciada pelo destinatário do serviço, ou que determine de outra forma a ordem relativa ou a proeminência das informações apresentadas"* [art. 3.º/*s*)] e impõe, apenas aos fornecedores de plataformas em linha, obrigações de transparência desses sistemas (art. 27.º). No caso dos fornecedores de plataformas em linha ou motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão existem ainda deveres de avaliação de risco sistémico, incluindo a avaliação da "*conceção dos seus sistemas de recomendação e de qualquer outro sistema algorítmico pertinente*" [art. 34.º/2/*a*)] e adotar medidas de atenuação dos riscos identificados sobre esses sistemas [art. 35.º/1/*d*)]. Nos termos do art. 38.º do DSA as plataformas em linha de muito grande dimensão e os motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão devem permitir aos utilizadores configurar os sistemas de recomendação para que estes não façam definição de perfis (noção definida no art. 4.º/4 do RGPD). Prevê-se ainda que os fornecedores destes sistemas tenham de explicar aos reguladores "*a conceção, a lógica, o funcionamento*

caso, o Regulamento coloca ênfase relevante na diversidade e prevenção de discriminação e enviesamento([75]). Acabar com essas ocorrências é impossível, mas existe uma obrigação de colocar esforços adequados, seguir as melhores práticas, com visto a prevenir erros facilmente evitáveis.

Em relação à **transparência** esta pode ser entendida como referente a vários conceitos diferentes([76]). Numa primeira aceção, constante do art. 50.º, pode referir-se tão somente à identificação da origem de um determinado conteúdo ou agente como sendo ou provindo de sistemas de IA. A transparência está também contemplada na obrigação de disponibilização e manutenção de documentação técnica (arts. 11.º, 18.º, 20.º e Anexo IV), manutenção de registos (arts. 12.º e 19.º), prestação de informações (art. 13.º) e cooperação com autoridades (art. 21.º).

Quando a transparência diz respeito à caraterística do sistema de IA, este conceito pode aludir à descrição das tarefas humanas de conceção, configuração e disponibilização do sistema, ainda que este seja em si (i.e. no seu funcionamento) opaco. Por vezes utiliza-se transparência para referir **interpretabilidade**, isto é, a capacidade de perceber como é que um sistema de IA funciona([77]), e/ou

---

e a testagem dos seus sistemas algorítmicos, incluindo os seus sistemas de recomendação" (art. 40.º/3 DSA). Sobre o tema dos sistemas de recomendação, cf. Sergio Genovesi/Katharina Kaesling /Scott Robbins (eds.), *Recommender Systems: Legal and Ethical Issues* (Springer 2023) e Mireille Hildebrandt, 'The issue of proxies and choice architectures. Why EU law matters for recommender systems.' Frontiers in Artificial Intelligence 5 (2022): 789076.

([75]) Em especial no art. 10.º a propósito da governação de dados e no art. 15.º/4 relativo a cibersegurança. Na documentação técnica exigida aos prestadores de modelos de finalidade geral também está prevista "*uma descrição pormenorizada dos elementos do modelo* (…) *e as informações pertinentes sobre o processo de desenvolvimento, incluindo* (…) *Informações sobre os dados utilizados para treino, testagem e validação, se aplicável, incluindo o tipo e a proveniência dos dados e as metodologias de curadoria (p. ex., limpeza, filtragem, etc.), o número de pontos de dados, o seu âmbito e as principais características; a forma como os dados foram obtidos e selecionados, bem como todas as outras medidas para detetar a inadequação das fontes de dados e dos métodos para detetar enviesamentos identificáveis, se aplicáve*l" [Anexo XI, Secção 1 (2)]. Por outro lado, o Regulamento confere poderes de fiscalização dos sistemas de IA de risco elevado às autoridades ou organismos públicos nacionais que supervisionam ou asseguram o respeito das obrigações previstas na legislação da União que protege os direitos fundamentais, incluindo o direito à não discriminação (art. 77.º).

([76]) O RGPD também usa o conceito de transparência no art. 5.º/1 e no considerando 58, referindo-se à comunicação clara de informação. Assinalando a "marcada polissemia" do conceito de transparência, cf. Lorenzo Cotino Hueso, 'Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial y "compañía" (comunicación, interpretabilidad, integilibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad…). Para qué, para quién y cuánta.' *in* Lorenzo Cotino Hueso/Jorge Castellanos Claramunt (eds.), *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial* (Tirant lo Blanch 2022) p. 25, ss. Em 2017 Zachary C. Lipton, *The Mythos of Model Interpretability*, arXiv:1606.03490 (2017) afirmava mesmo: "*the term interpretability holds no agreed upon meanin*g". A citada norma técnica de 2020 utilizada neste texto parece contribuir para uma maior certeza terminológica.

([77]) Esta é a definição da norma técnica ISO/IEC TR 29119-11:2020(en), 3.1.42.

explicabilidade (*explainability*), ou seja, a elucidação da razão pela qual se obteve um determinado resultado pela operação do sistema([78]). Um sistema pode ser interpretável, mas produzir resultados concretos que não são explicáveis([79]). Por exemplo, sabemos quais os parâmetros utilizados e os passos seguidos pelo sistema para atribuir um valor do prémio no contrato de seguro, mas em concreto não conseguimos explicar porque é que o individuo A tem um prémio mais elevado que o individuo B. Existem, porém, técnicas de inteligência artificial que geram sistemas totalmente opacos (v.g. os grandes modelos de linguagem, como GPT); não sabemos quase nada acerca do seu funcionamento interno([80]). Em relação a esses, a interpretabilidade e explicabilidade não são tecnicamente possíveis([81]).

O AI Act não impõe uma obrigação geral de gerar modelos ou decisões explicáveis. No entanto, no caso dos sistemas de risco elevado estabelece-se um direito à explicação do papel do sistema (arts. 13.º e 86.º), e a perceber os grandes princípios do seu funcionamento e da decisão tomada (arts. 14.º e 86.º). O texto do art. 86.º (e o considerando 171) não é totalmente claro quanto a saber se é necessário explicar a decisão concreta ou se basta uma explicação genérica([82]). Por outro lado, as referência às capacidades técnicas pertinentes para explicar os resultados [art. 13.º/3/*b*)/*iv*)] e "*se for caso disso, informações que permitam aos responsáveis pela*

([78]) Cf. a definição utilizada na norma técnica ISO/IEC TR 29119-11:2020(en), 3.1.31. Como explica Tiago Sérgio Cabral, 'Regulamento sobre a Inteligência Artificial na União Europeia: potenciais impactos nas entidades públicas' Revista de Direito Administrativo 12 (2021) pp. 98-99 apesar de o art. 9.º da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital (Lei n.º 27/2021, de 17 de maio), relativo a "uso da inteligência artificial e de robôs" falar em "explicabilidade" e "sistema auditáveis" não parece que essa norma tenha real impacto e, em qualquer, caso terá de ser sujeita a interpretação conforme ao Direito da UE.

([79]) O art. 14.º/4/*c*) prevê que o sistema deve permitir a um ser humano "*interpretar corretamente os resultados do sistema de IA de risco elevado, tendo em conta, por exemplo, as ferramentas e os métodos de interpretação disponíveis*". Esta formulação parece admitir a utilização da chamada *black-box AI*, pois, nesses casos, não há ferramentas ou métodos de interpretação disponíveis.

([80]) Este é um domínio de investigação cientifica. Recentemente um conjunto vasto de investigadores da Anthropic publicou um paper "Scaling Monosemanticity: Extracting Interpretable Features from Claude 3 Sonnet" (<https://transformer-circuits.pub/2024/scaling-monosemanticity/index.html>) em que o tema é discutido em detalhe e demonstrado avanços na possibilidade de interpretação de modelos de linguagem e da utilização desta técnica para efeitos de segurança.

([81]) Apesar de o considerando 71 e, numa certa medida o art. 15.º/1/*h*) do RGPD poderem dar a impressão de que existiria um direito a uma explicação das decisões automatizadas, essa não parece ser a interpretação mais correta. Cf. *supra* nota 4 e ainda L. Edwards./M. Veale, 'Enslaving the algorithm: From a "right to an explanation" to a "right to better decisions"?' IEEE Security & Privacy, 16(3) (2018), pp. 46-54.

([82]) As diferentes versões linguísticas (em inglês "meaningful explanation", em português "explicação clara e pertinente", em espanhol "claras y significativas", em francês "claires et pertinentes", em italiano "chiare e significative" e em alemão "klare und aussagekräftige") não são conclusivas.

implantação interpretar os resultados do sistema de IA de risco elevado e utilizá-los adequadamente" [art. 13.º/3/*b*)/*vii*)] são feitas no contexto da documentação técnica, o que parece indiciar que está em causa uma explicação genérica e abstrata (*interpretabilidade*) e não uma verdadeira *explicabilidade*. Além disso, mesmo que se estabelecesse um direito à explicação da decisão em concreto, a proteção de dados pessoais, de segredos comerciais e de outros tipos de sigilo, funcionaria como limite ao exercício desse direito([83]). Nesse sentido, a meu ver, as técnicas de IA que não permitem gerar explicações (v.g. redes neuronais de aprendizagem profundas ou *support vector machines*) continuam a ser legalmente admissíveis, mesmo no caso de sistemas de risco elevado.

A **supervisão e controlo humano** traduzem-se na obrigação de o prestador adotar um sistema de gestão de riscos (art. 9.º), controlo de qualidade (art. 17.º), de acompanhar o seu funcionamento pós comercialização (art. 72.º), comunicar incidentes graves (art. 73.º) e de conceber os sistemas de risco elevado de um modo que permita a compreensão e intervenção sobre o respetivo funcionamento (art. 14.º), nomeadamente a existência de um meio de paragem imediato ("kill switch") [art. 14.º/4/*e*)]([84]). Estes aspetos cruzam-se com as preocupações de cibersegurança e robustez (art. 15.º) —, à qual está associado um quadro legislativo importante, designadamente a Diretiva NIS 2 (Dir. 2022/2555 de 14 de dezembro de 2022 relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de cibersegurança na União) — e com a norma do RGPD que restringe a possibilidade de decisões automatizadas a certos casos (art. 22.º RGPD)([85]).

A implementação destes princípios e do Regulamento como um todo será em grande medida densificada através de normas técnicas (*standards*) e orientações da Comissão, o que contribuirá para aumentar a segurança jurídica.

([83]) Em sentido próximo veja-se o art. 25.º/5. Estão aliás previstos deveres de sigilo e confidencialidade (art. 78.º). Sobre uma tensão análoga, cf. Filipa Pinto de Oliveira, *Os Segredos de Negócio como limite aos Titulares de Direitos de Proteção de Dados. Em especial, as interações dos segredos de negócio com o direito de acesso e o direito de portabilidade de dados pessoa*is, FDUCP (Porto), 2022 (publicada em <https://openbooks.ucp.pt/ucp/catalog/view/174/175/2017>) e Gianclaudio Malgieri, 'Trade Secrets v Personal Data: A Possible Solution for Balancing Rights' International Data Privacy Law, Vol. 6(2) (2016), pp. 102-116.

([84]) Criticando esta previsão, cf. Francisco Andrade, *ob. cit.*, p. 491.

([85]) Sobre esta norma e os problemas associados, cf. Mafalda Miranda Barbosa, *ob. cit.*, p. 131, ss., e Diogo Morgado Rebelo, *ob. cit.*, p. 280, ss. Sobre as intereseções entre IA e Proteção de dados mais amplamente, cf. Federico Marengo, *Privacy and AI: Protecting Individual's Rights in the Age of AI* (2023).

6. Práticas proibidas

Numa fase inicial a Comissão propôs o estabelecimento de quatro práticas proibidas, ditas de risco inaceitável, que podiam ser sumariamente descritas como sistemas de manipulação subliminar, sistemas que explorassem vulnerabilidades causando distorção de comportamento e danos, sistemas de pontuação (*scoring*) social e sistemas de identificação biométrica em tempo real (e.g. reconhecimento facial). Estas previsões tinham algumas exceções e utilizavam linguagem particularmente vaga([86]). Depois de intensas discussões e negociações, a linguagem foi apurada, a lista de práticas proibidas foi alargada, mas o resultado não é muito melhor. Proíbem-se agora:

— Manipulação e exploração de vulnerabilidades — art. 5.º/1/*a*) e *b*);

— Pontuação social (*social scoring*) geral — art. 5.º/1/*c*);

— Policiamento preditivo — art. 5.º/1/*d*);

— Criação de bases de dados de reconhecimento facial — art. 5.º/1/*e*);

— Sistemas de reconhecimento de emoções no local de trabalho ou ensino — art. 5.º/1/*f*);

— Classificação biométrica de categorias protegidas — art. 5.º/1/*g*);

— Casos especiais de identificação biométrica em tempo real — art. 5.º/1/*h*).

Esta lista não é exaustiva. Como é evidente outras práticas poderão ser proibidas ou ilícitas com base noutros fundamentos (art. 5.º/8). Por exemplo, os sistemas que gerem falsificações profundas (*deep fakes*) não são normalmente vistos como sendo de risco elevado, estando sujeitos apenas a obrigações de transparência (art. 50.º/4). No entanto, quando esse sistema seja configurado ou preparado para gerar pornografia de menores, estará em causa a prática do crime previsto no art. 176.º do Código Penal([87]).

([86]) Muito críticos dessa abordagem inicial veja-se Michael Veale/Frederik Zuiderveen Borgesius, *ob. cit.*, pp. 98-99: "*In briefings on the prohibitions, the Commission has presented an example for each. They border on the fantastical* (…) *A cynic might feel the Commission is more interested in prohibitions' rhetorical value than practical effect*".

([87]) Curiosamente o mesmo não acontecerá com o chamado "face swap porn" de adultos. Em Portugal essa prática não tem, à data, enquadramento penal evidente. Para menores o art. 176.º basta-se com a existência de uma "representação realista de menor", independetemente de estar em causa uma falsificação. No caso de um adulto, é difícil dizer que há uma ofensa à privacidade (visto que não

6.1. Manipulação e exploração de vulnerabilidades

Um pressuposto da liberdade em geral, em especial a liberdade de pensamento, de escolha e de expressão é a adequada perceção/representação da realidade. A autonomia privada e o livre desenvolvimento da personalidade requerem-no. Por isso, o sistema jurídico nacional torna anuláveis os negócios jurídicos celebrados com base em vícios da vontade, proíbe e pune as práticas comerciais desleais e a publicidade enganosa. A autonomia da vontade, como reflexo da dignidade da pessoa humana, reflete-se também na proibição de experimentação em pessoas e na exigência de consentimento livre e informado, em especial no caso de limitação voluntária de direitos de personalidade.

Alguns sistemas de IA têm potencial de manipulação e engano, interferindo na livre formação de pensamentos, opiniões e escolhas([88]). Nesse sentido o texto do art. 5.º/1/*a*) do Regulamento proíbe "*A colocação no mercado, a colocação em serviço ou a utilização de um sistema de IA que empregue técnicas subliminares que contornem a consciência de uma pessoa, ou técnicas manifestamente manipuladoras ou enganadoras, com o objetivo ou o efeito de distorcer substancialmente o comportamento de uma pessoa ou de um grupo de pessoas prejudicando de forma considerável a sua capacidade de tomar uma decisão informada e levando, assim, a que tomem uma decisão que, caso contrário, não tomariam, de uma forma que cause ou seja razoavelmente suscetível de causar danos significativos a essa ou a outra pessoa, ou a um grupo de pessoas*". Trata-se de uma formulação que utiliza conceitos indeterminados e linguagem qualificada ("manifestamente", "substancialmente", "de forma considerável", "razoavelmente suscetível"), aumentando as dificuldades do intérprete-aplicador([89]). Ape-

---

houve real captação de imagens verdadeiras), podendo colocar-se o problema numa dupla perspetiva: ofensa à imagem e ao bom nome. No entanto, não parece enquadrar-se nos crimes de difamação (art. 180.º Código Penal), nem na devassa através de meio de comunicação social, da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizadao (art. 193.º), nem nas gravações e fotografias ilícitas (art. 199.º Código Penal). O art. 5.º/1/*b*) da Diretiva 2024/1385 relativa ao combate à violência contra as mulheres e à violência doméstica parece prever a criminalização desta prática. Entretanto pode igualmente ponderar-se a aplicação dos tipos penais da proteção de dados (arts. 46.º e ss. da Lei 58/2019 de 8 de agosto).

([88]) A Convenção CoE no art. 5.º/2 refere-se mesmo à liberdade de formação de opinião. Para uma visão crítica deste artigo e dos conceitos que lhe subjazem, cf. Mark Leiser, 'Psychological Patterns and Article 5 of the AI Act: AI-Powered Deceptive Design in the System Architecture and the User Interface' Journal of AI Law and Regulation, Vol. 1(1) (2024), pp. 5-23.

([89]) Existe aliás uma controvérsia sobre o fundamento científico da influência subliminar (isto é, aquela que fica abaixo do limiar de perceção consciente) do sujeito. No sentido, da sua demonstração e consequente necessidade de regulação, cf. Rostam J. Neuwirth, 'Prohibited artificial intelligence

sar disso, a existência desses qualificativos parece indiciar um grau elevado de exigência — a proibição não abrangerá toda e qualquer técnica publicitária ou prática oculta ou enganosa([90]). Na verdade, creio que os critérios do Direito da Publicidade e da proteção do consumidor serão menos exigentes, ou seja, certas condutas qualificadas como publicidade e/ou práticas comerciais agressivas ou enganosas não caberão no art. 5.º/1/*a*) do Regulamento. Nesses casos, o sistema de IA não será proibido, mas as atividades em causa, independentemente do recurso a um sistema informático, serão abrangidas pelas regras já existentes.

Por sua vez, o art. 5.º/1/*b*) proíbe "*a colocação no mercado, a colocação em serviço ou a utilização de um sistema de IA que explore vulnerabilidades de uma pessoa singular ou de um grupo específico de pessoas devidas à sua idade, incapacidade ou situação socioeconómica específica, com o objetivo ou o efeito de distorcer substancialmente o comportamento dessa pessoa ou de uma pessoa pertencente a esse grupo de uma forma que cause ou seja razoavelmente suscetível de causar danos significativos a essa ou a outra pessoa*". Estas condutas, no contexto dos negócios jurídicos, já são proibidas pelo sistema jurídico, especialmente nas relações de consumo. Também aqui parece que os qualificativos utilizados e limitação a certas caraterísticas tornam a norma do Regulamento mais exigente que a legislação em vigor e, nessa medida, o Regulamento terá um impacto reduzido([91]).

Pense-se, por exemplo, nos sistemas de preços personalizados que tenham em conta que um potencial cliente está numa situação que o dispõe a pagar um preço mais elevado (v.g. o telemóvel tem pouca bateria ou os dados biométricos indicam desidratação ou fadiga). Creio que essas situa-

---

practices in the proposed EU artificial intelligence act (AIA)' Computer Law & Security Review, 48 (2023), que aliás propõe a utilização do termo *transliminar* (em vez de subliminar), uma vez que a manipulação se dá habitualmente entre o plano da consciência e o da inconsciência.

([90]) Fala-se a este propósito de *dark patterns* (formas de interface com utilizadores que promovem uma ação ou escolha que os utilizadores provavelmente não fariam). O DSA, no considerando 67 define "padrões obscuros", como "*práticas que distorcem ou prejudicam de forma substancial, intencional ou de facto, a capacidade dos destinatários do serviço de fazerem escolhas ou decisões autónomas e informadas*". Sobre o tema *vide* Harry Brignull, *Deceptive patterns — exposing the tricks tech companies use to control you* (Testimonium Ltd 2023); Inge Graef, 'The EU Regulatory Patchwork for Dark Patterns: An Illustration of an Inframarginal Revolution in European Law?' (2023) <https://ssrn.com/abstract=4411537> e Mark Leiser/Cristiana Santos, 'Dark Patterns, Enforcement, and the Emerging Digital Design Acquis: Manipulation beneath the Interface' European Journal of Law and Technology, Vol. 15, N.º 1 (2024): BILETA Special Issue.

([91]) Rostam J. Neuwirth, *ob. cit.*, pp. 6-7. Aparentemente em sentido próximo, cf. Vera Lúcia Raposo, 'Ex machina: preliminary critical assessment of the European Draft Act on artificial intelligence' International Journal of Law and Information Technology, Vol. 30 (2022), pp. 93-94.

ções não caberiam no âmbito deste artigo do Regulamento, não obstante poderem ser consideradas ilícitas com outro fundamento(92).

6.2. Pontuação (*scoring*) social

A prática de pontuação (*scoring*), isto é, a atribuição de valores numéricos a indivíduos, apesar de não estar definida, tem já um enquadramento no RGPD, na medida em que envolve quase sempre definição de perfis e frequentemente também uma decisão automatizada(93). Essa operação é muitas vezes necessária para que os sistemas computacionais possam desempenhar as suas funções. No entanto, levanta preocupações, sobretudo à luz do que certos países, como a Índia e a China vieram a implementar: sistemas de classificação social, que tomam em conta a generalidade dos comportamentos dos cidadãos para atribuição de uma classificação que determine ou influencie o seu tratamento em vários contextos(94).

O Regulamento apenas proíbe sistemas de IA "*para avaliação ou classificação de pessoas singulares ou grupos de pessoas durante um certo período com base no seu comportamento social ou em características de personalidade ou pessoais, conhecidas, inferidas ou previsíveis, em que a classificação social conduza a uma das seguintes situações* (…) *tratamento prejudicial ou desfavorável* (…) *em contextos sociais não relacionados com os contextos nos quais os dados foram originalmente gerados ou recolhidos ou tratamento prejudicial ou desfavorável de* (…) *que seja injustificado ou desproporcionado face ao seu comportamento social ou à gravidade do mesmo"* [art. 5.º/1/*c*)]. Está em causa o chamado *social scoring*, ou seja, a avaliação global dos comportamentos de uma pessoa sin-

---

(92) A Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019 que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e as Diretivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores, transposta pela Lei n.º 10/2023, de 3 de março, veio impor a obrigação de informação de que os preços são determinados de forma automatizada [agora constante do art. 4.º/1/*l*) do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro]. Sobre o tema, numa perspetiva sobretudo económica, cf. Mateusz Grochowski/Fabrizio Esposito/Antonio Davola, *Price 'Personalization vs. Contract Terms Personalization: Mapping the Complexity* (2024), *in* <https://ssrn.com/abstract=4791124>.

(93) *Vide* Pinto Monteiro/Sandra Passinhas, 'Definição algorítmica de perfis e não discriminação dos consumidores' RLJ, n.º Vol. 152 (4041) (2023), pp. 368-379.

(94) Cf. Ralph Schroeder, 'Aadhaar and the Social Credit System: Personal Data Governance in India and China' International Journal of Communication, Vol. 16 (2022), pp. 2370-2386.

gular([95]). Em contrapartida, sistemas de IA que façam *scoring* mais restrito, como aqueles que se dedicam a classificação de crédito (*credit scoring*), avaliação de solvabilidade ou avaliações de risco e na fixação de preços de seguros de vida ou de saúde serão classificados como sendo de risco elevado [Anexo III, 5/*b*) e *c*)]([96]). Por último, sistemas que façam *scoring* para efeitos de deteção de fraude financeira ou para fixação de preços num seguro automóvel nem sequer estarão abrangidos pelo Regulamento. Também neste contexto, o que determina a classificação de risco do sistema é a finalidade da avaliação quantitativa e não a prática de *scoring*.

Como se assinalou, o facto de haver *scoring* estará habitualmente associado a uma decisão automatizada, a qual, quando implicar tratamento de dados pessoais e produzir efeitos na esfera jurídica ou afetar significativamente o titular de dados pessoais, poderá, à partida, ser proibida por este nos termos do art. 22.º RGPD([97]). No entanto, é importante notar que o art. 22.º do RGPD só se aplica a decisões *totalmente* automatizadas([98]). Assim, pelo menos no caso dos sistemas de alto risco, em que o regulamento impõe supervisão humana (art. 14.º do Regulamento), poder-se-á escapar à aplicação dessa norma do RGPD.

([95]) Nizan Geslevich Packin, 'Disability Discrimination Using Artificial Intelligence Systems and Social Scoring: Can We Disable Digital Bias?' Journal of International Comparative Law (2021), p. 496: "*Social scoring, however, attempts to systematically rate people in their entirety (and not just their creditworthiness) based on social, reputational and even behavioural features (as opposed to credit history)*". Sobre o fenómeno veja-se Danielle Keats Citron/Frank Pasquale, 'The Scored Society: Due Process for Automated Predictions' Washington Law Review 89 (2014), pp. 1-33.

([96]) Vera Lúcia Raposo, 'Ex machina… *cit.*, p. 94, aponta que a referência a "um certo período de temo" excluirá a pontuação episódica.

([97]) No acórdão C-634/21, *Schufa*, (EU:C:2023:957), §44-46 o TJ adotou um conceito amplo de decisão, dizendo que um cálculo de solvabilidade (*credit score*) se qualificava como tal.

([98]) A norma exige "*três requisitos cumulativos, a saber, primeiro, deve existir uma «decisão», segundo, essa decisão deve ser «tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis», e, terceiro, deve produzir «efeitos jurídicos na [esfera jurídica do titular dos dados]» ou afetá-lo «significativamente de forma similar»*". (C-634/21, *Schufa*, §43). As EDPB, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (2018), p. 21, assinalam que uma intervenção humana meramente simbólica não basta. Uma decisão não se considera totalmente automatizada quando existem medidas organizativas que asseguram um envolvimento humano substancial e estruturado. Na jurisprudência, cf. decisão do Rechtbank Amsterdão de 11.III.2021 (ECLI:NL:RBAMS:2021:1018,) em que estava em causa a exigência de um consenso entre várias pessoas), decisão do Rechtbank Den Haag, de 11.II.2021 (NL:RBDHA:2020:1013) em que se previa um direito de veto e decisão do Bundesverwaltungsgericht austríaco de 18.XII.2020 (AT:BVWG:2020:W256.2235360.1.00) em que existiam formações e linhas orientadoras para lidar com a recomendação produzida pelo sistema. Para mais jurisprudência cf. Sebastião Barros Vale/Gabriela Zanfir-Fortuna, *Automated Decision-Making Under the GDPR: Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities* (Future of Privacy Forum 2022).

6.3. Identificação e classificação biométrica, incluindo deteção de sentimentos

Os sistemas de identificação biométrica, em especial reconhecimento facial e reconhecimento de emoções geraram uma controvérsia significativa durante o processo legislativo. Estes sistemas constituem desde logo um vetor de ataque à privacidade e liberdade individuais, com um elevado potencial discriminatório([99]). Nesse sentido, empresas como a Clearview.AI, que se dedicavam a fazer *scraping* (i.e., extração automática de dados) sistemático da Internet (em especial de redes sociais) para gerar uma base de dados de reconhecimento facial tinham sido já sancionadas por violação do RGPD([100]). Em todo o caso, agora o Regulamento proíbe expressamente esta prática [art. 5.º/1/*e*)].

De igual modo, o uso de sistemas de reconhecimento de emoções tem sido atacado desde logo nos seus fundamentos técnicos. Argumenta-se que as expressões são variáveis a nível individual e dependem do contexto social e cultural, pelo que estes sistemas não funcionam corretamente (estaremos no domínio da pseudociência). Além disso, têm um elevado potencial discriminatório([101]). Paradoxalmente, o Regulamento só proíbe a utilização destes sistemas de reconhecimento de emoções no contexto laboral e do ensino([102]). Nos restantes casos os sistemas de reconhecimento de emoções são considerados sistemas de risco elevado [Anexo III/1/*c*)]. A referência a "local" tem de ser habilmente entendida,

---

([99]) Rui Soares Pereira, 'Sobre o uso de sistemas de identificação biométrica (e de tecnologias de reconhecimento facial) para fins de segurança pública: reflexões a propósito da proposta de Regulamento Europeu sobre a Inteligência Artificial' RFDUL (2022), pp. 846-848, referido também os receios quanto à fiabilidade. Em contexto penal, um falso positivo poderá revelar-se especialmente danoso para um cidadão.

([100]) A empresa foi sujeita a coimas de 20 milhões de euros em França (2021, tendo havido também uma sanção pecuniária compulsória no valor de cinco milhões em 2023), Grécia (2022) e Itália (2022). Em 2023 autoridade austríaca também considerou a atividade desta empresa contrária ao RGPD, mas não aplicou qualquer coima ou outra medida. Em 2021 a autoridade de controlo sueca aplicou uma coima às entidades policiais por terem recorrido aos serviços da Clearview. Em contrapartida, no Reio-Unido a mesma empresa conseguiu, numa decisão judicial de 17.X.2023, anular a coima aplicada, com base numa questão de jurisdição e de direito aplicável, sobretudo à luz do *Brexit* — [2023] UKFTT 00819 (GRC).

([101]) Cf. considerando 44.

([102]) A proibição de sistemas de detação de sentimentos não abrange "*os sistemas de IA colocados no mercado exclusivamente por razões médicas ou de segurança, como os sistemas destinados a utilização terapêutic*a". Isto poderá levantar dúvidas no casos em que se utilizem sistemas de segurança ou por razões médicas no contexto de trabalho ou de ensino. Nesses casos, parece-me que a utilização deve ser admitida.

uma vez que tanto o ensino como a atividade laboral pode ser feita à distância/remotamente e nem por isso tais situações deixarão de estar abrangidas pela proibição.([103])

Por outro lado, a própria noção de reconhecimento de emoções tem de ser lida restritivamente. Nesse sentido o considerando 18 explica:

> *O conceito refere-se a emoções ou intenções como a felicidade, a tristeza, a raiva, a surpresa, a repugnância, o embaraço, o entusiasmo, a vergonha, o desprezo, a satisfação e o divertimento. Não inclui estados físicos, como dor ou fadiga, incluindo, por exemplo, sistemas utilizados para detetar o estado de fadiga dos pilotos ou motoristas profissionais para efeitos de prevenção de acidentes. Também não inclui a mera deteção de expressões, gestos ou movimentos rapidamente visíveis, a menos que sejam utilizados para identificar ou inferir emoções. Essas expressões podem ser expressões faciais básicas, tais como franzir a testa ou sorrir, ou gestos como o movimento das mãos, dos braços ou da cabeça, ou características da voz de uma pessoa, como levantar a voz ou sussurrar*.

Se é certo que a identificação biométrica em espaços públicos pode servir para a obtenção de fins louváveis (encontrar pessoas desaparecidas ou fugitivos), o seu funcionamento implica a compressão da privacidade dos cidadãos e a criação de um estado de vigilância constante, intolerável numa democracia com os valores europeus([104]). Nesse sentido, em 2023, numa decisão unânime, o TEDH confirmou o caráter ilícito (por violação do art. 8.º da CEDH) da utilização de tecnologia de reconhecimento facial para identificar, localizar e deter um individuo num processo contraordenacional([105]).

A solução adotada no art. 5.º/1/*h*) do Regulamento vai no sentido de proibir a utilização destes sistemas de "*identificação biométrica à distância em «tempo real» em espaços acessíveis ao público para efeitos de aplicação da lei*", exceto quando estritamente necessário para um de três fins:

([103]) Os sistemas de entrevista automática colocam um problema de qualificação. À luz do Anexo III, 4 parece que deverão ser vistos como sistemas de risco elevado. No entanto, caso estes sistemas incluam uma componente de deteção de emoções, parece-me que a noção de "local de trabalho" pode ser interpretada de modo a abranger também o recrutamento. Sobre estes sistemas, o seu mau funcionamento e potencial discriminatório, cf. Ifeoma Ajunwa, 'Automated video interviewing as the new phrenology' Berkeley Technology Law Journal, Vol. 36 (2021), pp. 1173-1225.

([104]) Esta matéria já é regulada pela Diretiva 2016/680, transposta em Portugal pela Lei n.º 59/2019, de 8 de Agosto. Sobre o tema, com uma perspectiva comparativa, *vide* Maria Luiza Mezzomo, *O uso do Reconhecimento Facial na Investigação Criminal e na Segurança Pública* (Almedina 2024) e Vera Lúcia Raposo 'Look at the camera and say cheese': the existing European legal framework for facial recognition technology in criminal investigations' Information & Communications Technology Law, 33(1) (2024), pp. 1-20.

([105]) *Glukhin v. Russia*, 11519/20 (decisão de 4.VII.2023).

i) busca de pessoas desaparecidas ou busca seletiva de vítimas específicas de rapto, tráfico de seres humanos ou exploração sexual de seres humanos;

ii) prevenção de uma ameaça específica, substancial e iminente à vida ou à segurança física de pessoas singulares ou de uma ameaça real e atual ou real e previsível de um ataque terrorista; e

iii) localização ou identificação de uma pessoa suspeita de ter cometido uma infração penal referida no Anexo II e punível no Estado-Membro em causa com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração máxima não inferior a quatro anos.

Nesses casos o art. 5.º/2 impõe a realização de uma avaliação de impacto sobre direitos fundamentais (art. 27.º) e registo do sistema (art. 49.º) e o art. 5.º/4 obriga a que as autoridades de fiscalização do mercado pertinente e de proteção de dados sejam notificadas desta utilização.

Deve sublinhar-se que a identificação biométrica à distância para outros fins ou em diferido não está proibida(106), sendo geralmente classificada como uma utilização de risco elevado, exceto no caso de simples sistemas de reconhecimento e verificação de identidade [Anexo III, 1, *a*)](107).

O Regulamento trata também da *categorização* biométrica, que se distingue da *identificação* biométrica. Enquanto na identificação o objetivo é determinar quem é que a pessoa é a partir de determinadas caraterísticas físicas, psicológicas ou comportamentais (os dados biométricos — art. 3.º/34); a categorização biométrica visa classificar o sujeito — saber se alguém tem uma dada caraterística(108). Assim, na *identificação* biomé-

---

(106) O art. 26.º/10 prevê que, no caso de sistema de identificação biométrica à distância em diferido (definidos no art. 3.º/43, em contrapasição com os "em tempo real" definidos no art. 3.º/42), "o *responsável pela implantação* (…) *deve solicitar uma autorização, prévia ou sem demora injustificada e no prazo máximo de 48 horas, a uma autoridade judiciária ou uma autoridade administrativa cuja decisão seja vinculativa e esteja sujeita a controlo jurisdicional, para a utilização desse sistema"*. Caso a autorização seja rejeitada a utilização deve cessar e os dados devem ser destruídos. Proíbe-se também a sua utilização indiscriminada ("de forma não seletiva") e admite-se que os Estados-Membros venham a adotar legislação mais restritiva.

(107) Cf. considerandos 15, 17 e 52 e a definição de verificação biométrica (art. 3.º/36).

(108) Sistema de categorização biométrica é definido no art. 3.º/40 como "*um sistema de IA destinado a afetar pessoas singulares a categorias específicas com base nos seus dados biométricos, a menos que seja acessório a outro serviço comercial e estritamente necessário por razões técnicas objetivas*" (para exemplos de categorização acessória, cf. considerando 16), já identificação biométrica diz respeito ao "*reconhecimento automatizado de características humanas físicas, fisiológicas, comportamentais ou psicológicas para efeitos de determinação da identidade de uma pessoa singular, comparando os dados biométricos dessa pessoa com os dados biométricos de pessoas armazenados numa base de dados*" (art. 3.º/35).

trica, a partir da minha cara ficam a saber que eu sou o Nuno Sousa e Silva, na *categorização* biométrica, a partir da minha forma de andar determinam se tenho risco de desenvolver Alzheimer ou, pela análise do meu rosto, avaliam se serei um perigoso anarcossindicalista.

De acordo com o Regulamento os sistemas de categorização biométrica "*que classifiquem individualmente as pessoas singulares com base nos seus dados biométricos para deduzir ou inferir a sua raça, opiniões políticas, filiação sindical, convicções religiosas ou filosóficas, vida sexual ou orientação sexual*" estão proibidos [art. 5.º/1/*g*)](109). Assim, não serão admissíveis sistemas como a controversa rede neuronal que alegadamente detetava a orientação sexual das pessoas a partir de fotografias(110). Há, no entanto, uma ressalva para processamento e categorização de dados biométricos no domínio da aplicação da lei, que continua a ser admitida(111). Por outro lado, os "*sistemas de IA concebidos para serem utilizados para categorização biométrica, de acordo com atributos ou características sensíveis ou protegidos com base na inferência desses atributos ou características*" não são proibidos, sendo classificados como sistemas de risco elevado [Anexo III, 1, *b*)].

6.4. Policiamento preditivo

A definição de perfis tem como premissa a repetibilidade e padronização de comportamentos. Parte-se da ideia de que o passado se repete no futuro ("cesteiro que faz um cesto, faz um cento…") e de que há certas caraterísticas com capacidade preditiva. A aplicação destas técnicas no contexto criminal levanta especiais preocupações, desde logo atendendo às potenciais consequências de um erro ou injustiça e à existência da presunção de inocência(112).

---

(109) Esta previsão pode ser criticada por ser demasiado restrita nas "categorias protegidas". Como explica Catarina Botelho, 'Algoritmos discriminatórios' *in* Anabela Miranda Rodrigues/Susana Aires de Sousa (eds.), *I Congresso… cit.*, pp. 29-30, em geral as categorias suspeitas no direito antidiscriminação são mais vastas e as listas tendem a ser não taxativas.

(110) O controverso estudo original foi repetido por John Leuner, 'A replication study: Machine learning models are capable of predicting sexual orientation from facial images' *arXiv:1902.10739* (2019) que sustenta que estes modelos atendem a outros factores e não à fisionomia/estrutura facial.

(111) Cf. considerando 30.

(112) Como se pode ler no considerando 42: "*Em conformidade com a presunção de inocência, as pessoas singulares na União deverão ser sempre avaliadas em função do seu comportamento real. As pessoas singulares nunca poderão ser julgadas com base no comportamento previsto pela IA*

Assim, o Regulamento proíbe prática de policiamento preditivo *(predictive policing)* que recorram a sistemas de IA que avaliem o risco de uma pessoa singular cometer uma infração penal, "*com base exclusivamente na definição de perfis de uma pessoa singular ou na avaliação dos seus traços e características de personalidade*" [art. 5.º/1/*d*)]. No entanto, "*esta proibição não se aplica aos sistemas de IA utilizados para apoiar a avaliação humana do envolvimento de uma pessoa numa atividade criminosa, que já se baseia em factos objetivos e verificáveis diretamente ligados a uma atividade criminos*a". Por outras palavras, o sistema deve atender ao comportamento concreto e traços particulares de uma pessoa específica, e não apenas à sua pertença a determinadas categorias ou grupos. Esta exceção reconhece a utilidade potencial da IA no contexto da investigação e prevenção criminal, assegurando, simultaneamente, que a avaliação se baseia em dados concretos e não *exclusivamente* na definição (necessariamente especulativa) de perfis.

Na verdade, o policiamento preditivo pode ser orientado para prever crimes, prever ou identificar criminosos e/ou prever ou identificar potenciais vítimas de crime([113]). A generalidade desses sistemas, quando não assente exclusivamente na definição de perfis, será abrangida pela classificação de risco elevado (Anexo III, 6). Nessa linha, o considerando 42 esclarece que a proibição do art. 5.º/1/*d*) não abrange "*sistemas de IA que utilizam análises de risco para avaliar a probabilidade de fraude financeira por parte de empresas com base em transações suspeitas, ou ferramentas de análise de risco para prever a probabilidade de localização de estupefacientes ou mercadorias ilícitas pelas autoridades aduaneiras, por exemplo, com base em rotas de tráfico conhecidas*".

Um exemplo conhecido de sistema de IA para efeitos preditivos no contexto penal, é o sistema COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), utilizado nalguns tribunais norte-americano para calcular o risco de reincidência e, com base nisso, definir a moldura penal([114]). Ferramentas como essa, desde que não assen-

---

com base exclusivamente na definição do seu perfil, nos traços ou características da sua personalidade, como a nacionalidade, o local de nascimento, o local de residência, o número de filhos, o nível de endividamento ou o tipo de automóvel que têm, sem que exista uma suspeita razoável do seu envolvimento numa atividade criminosa com base em factos objetivos verificáveis, e sem uma avaliação humana dos mesmos".

([113]) Cf. Walter Perry, *et al.*, *Predictive Policing: The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations* (RAND Corporation 2013).

([114]) Objeto de grande discussão académica e judicial. No conhecido acórdão *Loomis v. Wisconsin*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), cert. denied, 137 S. Ct. 2290 (2017) o Supremo Tribunal do Wiscon-

tem exclusivamente na definição de perfis, não são cobertas pela proibição, sendo antes consideradas sistemas de IA de risco elevado [Anexo III, 6 *d*) e *e*) e 8].

7. Sistemas de risco elevado

7.1. Qualificação

A definição de sistemas de risco elevado é feita através da remissão para dois Anexos([115]).

O Anexo I inclui legislação relativa a determinadas categorias de produtos (como brinquedo, veículos, explosivos, elevadores ou dispositivos médicos) e, de acordo com o art. 6.º/1. quando os sistemas de IA sejam utilizados como componentes de segurança nestes produtos (ou os sistemas de IA sejam eles mesmos produtos)([116]) sujeitos a uma obrigação de avaliação de conformidade estará em causa um sistema de risco elevado([117]).

É importante notar que dentro do Anexo I existem duas seções, a secção A, que diz respeito a um conjunto de legislação ao abrigo do "Novo quadro legislativo" (*New Legislative Framework*)([118]), e a secção B, relativa a legislação anterior. Ora, de acordo com o art. 2.º/2, estes últimos, da secção B, estão praticamente excluídos do âmbito de aplicação do Regulamento. Além disso, os requisitos do art. 6.º(1) são limitados pela interação

---

sin rejeitou o recurso de um indivíduo que tinha sido considerado pelo referido *software* como tendo um risco elevado de reincidência e, assim, condenado a 6 anos de prisão. De acordo com o tribunal o *due process* não tinha sido violado apesar de a sentença ter sido determinada com recurso ao COMPAS, cujo algoritmo e modo de funcionamento não são conhecido. A natureza discriminatória deste sistema foi objeto de uma reportagem por parte da ProPublica.

([115]) A razão para esta definição ser feita por remissão consiste na flexibilização da atualização destes anexos em processo simplificado (atos delegados da Comissão Europeia) previstos nos arts. 6.º/6, /7 e /8 e 7.º

([116]) Pode acontecer nomeadamente no caso de brinquedos ou dispositivos médicos.

([117]) "Componente de segurança" é definido no art. 3.º/14 como "*um componente de um produto ou sistema de IA que cumpre uma função de segurança nesse produto ou sistema de IA, ou cuja falha ou anomalia põe em risco a saúde e a segurança de pessoas ou bens"*. Esta definição é ampla, mas parece-me que a ideia de colocação em risco de saúde e segurança deve ser vista com base num critério de normalidade/previsibilidade (no mesmo sentido, cf. considerando 46). Sublinhando os eventuais conflitos entre a noção de componente de segurança do Regulamento e aquela que consta de legislação especial, cf. Emilija Leinarte, *ob. cit.*, pp. 271-273. Uma outra dúvida diz respeito a saber se o art. 6.º/1 só se aplica a produtos acabados (cf. Emilija Leinarte, *ob. cit.*, pp. 270-271).

([118]) Cf. *supra* nota 31.

com a legislação específica, nomeadamente no que diz respeito à definição de produto e de componente de segurança([119]).

Por sua vez o art. 6.º/2 remete para o anexo III em que se especificam determinadas utilizações de um sistema (autónomo) de IA([120]), como identificação biométrica, gestão de infraestruturas críticas, admissão e classificação em estabelecimentos de ensino, entrevistas de emprego, monitorização de trabalhadores, acesso e utilização de serviços essenciais (públicos e privados), utilização no controlo de fronteiras, em contexto judicial ou por entidades policiais. Como sublinha Philip Hacker([121]), mais importante do que o contexto de utilização é a finalidade — um sistema utilizado para operação médicas ou triagem não tem o mesmo risco do que um sistema que gere as marcações de consultas médicas.

É igualmente importante ler com atenção e à luz dos considerandos do Regulamento as várias hipóteses, estando igualmente previsto que a Comissão venha a adotar orientações que especifiquem a aplicação prática deste artigo "*juntamente com uma lista exaustiva de exemplos práticos de casos de utilização de sistemas de IA de risco elevado e de risco não elevado*" (art. 6.º/5)([122]). O sistema funciona com autoclassificação, ou seja, cada operador é que irá determinar a classificação de risco do seu sistema

A classificação de risco é feita com base na utilização prevista, mas existem algumas ressalvas. Por exemplo os sistemas de identificação biométrica à distância são geralmente de risco elevado, mas está prevista uma exclusão para sistemas de verificação de identidade [Anexo III(1)(*a*)]. De igual modo, os sistemas de avaliação de solvabilidade de pessoas singulares ou que fazem uma classificação de crédito (*credit scoring*) são sistemas de risco elevado, exceto quando esses sistemas sejam usados para deteção de fraude financeira [Anexo III(5)(*b*)]([123]).

Além de exceções específicas, está prevista uma derrogação. De acordo com o art. 6.º/3 é possível afastar a classificação de risco elevado

---

([119]) Emilija Leinarte, *ob. cit.*, p. 274: "[art. 6(1)] *covers a limited group of AI systems due to significant sectoral carve outs, limitations to sector-specific definitions of products and safety components of a product and a significant harm condition*".

([120]) Emilija Leinarte, *ob. cit.*, p. 275 sublinha que o art. 6.º/2 só se aplica a *stand-alone systems*.

([121]) *AI Regulation in Europe: From the AI Act to Future Regulatory Challenges* (2023) arXiv:2310.04072, p. 7.

([122]) Este artigo surpreende o jurista médio que ficará à espera de uma "lista exaustiva" num tema em vertiginosa evolução… Proeza que possivelmente só está ao alcance da Comissão Europeia. Ou então trata-se de um erro de tradução (até porque a versão inglesa utiliza a palavra "*comprehensive*" e não "*exhaustive*").

([123]) Sobre esses sistemas e o seu enquadramento jurídico, cf. Diogo Morgado Rebelo, *ob. cit.*

em relação a um sistema cujo uso previsível conste do anexo III "*se não representar um risco significativo de danos para a saúde, a segurança ou os direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente se não influenciarem de forma significativa o resultado da tomada de decisões*" e desde que não realize definição de perfis de pessoas singular (último parágrafo deste art. 6.º/3)([124]).

O art. 6.º/3 apresenta circunstâncias em que esses sistemas de IA, não obstante terem uma finalidade prevista no Anexo III, não representarão risco significativo:

a) quando desempenharem uma tarefa processual restrita;

b) quando se destinem a melhorar uma atividade humana previamente concluída;

c) quando visem detetar padrões de tomada de decisões ou desvios em relação a padrões de tomada de decisões anteriores e não se destinem a substituir nem influenciar uma avaliação humana previamente concluída; ou

d) quando o sistema de IA se destine a executar (apenas) uma tarefa preparatória.

Para que o sistema de IA, apesar da sua finalidade, não seja considerado de risco elevado, basta preencher uma dessas alíneas e que o sistema não realize definição de perfis (tal como definida no art. 4.º/4 RGPD).

O considerando 53 apresenta alguns exemplos de sistemas deste tipo, nomeadamente sistemas de IA destinados a melhorar a linguagem utilizada em documentos redigidos anteriormente, por exemplo em relação ao tom profissional, ao estilo académico ou ao alinhamento do texto com uma determinada mensagem de marca, sistemas que são utilizados para verificar *ex post* se um professor se pode ter desviado do seu padrão habitual de atribuição de notas, de modo a assinalar potenciais incoerências ou anomalias, soluções inteligentes para o tratamento de ficheiros que incluem várias funções, como a indexação, a pesquisa, o processamento de texto e de voz ou a ligação de dados a outras fontes de dados, ou sistemas de IA utilizados para a tradução de documentos.

Em qualquer caso, quem queira invocar essa derrogação tem de documentar essa avaliação (art. 6.º/4), proceder ao registo do seu sistema

---

([124]) Isto não quer dizer que todos os sistemas que realizam definições de perfis devam ser classificados como sendo de risco elevado. A única decorrência desta previsão é que um sistema que realize definição de perfis e seja classificado como sendo de risco elevado não pode beneficiar da isenção.

(art. 49.º/2), sujeitando-se a que uma autoridade de fiscalização do mercado venha a discordar, exigindo medidas corretivas (art. 80.º).

7.2. Regulação

De forma simplificada podemos dizer que em relação aos sistemas de risco elevado, o Regulamento exige que estes sejam bem feitos, adequadamente mantidos e controlados e que haja documentação adequada capaz de comprovar o respeito pelas normas do Regulamento.

Nesse sentido, em relação a sistemas de aprendizagem automática (*machine learning*) impõem-se requisitos de qualidade de dados, nomeadamente em termos de representatividade, aplicação de medidas para deteção e mitigação de enviesamentos (*biases*) (art 10.º). O n.º 5 do art. 10.º cria mesmo uma nova base de licitude para processamento de dados sensíveis (a acrescer às que constam do art. 9.º RGPD) estabelecendo que, em condições particulares, será possível tratar categorias especiais de dados pessoais "*para assegurar a deteção e a correção de enviesamentos em relação aos sistemas de IA de risco elevado*"([125]). Por outro lado, a generalidade das previsões do Regulamento legitimará o processamento de dados não sensíveis uma vez que este ocorrerá para o cumprimento de obrigações legais [art. 6.º/1/*c*) RGPD]([126]).

A nível dos sujeitos, os prestadores são os responsáveis pela conceção e implementação dos requisitos dos arts. 8.º a 15.º (art. 16.º), bem como por garantir a existência de um sistema de gestão de qualidade (art. 17.º), pela conservação da documentação pelo período de 10 anos subsequentes à data de colocação no mercado ou de colocação em serviço do sistema (art. 18.º), pela manutenção dos *logs* (art. 19.º). Está também previsto um dever de colaboração com autoridades competentes (arts. 20.º/2, 21.º e 73.º), a adoção de medidas corretivas (art. 20.º/1), e um acompanhamento pós-comercialização (art. 72.º). Esse acompanhamento inclui um dever de informação das autoridades no caso de um incidente grave (art. 73.º), definido no art. 3.º/49 como "*qualquer incidente ou anomalia num sistema de IA que, direta ou indiretamente, tenha alguma das*

([125]) Isto poderá tornar difícil aplicar medidas de mitigação de vieses a sistemas que não sejam de risco elevado uma vez que para esses não existirá base de licitude para o tratamento de dados sensíveis (Michael Veale/Frederik Zuiderveen Borgesius, *ob. cit.*, p. 103). Também está previsto um tratamento adicional de dados pessoais em determinadas condições de salvaguarda de interesse público (art. 59.º).

([126]) Sendo que não existe fundamento equivalente para os dados sensíveis.

seguintes consequências: a) *morte de uma pessoa ou danos graves para a saúde de uma pessoa b*) *uma perturbação grave e irreversível da gestão ou do funcionamento de uma infraestrutura crítica, c*) *infração das obrigações decorrentes do direito da União destinadas a proteger os direitos fundamentais, d*) *danos graves a bens ou ao ambiente*".

Do ponto de vista mais burocrático, além de um dever de documentação e manutenção de registos, os prestadores de sistemas de IA de risco elevado estão obrigados a identificar-se como tal [art. 16.º/*b*)] e a seguir um procedimento de avaliação de conformidade (art. 43.º)([127]), incluindo a elaboração de uma declaração de conformidade (art. 47.º), a aposição da marca CE (art. 48.º) e o registo do sistema de risco elevado (arts. 49.º e 71.º)([128]).

Embora os deveres mais importantes recaiam sobre os *fornecedores* de sistemas de IA, os seus *utilizadores* ("responsáveis pela implementação") também estão sujeitos a um conjunto de obrigações, previstas no art. 26.º. Na medida em que controlam o sistema, os responsáveis pela implementação terão de respeitar as instruções de utilização do sistema, garantir a sua supervisão humana e a qualidade e adequação dos dados de entrada, colaborar com as autoridades, manter os registos de funcionamento do sistema e informar as pessoas singulares de que estão sujeitas à utilização do sistema de IA de risco elevado.

Nalguns casos, os organismos de direito público, ou as entidades privadas que prestam serviços públicos, e as entidades bancárias e seguradoras estão obrigados a realizar uma avaliação de impacto sobre direitos fundamentais (art. 27.º). Esta avaliação não se confunde com a obrigação de realizar uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados (*DPIA*) estabelecida no art. 35.º do RGPD, ainda que o próprio Regulamento reconheça a existência de sobreposições parciais (art. 27.º/6).

8. Obrigação de transparência para certos sistemas

O art. 50.º do Regulamento, único do Capítulo IV, lida com certos sistemas, definidos à luz da sua finalidade, impondo requisitos mínimos de trans-

---

([127]) Está prevista a derrogação desse procedimento, nomeadamente em casos de urgência (art. 46.º).

([128]) Tendo em conta os princípios do país de origem e reconhecimento mútuo, esta operação só precisa de ser feita num Estado-Membro.

parência/informação([129]). Os dois primeiros números deste artigo impõem deveres aos prestadores, enquanto os números 3 e 4 dizem respeito aos deveres dos responsáveis pela implementação desses sistemas de IA([130]). Como sublinha Tiago Sérgio Cabral([131]). estes deveres aplicam-se aos sistemas referidos no art. 50.º independentemente da sua classificação de risco.

No art. 50.º/1 disciplinam-se os sistemas de IA "*destinados a interagir diretamente com pessoas singulares*", ou seja, os chamados *chatbots* ou sistemas "conversacionais". Estes sistemas devem ser concebidos de modo que se torne claro para as pessoas singulares "*que estão a interagir com um sistema de IA, salvo se tal for óbvio do ponto de vista de uma pessoa singular razoavelmente informada, atenta e advertida, tendo em conta as circunstâncias e o contexto de utilização*"([132]).

Os sistemas de IA generativa ("*que geram conteúdos sintéticos de áudio, imagem, vídeo ou texto*") são abordados no art. 50.º/2. Prevê-se a obrigação de identificar esses conteúdos sintéticos com uma "marca de água" digital "*num formato legível por máquina e detetáveis como tendo sido artificialmente gerados ou manipulados*"([133]).

Os responsáveis pela implementação de sistemas de reconhecimento de emoções ou de categorização biométrica estão sujeitos a um dever de revelação da sua utilização (art. 50.º/3)([134]). De igual modo, quem criar

---

([129]) Os deveres de transparência/revelação previstos no art. 50.º não se aplicam quando o sistema esteja legalmente autorizado "*para detetar, prevenir, investigar ou reprimir infrações penais, sob reserva de garantias adequadas dos direitos e liberdades de terceiros*". Sobre o tema *vide* David Silva Ramalho, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital* (Almedina 2017).

([130]) Não é claro se os fabricante destes sistemas estão cobertos pela isenção de responsabilidade do art. 6.º do DSA. Desde logo é discutível se podemos classificar os fornecedores de modelos ou sistemas de IA de finalidade geral ou com capacidade generativa como "serviço intermediário" [conforme previsto no art. 3.º/*g*) do DSA]. O considerando 119 do AI Act parece apontar para uma avaliação casuística.

([131]) *Ob. cit.*, p. 95.

([132]) Michael Veale/Frederik Zuiderveen Borgesius, *ob. cit.*, p. 106, falam em "bot disclosure".

([133]) As soluções técnicas de implementação da "marca de água" têm de ser "*eficazes, interoperáveis, sólidas e fiáveis, na medida em que tal seja tecnicamente viável, tendo em conta as especificidades e limitações dos vários tipos de conteúdos, os custos de aplicação e o estado da arte geralmente reconhecido, tal como estiver refletido em normas técnicas pertinentes*". Esta obrigação não se aplica a ferramentas de apoio à edição (como um corretor ortográfico ou editor de fotografia) e em geral aquelas "*não alterem substancialmente os dados de entrada disponibilizados pelo responsável pela implantação ou a semântica dos mesmos*" (art. 50.º/2). O âmbito desta exclusão não é totalmente claro: se a informação é apresentada em simples tópicos e o sistema escreve as frases e estrutura a apresentação da informação, dever-se-á considerar que não há uma alteração substancial dos dados de entrada? Criticando a natureza vaga da exceção *vide* Mateusz Łabuz, 'Deep fakes and the Artificial Intelligence Act — An important signal or a missed opportunity?' Policy & Internet (2024), p. 10.

([134]) Como vimos este tipo de sistemas podem ser proibidos ou classificados como sendo de risco elevado. Em todo o caso, como assinalam Michael Veale/Frederik Zuiderveen Borgesius, *ob. cit.*, p. 107, este dever não parece acrescentar nada face ao que resulta já do RGPD.

falsificações profundas (*deepfakes*) deve "*revelar que os conteúdos foram artificialmente gerados ou manipulado*" (art. 50.º/4, 1.º parágrafo)([135]). Este dever pode ser reduzido "*sempre que os conteúdos façam parte de um programa ou obra de natureza manifestamente artística, criativa, satírica, ficcional ou análoga*", bastando que seja cumprido "*de uma forma adequada que não prejudique a exibição ou a fruição da obra*". O dever de revelação também existe no caso de notícias ("*texto publicado com o objetivo de informar o público sobre questões de interesse público*"), exceto "*se os conteúdos gerados por IA tiverem sido objeto de um processo de análise humana ou de controlo editorial e se uma pessoa singular ou coletiva for responsável editorial pela publicação do conteúdo*" (art. 50.º/4/2.º parágrafo)([136]).

9. Modelos de finalidade geral

Quando, em Abril de 2021, a Comissão Europeia apresentou a proposta de Regulamento, já existiam alguns modelos de IA com capacidades diversificadas, mas o termo "modelos fundacionais", utilizado para indicar aqueles modelos treinados com grandes quantidades de dados e com potencial para servir várias aplicações, não tinha ainda sido cunhado. Foi só em Agosto de 2021 que um *paper* de investigadores de Stanford utilizou pela primeira vez esta noção([137]). A verdadeira explosão de modelos fundacionais, que incluem os GPTs da empresa OpenAI e os concorrentes PALM., BERT e Gemini (Google), Claude (Anthropic), Luminous (Aleph Alpha), Mistral 7B e LlaMA (Meta), estes dois últimos disponibilizados em *open source*, deu-se já em 2023.

Esta tecnologia tem particularidades que são especialmente desafiantes. Por um lado, apresentam elevados custos de desenvolvimento, o que gera consideráveis barreiras à entrada. Ao contrário dos sistemas especia-

---

([135]) Para usar a expressão de Michael Veale/Frederik Zuiderveen Borgesius, *ob. cit.*, p. 108, estará em causa um "direito mínimo à realidade". No entanto, como sublinham, um entendimento teleológico desta obrigação devia excecionar utilizações em contextos nos quais não haja um risco de engano (como no caso de imagens genéricas utilizadas para efeitos de *marketing* ou apresentações). Os considerandos 132 e 133 parecem comportar essa interpretação.

([136]) O que não exige que haja um autor humano. Basta que tenha ocorrido um controlo humano do conteúdo.

([137]) Rishi Bommasani, *et al.*, *On the Opportunities and Risks of Foundation Models*, arXiv:2108.07258 [cs.LG].

lizados, para os quais o Regulamento estava inicialmente vocacionado, estes modelos têm uma capacidade de generalização e com frequência serão disponibilizados mediante interfaces de programação (APIs)([138]) para que terceiros possam otimizar e adaptar a aplicações específicas. Nesse sentido, estes modelos, como explica Andrej Karpathy([139]), aproximam-se de sistemas operativos, gerando consideráveis dependências. Estas considerações são tipicamente abordadas pelo Direito da Concorrência([140]), mas o Regulamento dedicou-lhe um capítulo. Nesse sentido prevê-se, nos arts. 89.º/2 e 93.º, uma proteção dos prestadores a jusante, isto é, aqueles que integrem um modelo ou sistema de finalidade geral no seu sistema e que ficam dependentes de um sistema de finalidade geral que não controlam.

Por outro lado, estes grandes modelos de finalidade geral são frequentemente opacos: constituem um conjunto vastíssimos de números (os chamados parâmetros e pesos de uma rede neuronal) que interagem de formas que escapam à compreensão dos seres humanos([141]). Esta falta de compreensão levanta questões preocupantes de segurança, controlo e alinhamento.

Além disso, para o desenvolvimento desses modelos recorre-se a quantidades maciças de dados, grande parte dos quais retirados da Internet e que incluem dados pessoais e dados protegidos por direitos de propriedade intelectual. Ao contrário do que se pensava inicialmente, estes modelos retêm alguns dos dados em "memória"([142]). Esta circunstância torna ainda mais complexa a avaliação da licitude dessas utilizações.

Por último, a generalidades dos modelos fundacionais têm capacidades "criativas", cabendo igualmente na categoria de IA generativa coberta pelo art. 50.º([143]).

([138]) Sobre a noção de APIs e o seu estatuto jurídico veja-se Nuno Sousa e Silva, 'Ligações perigosas? — Reflexões sobre APIs e Direito de Autor a partir do acórdão Google v. Oracle do Supremo Tribunal dos EUA', *in* Revista de Direito Intelectual 1/2022, pp. 213-227.

([139]) Esta afirmação é feita em várias conferência públicas disponíveis no Youtube. Sugiro especialmente o vídeo "[1hr Talk] Intro to Large Language Models".

([140]) Cf. Hou Liyang, 'The Essential Facilities Doctrine — What was Wrong in Microsoft?' IIC 43(4) [2012], pp. 251-271.

([141]) Sobre o seu possível enquadramento na Propriedade Intelectual, cf. Nuno Sousa e Silva, *Are AI models' weights protected databases? in* <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2024/01/18/are-ai-models-weights-protected-databases/>.

([142]) Milad Nasr, *et al.*, *Scalable Extraction of Training Data from (Production) Language Models*, arXiv:2311.17035 [cs.LG].

([143]) Nem todos os sistemas de IA generativa são modelos fundacionais; existem uma série de aplicações especializadas na criação de música, imagens, texto, etc. que, sendo generativas, não são fundacionais.

O Regulamento trata de todos os modelos de IA de finalidade geral (nos arts. 53.º e 54.º) e impõe deveres adicionais (no art. 55.º) para os chamados modelos de IA de finalidade geral com risco sistémico([144]). De acordo com o art. 51.º existirá risco sistémico se o modelo tiver "*capacidades de elevado impacto avaliadas com base em ferramentas e metodologias técnicas adequadas, incluindo indicadores e parâmetros de referência*" [51.º/1/*a*)] ou "*capacidades ou um impacto equivalentes às estabelecidas na alínea a*)*, tendo em conta os critérios estabelecidos no anexo XIII, com base numa decisão da Comissão, ex officio ou na sequência de um alerta qualificado do painel científico*" [51.º/1/*b*)]. "Capacidades de elevado impacto" é definido como "*capacidades que correspondem ou excedem as capacidades registadas nos modelos de IA de finalidade geral mais avançados*" (art. 3.º/64). Ou seja, nesta matéria o legislador remete essencialmente para critérios técnico-científicos, estabelecidos no anexo XIII e que serão concretizados pela Comissão em atos delegados (art. 51.º/3). Em qualquer caso, o n.º 2 do art. 51.º estabelece uma presunção (ilidível) de o modelo ter capacidades de elevado impacto quando a quantidade acumulada de cálculo utilizado para o seu treino, medido em operações de vírgula flutuante por segundo (FLOPS), for superior a 10^{25}([145]).

Está previsto no art. 52.º o procedimento de qualificação de um modelo como tendo risco sistémico em que o prestador "*pode apresentar* (…) *argumentos suficientemente fundamentados para demonstrar que,*

([144]) Como já referido, modelos de IA de finalidade geral estão definidos no art. 3.º/63. Por sua vez, "Risco sistémico" é definido como "*um risco específico das capacidades de elevado impacto dos modelos de IA de finalidade geral que têm um impacto significativo no mercado da União devido ao seu alcance ou devido a efeitos negativos reais ou razoavelmente previsíveis na saúde pública, na segurança, na segurança pública, nos direitos fundamentais ou na sociedade no seu conjunto, que se pode propagar em escala ao longo da cadeia de valor*" (art. 3.º/65).

([145]) Operações de vírgula flutuante são definidas no art. 3.º/67 como "*qualquer operação matemática ou atribuição que envolva números em vírgula flutuante, que são um subconjunto dos números reais normalmente representados em computadores por um número inteiro de precisão fixa escalado por um expoente inteiro de uma base fixa*". Neste contexto, este valor é uma medida do desempenho e capacidade computacional do *hardware* utilizado no treino de um dado modelo de IA. Quanto mais alto, maior a complexidade dos modelos e os respetivos custos de treino. Curiosamente a Executive Order norte-americana utiliza 10^26 FLOPS como limiar, ou seja, dez vezes mais. Muito crítica deste limite, cf. Sandra Wachter, 'Limitations and loopholes in the EU AI Act and AI Liability Directives: what this means for the European Union, the United States, and beyond.' Yale Journal of Law and Technology 26.3 (2024), pp. 696-698. Como sublinha, com razão, o risco é até maior nos sistemas gerais de menor tamanho, porque terão pior qualidade e alguns dos sistemas mias comummente utilizados não estão abrangidos. A Autora sugere mesmo usar o número de utilizadores como critério (p. 715).

excecionalmente, embora preencha esse requisito, o modelo de IA de finalidade geral não apresenta, devido às suas características específicas, riscos sistémicos e, por conseguinte, não deverá ser classificado como um modelo de IA de finalidade geral com risco sistémico" (art. 52.º/2).

Os prestadores de modelos de IA de finalidade geral estão sujeitos essencialmente a quatro deveres previstos no art. 53.º:

i) manter documentação técnica adequada e atualizada [n.º 1/*b*) e Anexo XI];

ii) facilitar integração e interoperabilidade com o seu sistema [n.º 1/*b*), Anexo XII];

iii) aplicar uma política de respeito pelo direito de autor [n.º 1/*c*)], em especial garantindo que o sistema respeita a reserva de direitos prevista no art. 4.º da Diretiva 2019/790 no contexto de *text and data mining*(146); e

iv) disponibilizar ao público um resumo sobre os conteúdos utilizados para o treino do modelo [n.º1/*d*), que prevê a elaboração de um modelo desse resumo pelo AI Office]. Além disso, está previsto um dever geral de colaboração com as autoridades (art. 53.º/3).

No caso de modelos com risco sistémico, além dos deveres aplicáveis a todos os modelos de finalidade geral, o n.º 1 do art. 55.º prevê que os respetivos prestadores devem:

a) realizar testes e avaliações do modelo com vista a identificar e atenuar os riscos sistémicos;

b) avaliar e atenuar eventuais riscos;

c) acompanhar, documentar e comunicar informações pertinentes sobre incidentes graves e eventuais medidas corretivas para os resolver; e

d) assegurar um nível adequado de proteção em termos de cibersegurança.

---

(146) O Regulamento dedica os considerandos 105 a 108 ao tema do Direito de Autor. Sobre isso veja-se Alexander Peukert, 'Copyright in the Artificial Intelligence Act — A Primer' GRUR-Int, Vol. 73(6) (2024), pp. 497-509. Também sobre o tema, com indicações adicionais, *vide* Nuno Sousa e Silva, 'Inteligência Artificial e Propriedade Intelectual: está tudo bem?' *in* Anabela Miranda Rodrigues/Susana Aires de Sousa (eds.), *I Congresso… cit.*, pp. 201-220 e Thomas Margoni/Martin Kretschmer, 'A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology' GRUR-Int., Vol. 71(8) (2022), pp. 685-701.

Se os prestadores de modelos estiverem estabelecidos em países terceiros (fora da UE) os referidos deveres serão, em grande medida, cumpridos por mandatário, conforme estabelece o art. 54.º.

10. Certificação, supervisão e tutela

O Regulamento estabelece medidas de prevenção e de repressão, não obstante focar-se essencialmente na introdução no mercado ou colocação em serviço de sistemas de IA de risco elevado. Apesar de a responsabilidade civil não ser abordada diretamente([147]), algumas das normas do Regulamento poderão funcionar como normas de proteção, as quais, se violadas, poderão dar origem a uma obrigação de indemnização nos termos do art. 483.º do Código Civil([148]). Além disso, há uma referência à possibilidade de recurso a ações coletivas para proteção dos interesses coletivos dos consumidores nos termos da Diretiva 2020/1828, transposta em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro (art. 110.º).

Uma vez que está em causa legislação de segurança dos produtos, está previsto, nos arts. 28.º e ss., um esquema de certificação e controlo. Existirá pelo menos uma autoridade nacional notificadora (em Portugal, previsivelmente, o Instituto Português de Qualidade, IP)([149]) e uma autoridade nacional de fiscalização de mercado (art. 70.º), que serão as autoridades nacionais competentes nos termos do Regulamento([150]).

A autoridade notificadora é aquela que avalia, designa e fiscaliza os organismos de avaliação de conformidade: tipicamente entidades privadas

---

([147]) Como referido, este tema é abordado em duas Diretivas ainda em fase de proposta: COM(2022)495 final e COM(2022)496 final.

([148]) Sobre as normas de proteção veja-se Adelaide Menezes Leitão, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais* (Almedina 2009). Como explica (p. 752, ss.) estas normas têm de caber no conceito de lei em sentido material.

([149]) Cuja orgânica foi aprovada pelo Decreto-Lei 71/2012, de 21 de março. A definição de autoridade notificadora ("*a autoridade nacional responsável por estabelecer e executar os procedimentos necessários para a avaliação, designação e notificação de organismos de avaliação da conformidade e pela fiscalização destes*") consta do art. 3.º/19 do Regulamento.

([150]) Arts. 3.º/48 e 74.º. Os diversos Estados-Membros têm seguido abordagens diferentes. Alguns, como Espanha, criaram uma autoridade nova. Outros têm preferido um sistema descentralizado, recorrendo apenas aos reguladores sectoriais. Há ainda quem procure atribuir estas competências a autoridades já existentes, como as autoridades de controlo no âmbito da proteção de dados ou os coordenadores de serviços digitais no âmbito do DSA. No caso das atividades da UE sujeitas ao Regulamento, a entidade de supervisão será a Autoridade Europeia para Proteção de dados (art. 74.º/9), que terá também competência para aplicação de coimas (art. 100.º).

independentes (v.g. APCER) que realizam atividades de testagem, certificação e inspeção dos sistemas com vista a garantir que estes cumprem a exigência do Regulamento. Os organismos notificados são uma categoria especial de organismos de avaliação de conformidade oficialmente designados e com competência para marcação CE(151).

Como preveem os arts. 40.º e ss., as organizações europeias de normalização desenvolverão *standards* que serão adotados pela Comissão Europeia nos termos do Regulamento (UE) n.º 1025/2012. A aplicação desses standards a um sistema de IA de risco elevado fará operar a presunção de conformidade (arts. 40.º/1 e 42.º)(152).

As autoridades nacionais de fiscalização de mercado lidarão com queixas (art. 85.º), incidente graves (art. 73.º) e exercerão os poderes previstos no Regulamento 2019/1020 (art. 74.º), incluindo avaliações de risco, imposição de medidas corretivas (art. 79.º), deteção de não conformidades (art. 83.º) e a supervisão de testes em condições reais (art. 76.º). É também expectável que sejam estas as autoridades com competência sancionatória.

A nível europeu será a Comissão, através do seu Serviço para IA (*AI Office*) (arts. 3.º/47 e 64.º)(153), a fiscalizar os modelos de IA de finalidade geral, funcionando, para esse efeito, como autoridade de fiscalização de mercado (arts. 75.º), com vastos poderes de fiscalização (arts. 88.º a 94.º) e competência para aplicação de coimas (art. 101.º). Além do Serviço de IA, está prevista a existência de um Comité Europeu para a IA (*AI Board*) (art. 65.º), composto por um representante de cada Estado-Membro e que terá essencialmente funções de coordenação da aplicação do Regulamento entre os vários Estados (art. 66.º). O Serviço de IA e o Comité serão assis-

---

(151) Veja-se art. 3.º/21 e /22 e em mais detalhe o *Guia Azul de 2022 sobre a aplicação das regras da UE em matéria de produtos* (2022/C 247/01). A Comissão Europeia mantem uma lista organimos notificados, conhecida como NANDO (<https://webgate.ec.europa.eu/single-market-compliance-space/#/notified-bodies>).

(152) As entidades europeias de standardização são o European Committee for Standardization (CN), o European Committee for Electrotechnical Standardization (CENELEC) e o European Telecommunications Standards Institute (ETSI). Está também prevista a hipótese de a Comissão adotar especificações comuns se estas organizações falharem (art. 41.º). O pedido de emissão de standards relativos a este Regulamento já foi apresentado pela comissão ao CN e CENELEC em Maio de 2023 a Comissão (C(2023)3215 — Standardisation request M/593). Sobre o processo e o papel dos standards no Regulamento *vide* Marta Cantero Gamito/Christopher T Marsden, 'Artificial intelligence co-regulation? The role of standards in the EU AI Act' International Journal of Law and Information Technology, Vol. 32 (1) (2024).

(153) Este departamento da Comissão Europeia foi criado por Decisão da Comissão de 24 de janeiro de 2024 [C(2024) 390 final].

tidos por um fórum consultivo (art. 67.º) e um painel científico de peritos independentes (art. 68.º)([154]).

As sanções variam conforme o tipo de infração, devem ter em conta as circunstâncias concretas (art. 99.º/7) e podem incluir advertências e medidas não pecuniárias (art. 99.º/1)([155]). Do ponto de vista das coimas estão previstas coimas até 7% do volume de negócios mundial ou 35 milhões de euros no caso de práticas proibidas (art. 99.º/3), até 3% do volume de negócios ou 15 milhões de euros para a generalidades das infrações (art. 99.º/4) e até 1% ou 7,5 milhões de euros no caso de fornecimento de informações "incorretas, incompletas ou falaciosas" aos organismos notificados e às autoridades competentes (art. 99.º/5)([156]). No caso dos modelos de IA de finalidade geral, a moldura sancionatória, a aplicar pela Comissão Europeia, irá até 3 % do seu volume de negócios anual total a nível mundial ou 15 milhões de euros (art. 101.º).

O facto de uma entidade ser sancionada ao abrigo do Regulamento não impede que se apliquem outras coimas, nomeadamente por violação do RGPD ou do DSA([157]).

11. Conclusão

Na minha perspetiva o Regulamento contém soluções geralmente equilibradas e razoáveis. No entanto, atenta a sua extensão, complexidade

---

([154]) Sobre este quadro institucional, cf. Claudio Novelli, *et al.*, 'A Robust Governance for the AI Act: AI Office, AI Board, Scientific Panel, and National Authorities' (2024) *in* <https://ssrn.com/abstract=4817755>.

([155]) Apesar de o Regulamento não o referir expressamente, parece que deve valer o entendimento amplo de "empresa" proveniente do Direito da Concorrência e que tem vindo a ser usado em sede de regulação, nomeadamente no direito da proteção de dados e nas plataformas digitais, especialmente para efeitos sancionatórios. A definição é "*qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do estatuto jurídico dessa entidade e do seu modo de financiamento*" (v.g. C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH*, EU:C:2012:449, §35).

([156]) Em relação aos prestadores de modelos de IA de finalidade geral a moldura é equivalente (art. 101.º). Curiosamente no caso das autoridades europeias o valor máximo é de apenas 1,5 milhões de euros para as práticas proibidas (art. 100.º/2) e 750 mil euros nos restantes casos (art. 100.º/3). Mais importante é a possibilidade dada aos Estados-Membros de "*definir regras que permitam determinar em que medida podem ser aplicadas coimas às autoridades e organismos públicos estabelecidos nesse Estado-Membro*" (art. 99.º/8). Por outras palavras, tal como no RGPD, parece legalmente admissivel isentar as entidades públicas da aplicação de coimas. O melhor exemplo vem de cima…

([157]) Tiago Sérgio Cabral, *ob. cit.*, p. 97.

e fraca qualidade legislativa, tornar-se-á algo difícil de aplicar([158]). Por isso, existe um risco real de a União Europeia afetar negativamente a inovação e investimento no domínio da Inteligência Artificial. É aliás possível que venha a ocorrer a uma diminuição da oferta e/ou divergência dos produtos ou serviços, o público europeu receberá versões diferentes e menos avançadas([159]). Como escreve Miquel Peguera Poch([160]), o Regulamento é um instrumento de notável complexidade e com efeitos imprevisíveis.

A principal esperança reside no recurso a standards, cuja adoção massificada pode reduzir significativamente os custos de *compliance* e diminuir a considerável incerteza que este instrumento legislativo inevitavelmente gerará([161]). Um outro contributo para a superação das limitações deste diploma terá de vir dos juristas, seus intérpretes e aplicadores. Por isso, estou, modestamente, a dar o meu.

([158]) Michael Veale/Frederik Zuiderveen Borgesius, *ob. cit.*, p. 112.

([159]) Luciano Floridi, *ob. cit.*: "*fridges, dishwashers, washing machines and even vehicles may need to remain on the safe side of "artificial stupidity" to avoid having to comply with the AI Act (CP version). A scenario becomes plausible in which companies start dumbing down ("de-AI-ing") or at least stop smartening up their products in order not to be subject to the AI Act*". Isto não parece ser ficção – veja-se o anúncio recente da Apple no sentido de não oferecer a tecnologia de IA ("Apple Intelligence") na União Europeia por temer violar o Regulamento dos Mercados Digitais — Regulamento (UE) 2022/1925 (<https://www.theverge.com/2024/6/21/24183251/apple-eu-delay-ai-screen-mirroring-shareplay-dma>) e o da Meta de não disponibilizar um modelo mais avançado tendo em conta a "natureza demasiado imprevisível" do ambiente regulatório europeu (<https://www.theverge.com/2024/7/18/24201041/meta-multimodal-llama-ai-model-launch-eu-regulations>).

([160]) 'La propuesta de Reglamento de IA: una intervencióin legislativa insoslayable en un contexto de incertidumbre' in Miquel Peguera Poch (coord.), *Perspectivas Regulatios de La Inteligencia Artifical em La Unión Europea* (Reus 2023), p. 179.

([161]) O próprio Regulamento reconhece-o no considerando 121, onde se pode ler "*A normalização deverá desempenhar um papel fundamental, disponibilizando aos prestadores soluções técnicas que assegurem a conformidade com o presente regulamento, em consonância com o estado da arte, a fim de promover a inovação, a competitividade e o crescimento no mercado único*". Para uma lista não exaustiva de *standards* aplicáveis neste contexto *vide* Federico Marengo, *Privacy…cit.*, p. 196, ss., e Alessio Tartaro, 'Regulating by standards: current progress and main challenges in the standardisation of Artificial Intelligence in support of the AI Act' European Journal of Privacy Law and Technologies (2023), pp. 147-174. Alguns autores, incluindo Emilija Leinarte, *ob. cit.*, e Sandra Wachter, *ob. cit.*, consideram que o AI Act é uma versão diluída do que deveria ser, com um âmbito de aplicação demasiado restrito. Embora concorde parcialmente, isso não impede a geração de incerteza.

A MOROSIDADE PROCESSUAL EM DIREITO TRIBUTÁRIO PORTUGUÊS: OS JUROS

Por Diogo Leite de Campos([1])
e Susana Soutelinho([2])

Sumário:

1. O ponto de partida. **2.** O ponto de chegada. *2.1.* Sucesso na ação. *2.2.* Insucesso na ação. **3.** A violação do direito constitucional a uma sentença em prazo razoável. Outras ilegalidades e inconstitucionalidades. **4.** A violação do dever de respeitar a dignidade da pessoa. **5.** O direito da personalidade a uma sentença em prazo razoável. **6.** Ausência de nexo de causalidade entre os juros e a atuação do contribuinte. **7.** A obrigação de o credor Estado minimizar o seu dano ou não o deixar aumentar. **8.** O interesse do Estado. **9.** O regime jurídico aplicável aos juros passado o prazo de três anos.

1. O ponto de partida

A Constituição da República portuguesa, CRP, consagra no seu art. 20.º o acesso ao direito. Entendido este, no que nos interessa, como a obtenção de uma sentença em prazo razoável, n.º 4.

Na esteira do princípio constitucional, a Lei Geral Tributária, no seu art. 97.º, acolhe simultaneamente o direito a uma decisão em prazo razoável e a possibilidade da sua execução.

([1]) Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra e da Universidade Autónoma de Lisboa.

([2]) Doutoranda em Direito Fiscal na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada especialista em Direito Fiscal.

No mesmo sentido dispõe a Convenção Europeia dos direitos humanos, CEDH, no art. 6.º. Também aqui se prevê uma sentença em prazo razoável.

Parece adequado considerar que o prazo razoável será de três anos em matéria tributária, como aliás tem decidido a jurisprudência dos Tribunais Tributários superiores. Embora em outros ramos do direito o prazo deva ser encurtado.

Contudo, os processos fiscais demoram, amiúde, mais de 3 anos a serem decididos em primeira instância. Chegando a 10 anos ou mesmo a 20 só na primeira instância. Está claramente a violar-se o disposto na LGT, na CRP e na CEDH, esta última introduzida por Portugal na sua ordem jurídica interna.

2. O ponto de chegada

Suponha-se que foi concluído um processo judicial tributário em dez anos. Quando deveria ter sido em três anos. Vejamos as consequências que impendem sobre o contribuinte.

2.1. Sucesso na ação

Assentemos em que o contribuinte obteve sucesso na sua pretensão e o tribunal anulou a sua pretensa dívida. Neste caso, o contribuinte não é obrigado a pagar ao Estado o imposto, nem os juros compensatórios impugnados e levantará a garantia prestada para suspender o processo de execução fiscal durante o período em que decorreu a ação.

Simultaneamente, se o Tribunal considerar que houve erro imputável aos serviços, poderá exigir do Estado o pagamento dos encargos que suportou com a garantia.

Também tem direito a reaver as custas judiciais que suportou durante os 10 anos que o processo demorou.

E o contribuinte poderá exigir indemnização ao Estado pelos prejuízos que sofreu?

Que prejuízos terão sido estes?

O prazo de dez anos que decorreu para a decisão judicial trouxe-lhe, desde logo, prejuízos não patrimoniais: inquietação, mesmo angústia, que

terá experimentado com a eventualidade de ter de pagar um imposto, embora o soubesse indevido. Embora pudesse confiar, não podia prever com segurança a decisão do tribunal. São conhecidos os casos de pessoas que passaram a sofrer doenças mentais derivadas de tal pressão psicológica.

Depois, a gestão financeira da sua família terá sido alterada para levar em conta esse possível pagamento futuro e os encargos que teve que suportar com a garantia. Dependendo do património do contribuinte e do montante do imposto, tal alteração seria seguramente prejudicial e pode ter sido muito profunda.

Teve, seguramente, que pagar honorários ao advogado; gastou tempo com reuniões com este, na recolha de provas, em deslocações ao tribunal, etc. O banco, seu financiador, ao saber da contingência fiscal, terá limitado o crédito.

Tudo, apesar de o contribuinte ter ganho ação.

Inconvenientes que se podem ter multiplicado no caso de um alegado devedor ser uma empresa, sobretudo uma PME mais sensível a todos os problemas financeiros.

É certo que pode pedir uma indemnização ao Estado, mas terá que fazer prova dos danos e defrontar mais uma ação que durará anos e acarretará custos.

2.2. Insucesso na ação

No caso de o devedor não ter sucesso, o panorama que descrevemos pode tornar-se muito mais sombrio. O montante a pagar ao Estado pode ter-se duplicado pelo peso dos juros de mora, com inconvenientes acrescidos.

Com efeito, não existe um limite máximo de contagem de juros de mora, o que significa que os mesmos correm durante os 10 anos que o Tribunal demorou a decidir, ainda que tal facto não possa ser imputável ao contribuinte, por total respeito pelos deveres processuais e ausência de quaisquer medidas dilatórias.

Suponhamos que o devedor é uma empresa. Esta terá suportado cortes no crédito bancário perante a contingência fiscal. Terá encontrado receio junto dos fornecedores quanto ao prazo do pagamento. O seu diretor ter-lhe-á consagrado menos tempo. Terá deixado de prosseguir uma renovação da sua frota ou da sua maquinaria, etc. Terá suportado custas judiciais e honorários com advogados.

Temos encontrado a empresas que, perante uma contingência fiscal relativamente elevada, abrem falência com graves prejuízos económicos, locais e mesmo sentidos a nível nacional, e sociais, pelo lançamento dos seus trabalhadores no desemprego.

E tudo isto porque o Estado não cumpriu o seu dever constitucional de assegurar uma sentença em prazo razoável.

Passamos a analisar criticamente o comportamento do Estado credor em face das normas aplicáveis.

3. A violação do direito constitucional a uma sentença em prazo razoável. Outras ilegalidades e inconstitucionalidades

A morosidade apontada vem violar o direito constitucional a uma sentença em prazo razoável. Direito também previsto na CEDH.

Viola a dignidade da pessoa, fundamentante do Estado e do Direito, art. 1.º da CRP.

Viola o dever de boa fé do Estado.

Os juros de mora em causa não derivam do incumprimento do contribuinte, mas, pelo menos após o prazo de três anos, decorrem da inércia dos Tribunais, i.e., do Estado, como veremos adiante.

4. A violação do dever de respeitar a dignidade da pessoa

A dignidade da pessoa enquanto valor fundamentante do Estado de direito é reconhecida no artigo primeiro da CRP.

A dignidade da pessoa exige justiça, o bem dos outros, a prossecução do bem comum.

O Estado não está nesta matéria a promover o bem comum, o bem dos contribuintes, não está a prosseguir a justiça. A dignidade da pessoa e do Estado, ou, pelo menos, das pessoas que formam e manifestam a vontade deste, quer-se visando a justiça. E o justo é o fim da relação interpessoal, marcadamente da administração da justiça.

Não é seguramente justo que seja o contribuinte a suportar os custos da inércia e má gestão públicas.

Há aqui uma inconstitucionalidade.

5. O direito da personalidade a uma sentença em prazo razoável

Contudo entendemos que não é necessário recorrer à dignidade da pessoa. Bastará invocar o direito da personalidade indicado atrás.

Os direitos da personalidade são os principais agentes da dignidade da pessoa no mundo do direito, em virtude da sua maior concretização e mais fácil aplicabilidade. São as palavras que explicam o que é a dignidade da pessoa. São os seus exegetas([3]).

Mas não quisemos deixar de referir a dignidade da pessoa para mostrar que a morosidade indicada da justiça vai contra princípios gerais e valores tão importantes como a dignidade da pessoa.

E vamos continuar a descrever o choque entre tal morosidade e as normas e os valores do ordenamento jurídico.

6. Ausência de nexo de causalidade entre os juros e a atuação do contribuinte

O Estado pretende auferir os juros de mora referentes a todo o período de decurso da ação, a título de que são imputáveis à conduta do contribuinte em não ter pago imposto, o que lhe terá causado o prejuízo correspondente. Teria havido um ato ilícito a que corresponde uma obrigação de indemnizar.

Mas sucede, porém, que os juros vencidos depois de três anos da propositura da ação decorrem da morosidade processual e não de ato do contribuinte. Este ato só justifica os primeiros três anos cujos juros, e só estes, são imputáveis à propositura de uma ação… que deve durar 3 anos.

Portanto, de acordo com a técnica jurídica mais elementar, os juros, passados os três anos, deixam de ser devidos por serem imputáveis ao credor.

([3]) Cf. Campos, Diogo Leite de, e Rodrigues, Manuel, *A dignidade da pessoa. A felicidade somos nós*, em publicação.

7. A obrigação de o credor Estado minimizar o seu dano ou não o deixar aumentar

Será que o credor Estado está a tentar aumentar o seu dano para obter mais receitas? Julgamos que este não será o seu objetivo, pois envolveria graves prejuízos financeiros com o atraso do pagamento dos impostos e determinaria um juízo de censura muito severo sobre o legislador.

Além de permitir considerar que o Estado está a conduzir-se em abuso de direito, previsto e censurado pela CEDH, no seu art. 17.º.

Haverá inércia do Estado perante uma situação que lhe parece inevitável, por não querer aumentar as suas despesas com o funcionamento da justiça e que, de qualquer maneira, não lhe parece totalmente desfavorável.

Seja como for, o Eestado ao permitir a morosidade processual com as consequências que indicámos, está a violar um dever seu.

Continuamos a analisar a contrariedade da morosidade processual com as mais diversas normas e valores do ordenamento jurídico.

O caso que terá despoletado o instituto da imposição de o credor não deixar aumentar ou minimizar o seu dano terá sido o de o credor, neste caso privado, sabendo que tem um devedor solvente e que paga juros superiores aos do mercado, entende que o seu empréstimo é um bom investimento e assim atrasa a exigência do pagamento, ou envereda por procedimentos processuais dilatórios, etc. Tudo semelhante ao caso de que estamos a tratar.

Esta obrigação é associada muitas vezes à boa-fé(4) — outras vezes recorre-se à relação de causalidade entre o facto e o dano.

As exigências postas a esta relação levam a que algumas ações ou omissões do credor, ao não diminuírem ou aumentarem o seu dano, não podem ser imputadas ao devedor.

Nesta ordem de ideias o art. 570.º, n.º 1, do Código Civil português determina que quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos cabe ao Tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultarem, se a indemnização deve ser concedida reduzida ou mesmo excluída.

Com efeito, o comportamento do credor não pode fazer esquecer que cada um visa o bem dos outros.

---

(4) Como foi o caso do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo número 99 A 641, do relator García Marques.

Como termo mínimo visa não prejudicar os outros.

A liberdade é uma propriedade da vontade de se conformar ao bem dos outros. Kant, não recusando um espaço ao individualismo, afirma também a noção de respeito, uma referência intrínseca da pessoa para com outro. Esta referência é intrínseca à moralidade.

Não podemos esquecer que em direito a referência ou outro é coberta pela boa-fé.

A norma que temos vindo a enunciar está consagrada nos direitos norte-americano, inglês, brasileiro, francês, entre outros. E cabe perfeitamente em direito português através da referência à boa-fé([5]).

Está prevista no art. 88.º da Convenção de Haia de 1964 que se refere à venda internacional de objetos móveis corporais, no art. 77.º da Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias, pontos 7.4.8 dos princípios unidos a e nas alíneas 1 e 2 do art. 60.º da proposta de um código europeu dos contratos da academia dos privatistas europeus([6]).

O art. 422.º do código civil brasileiro dispõe que os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução os princípios de probidade e boa-fé.

Sendo a boa fé transversal ao ordenamento jurídico. Enquanto manifestação da dignidade da pessoa é imposta por esta com carater geral.

A parte que entende haver um dano resultante de um ato ilícito, um não cumprimento, por exemplo, deve tomar as medidas razoáveis perante as circunstâncias para mitigar a perda, incluindo a perda do lucro resultante do incumprimento. Se não tomar essas medidas, a parte em incumprimento pode pedir uma redução dos danos no montante que deveria ter sido mitigado". Norma baseada no art. 77.º da Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda de mercadorias, celebrada em Viena em 1980.

Esta norma deve entender-se como norma geral no ordenamento, por força dos princípios de justiça, de causalidade e de boa-fé que lhe são transversais([7]).

O que acabamos de afirmar revela, "*mutatis mutandis*", o severo juízo de censura ao legislador que pretende lançar sobre o devedor os custos da morosidade dele, Estado.

([5]) *Vd. ob. ref. Infra*.

([6]) *Ob. cit.*

([7]) Para desenvolvimento ver Campos, Mónica Martinez de; Almeida, Verônica Scriptore Freire e; Almeida, Daniel Freire; Campos, Diogo Leite de, *O dever do credor de minimizar ou de não deixar aumentar o dano*, *in* Revista da Ordem dos Advogados, ano 83, n.os 3-4 (julho-dezembro 2023), pp. 625-659. Disponível em <https://portal.oa.pt/media/144062/diogo-leite-de-campos.pdf>.

8. O interesse do Estado

O interesse do Estado, bem entendido, aponta claramente para a eliminação da morosidade processual.

As pendências acumuladas, que são equivalentes a um múltiplo dos processos novos entrados em cada ano, representam uma elevadíssima perda de receitas para o Estado que se vê eventualmente obrigado a criar mais impostos para compensar a perda de receitas. Com graves prejuízos económicos e sociais, nomeadamente o aumento de sacrifício, já elevado, dos portugueses com o pagamento dos impostos já existentes.

9. O regime jurídico aplicável aos juros passado o prazo de três anos

Os juros de mora, após três anos sem sentença, são indevidos por:

— As normas que os preveem serem inconstitucionais, por violarem o disposto no art. 20.º, 4 da CRP;

— As normas que os preveem, violarem a dignidade inerente à pessoa prevista no art. 1.º da CRP;

— Não haver nexo de causalidade entre a geração desses juros e o incumprimento do contribuinte, antes tais juros serem imputáveis a factos do Eestado;

— O Estado como credor, ter o dever de não deixar aumentar ou minimizar o seu dano. O contrário viola os princípios da dignidade da pessoa, do bem comum e da justiça.

Acrescente-se que deverá caducar qualquer garantia prestada e que o lesado poderá exigir indeminização ao Estado, pelos prejuízos sofridos com a morosidade da ação.

LIMITES À AUTONOMIA PROCESSUAL DOS ESTADOS-MEMBROS: OS PRINCÍPIOS DA EQUIVALÊNCIA E DA EFETIVIDADE

Pela Doutora Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de Sousa(*)

Sumário:

1. Introdução. **2.** Limites à autonomia processual dos Estados-Membros. *2.1.* O Princípio da Equivalência. *2.2.* O Princípio da Efetividade. **3.** A relação entre os Princípios da Equivalência e da Efetividade. **4.** Conclusão.

1. Introdução

O princípio da autonomia processual e institucional foi consagrado no acórdão *Hamburg*([1]), embora não com esta denominação, no qual as exigências do primado do direito europeu (que visa dar resposta aos imperativos da integração) acabaram por limitar esta autonomia (que defende as exigências da soberania dos Estados-Membros)([2]).

(*) Doutora em Direito da União Europeia.

([1]) Ac. de 11/2/1971, *Hamburg*, C-39/70. V. Ribeiro, Marta, *Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário*, p. 135, que também cita este ac., por o mesmo referir que a aplicação de um regulamento comunitário pertence às autoridades nacionais. Os ac. de 16/12/1960, *Humblet*, C-6/60, de 4/4/1968, *Lück*, C-34/67 e de 19/12/1968, *Salgoil*, C-13/68, já reconheciam a aplicação do direito processual nacional. V. Nafilyan, Gérard, *Note sur l`affaire Rewe*, p. 96 a 99, Wilmars, J. Mertens de, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, pp. 396 e 397, Curtin, Deirdre, *Directives: The effectiveness of judicial protection of individual rights*, p. 726, Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *UE law: Text, cases, and materials*, p. 226.

([2]) Segundo Kovar, Robert, *Droit communautaire et droit procedural national*, pp. 232 e 233, no ac. de 19/12/1968, *Salgoil*, C-13/68, o TJUE ignorou os limites à autonomia processual dos EM, enquanto no ac. de 6/6/1972, *Schlüter & Maack*, C-94/71, reconheceu a necessidade de conciliar a aplicação uniforme do direito da UE com as normas processuais nacionais.

Contudo, os termos "autonomia processual e institucional" remontam a 1972, quando Rideau([3]) declarou que a aplicação das normas da União Europeia (doravante UE) se processava através dos órgãos e das normas processuais nacionais([4]). Já em relação à jurisprudência, a primeira vez que o termo "autonomia processual" foi utilizado ocorreu no acórdão *Wells*([5]), onde o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE) designou, a fórmula *Rewe/Comet*([6]), como princípio da autonomia processual([7]) dos Estados-Membros([8]) (doravante EM). Estes termos são por vezes considerados sinónimos, sendo que, noutros casos, são utilizados para identificar diferentes situações. Neste último caso, o princípio da autonomia institucional([9]) é entendido como pretendendo designar os órgãos competentes para aplicar o direito da UE, enquanto o termo autonomia processual define a forma e o processo através do qual o mesmo (direito da UE) é aplicado([10]). A vantagem desta distinção residiria, alegadamente, no facto de a autonomia institucional não estar sujeita a limitações([11]).

([3]) V. Rideau, Joël, *Le rôle des états membres dans l´application du droit communautaire*, pp. 884-903.

([4]) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, pp. 89 e 91, que refere que apesar de o termo "autonomia processual" ter origem doutrinal, o mesmo reflete jurisprudência já existente, pelo que se poderá afirmar que este termo retratou, de forma concisa, a jurisprudência do TJUE. Esta autora dá como exemplos os ac. de 15/12/1971, *International Fruit Company*, C-51/71 a C-54/71 e de 20/10/1971, *Düsseldorf-Holthausen*, C-6/71. De facto, o ac. C-51/71 a C-54/71, já referia que "Quando disposições do Tratado ou dos regulamentos reconhecem poderes aos Estados-membros ou lhes impõem obrigações para aplicação do direito comunitário, a questão de saber de que maneira o exercício destes poderes e a execução destas obrigações podem ser confiados pelos Estados a organismos internos determinados depende unicamente do sistema constitucional de cada Estado".

([5]) Ac. de 7/1/2004, *Wells*, C-201/02.

([6]) Ac. de 16/12/1976, *Rewe*, C-33/76 e *Comet*, C-45/76.

([7]) Para a análise do termo "autonomia processual", v. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, pp. 114-115.

([8]) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 111, que refere que a doutrina entendeu que o princípio da autonomia processual constituía um princípio cujo âmbito era difícil de definir (o seu conteúdo essencial só fica definido após a aplicação dos princípios da efetividade e da equivalência), sendo preferível uma definição negativa que reservasse a competência aos tribunais nacionais.

([9]) V. Ribeiro, Marta, *Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário*, p. 137. Sobre a autonomia institucional dos EM e os seus limites, v. Rideau, Joël, *Le rôle des états membres dans l´application du droit communautaire*, pp. 884-903. No ac. de 15/12/1971, *International Fruit Company*, C-51/71 a C-54/71, o TJUE refere que "Se, por força do art. 5.º do Tratado, os Estados-Membros são obrigados a tomar todas as medidas gerais ou especiais adequadas para assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do Tratado, compete-lhes **determinar as instituições que, na ordem interna**, terão competência para tomar as ditas medidas [sublinhado nosso]".

([10]) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 90.

([11]) V. Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, pp. 54-55.

Para facilitar a compreensão consideraremos([12]), tal como o TJUE, que o princípio da autonomia processual determina que, na ausência de regulamentação da União na matéria, cabe à ordem jurídica interna de cada EM designar os órgãos competentes e definir as modalidades processuais([13]) destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos particulares pelo direito da União([14]), tendo os EM a responsabilidade de assegurar, em cada caso, a proteção efetiva desses direitos([15]).

De facto, como refere Haapaniemi([16]), não se justifica diferenciar os dois conceitos, uma vez que ambos estão sujeitos aos requisitos instituídos pelo ordenamento jurídico da UE.

Assim, este princípio, que também foi denominado de competência processual ou de responsabilidade processual nacional([17]) visa, por um lado, garantir uma proteção jurídica efetiva, no quadro do exercício dos direitos que são conferidos aos particulares pelo ordenamento jurídico da UE e, por outro e de um modo mais geral, assegurar o efeito útil deste ordenamento([18]).

Consequentemente, este princípio pode ser visto como um corolário ou concretização do princípio da administração indireta ou descentralizada

---

([12]) Como também explicaremos, aquando da análise das definições dos princípios da equivalência e da efetividade, embora a jurisprudência do TJUE, na maioria das definições do princípio da autonomia processual, faça uma menção aos órgãos jurisdicionais competentes e às ações judiciais, levando o intérprete a pensar que este princípio só se aplica aos processos judiciais, entendemos que o conceito, por forma a abranger todas as decisões do TJUE, deverá ser expurgado dessas menções. De realçar que, no ac. de 14/7/2022, *EPIC*, C-274/21 e C-275/21, o TJUE já refere expressamente que "[…] compete a cada Estado-Membro, por força do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, **definir as regras do procedimento administrativo e do processo judicial** destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos litigantes pelo direito da União [sublinhado nosso]".

([13]) Como refere Lanceiro, Rui Tavares, *O dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a jurisprudência Kühne & Heitz*, pp. 4-5, a autonomia processual aplica-se quer se trate das regras do procedimento administrativo, do contencioso administrativo ou do processo judicial.

([14]) V. Ribeiro, Marta, *Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário*, p. 137.

([15]) V., entre outros, ac. de 19/10/2017, *Raimund*, C-425/16. Para Ribeiro, Marta, *Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário*, p. 135, decorre do princípio da autonomia processual que "[…] toda a organização judiciária e força pública, todo o aparelho administrativo, e todos os órgãos legislativos e governamentais […] são postos ao serviço da aplicação efectiva do direito comunitário […]". Assim cabe aos EM "[…] determinar, de acordo com o direito interno, quais os órgãos competentes, quais as modalidades processuais e quais as regras de direito material aplicáveis a que os particulares podem recorrer […]". V. Adinolfi, Adelina, *The "procedural autonomy" of member states and the constraints stemming from the ECJ's case law: Is judicial activism still necesssary?*, p. 285.

([16]) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 91.

([17]) V. Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *UE law: Text, cases, and materials*, p. 227.

([18]) V. Eliantonio, Mariolina, *The future of national procedural law in Europe: Harmonisation vs. judge-made standards in the field of administrative justice*, p. 1.

da UE([19]), uma vez que o critério de referência inicial continua a ser o critério existente em direito nacional([20]).

Deve recordar-se que o Tratado criou uma ordem jurídica própria, integrada nos sistemas jurídicos dos EM e que se impõe aos respetivos órgãos jurisdicionais, cujos sujeitos não são apenas os EM, como também os seus nacionais e que, do mesmo modo que cria encargos para os particulares, também instituiu direitos que se incluem no seu património jurídico([21]).

A este respeito, Dougan([22]) salienta que a intervenção da UE, nos ordenamentos nacionais, tem como objetivo primordial garantir a efetiva aplicação da legislação europeia e não a proteção dos direitos dos particulares, que é utilizada para legitimar o alargamento das competências da UE. Contudo, o TJUE tem vindo a afirmar que os tribunais nacionais estão encarregues de aplicar, no quadro das suas competências, as disposições do direito da UE, com vista a garantir a plena eficácia destas normas e proteger os direitos que as mesmas conferem aos particulares([23]).

Haapaniemi([24]) acrescenta, ainda, que a autonomia processual não deve ser considerada um princípio geral da UE, mas sim uma forma abreviada de designar a competência que, na ausência de legislação da União, é atribuída aos EM. Para este autor([25]), trata-se de uma questão de divisão de competências, sendo que a utilização do termo "autonomia processual" induz em erro por parecer tratar-se de uma competência exclusiva embora, na realidade, a mesma seja partilhada e sujeita às condições estabelecidas pelo TJUE. Acresce que a UE só possui competência partilhada nas áreas em que tal competência lhe é atribuída em relação às matérias substantivas, pelo que não se pode afirmar que existe uma competência geral da UE em matéria processual([26]). De qualquer forma, mesmo nos casos em que a

---

([19]) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 89 e Eliantonio, Mariolina, *The future of national procedural law in Europe: Harmonisation vs. judge-made standards in the field of administrative justice*, p. 1.

([20]) Conclusões de 14/1/2021, no ac. C-64/20.

([21]) Ac. de 20/9/2001, *Courage e Crehan*, C-453/99.

([22]) V. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 51.

([23]) Ac. de 20/9/2001, *Courage e Crehan*, C-453/99. Sobre este ac., v. Dougan, Michael, *Enforcing the single market: The judicial harmonisation of national remedies and procedural rules*, pp. 175-176.

([24]) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, pp. 114 e 117. Segundo este autor, considerar a autonomia processual como um princípio geral, e não como uma forma abreviada de apelidar a jurisprudência *Rewe*, não corresponderia à forma correta de interpretar o direito da UE.

([25]) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, pp. 116 e 119

([26]) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 116. Segundo este autor, a competência partilhada implica que o seu exercício pela UE impossibilite os EM de legislar sobre a mesma matéria, pelo que, *a contrario*, o seu não exercício deixa liberdade aos EM, desde que observa-

competência não é partilhada, mas sim residual, como na área fiscal ou criminal, a ordem jurídica da UE pode interferir nas normas processuais nacionais([27]).

Assim, a regra da autonomia processual onde, segundo Louis([28]), o TJUE prefere ver a aplicação do princípio da cooperação, estabelece que a tarefa de aplicar e executar o direito da UE, salvo quando expressamente confiada às suas instituições, incumbe às autoridades administrativas e judiciais nacionais([29]), que estão obrigadas, nos termos do previsto no n.º 3 do art. 4.º do Tratado da União Europeia (doravante TUE), a tomar todas as medidas, gerais ou especiais, capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do ordenamento europeu([30]). Neste sentido, o advogado-geral Bobek([31]) considera mesmo que o princípio da cooperação leal parece ser um princípio geral de que as exigências de equivalência e de efetividade são expressões mais específicas.

---

dos os princípios da equivalência e da efetividade. V., no mesmo sentido, Eliantonio, Mariolina, *The future of national procedural law in Europe: Harmonisation vs. judge-made standards in the field of administrative justice*, pp. 3-9, que dá vários exemplos das áreas europeias já harmonizadas e considera que a base para a intervenção da UE está na estreita ligação entre as normas substantivas e processuais.

([27]) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, pp. 117 e 119.

([28]) V. Louis, Jean-Victor, *A ordem jurídica comunitária*, p. 148. Também para Becker, Florian, *Application of Community law by member-states public authorities: Between autonomy and effectiveness*, p. 1043, os princípios da efetividade e da equivalência estão enraizados no princípio da cooperação.

([29]) V. Lenaerts, Koen, *National remedies for private parties in the light of the EU law principles of equivalence and effectiveness*, p. 13, Eliantonio, Mariolina, *The future of national procedural law in Europe: Harmonisation vs. judge-made standards in the field of administrative justice*, p. 1 e Lanceiro, Rui Tavares, *O dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a jurisprudência Kühne & Heitz*, p. 3. No ac. de 26/1/2012, *Allround*, C-218/10, o TJUE refere que "[…] o destinatário da prestação tem a possibilidade de invocar os seus direitos não apenas perante as autoridades administrativas, mas igualmente nos órgãos jurisdicionais competentes […]". Sobre a relação entre o TJUE e os tribunais nacionais, v. Durand, Andrew, *Enforceable community rights and national remedies*, pp. 43-63, que considera que a relação entre o TJUE e os tribunais nacionais pode ser vista como duas faces opostas da mesma moeda; por um lado, o TJUE reconhece a existência de um direito decorrente da UE e, por outro, os tribunais nacionais encarregam-se de garantir a sua aplicação.

([30]) Conclusões de 22/3/2001, no ac. C-453/99, de 24/3/2009, no ac. C-2/08, de 30/4/2019, no ac. C-620/17, de 14/11/2019, no ac. C-752/18. O ac. de 21/12/2016, *TDC A/S*, C-327/15, refere que "Na falta de regras, estabelecidas pelo direito da União, sobre as modalidades processuais […] cabe ao ordenamento jurídico interno desse Estado-Membro, em consonância com o princípio da cooperação leal agora consagrado no art. 4.º, n.º 3, TUE, regular essas modalidades […]". No mesmo sentido, v. ac. de 19/10/2017, *Raimund*, C-425/16, de 20/12/2017, *Caterpillar*; C-500/16. V., ainda, Leitão, Alexandra, *O princípio da efectividade do Direito Comunitário: Comentário ao acórdão do TJUE «Recheio — Cash &Carry, SA»*, pp. 235-236, Lenaerts, Koen, *National remedies for private parties in the light of the EU law principles of equivalence and effectiveness*, p. 14, Tridimas, Takis, *The general principles of EC law*, p. 277, Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 94 e Pinto, Ricardo de Gouvêa, *It still takes two to tango ou o diálogo colaborativo jurisdicional necessário: revisitação a Mecanarte*, p. 64, que refere que o princípio da cooperação e o da autonomia processual coexistem nos EM.

([31]) Conclusões de 5/2/2019, no ac. C-676/17.

No que respeita à identificação da base legal que legitima a intervenção da UE nos ordenamentos nacionais(32), através dos princípios da equivalência e da efetividade, Dougan(33) considera que o TJUE cita o n.º 3 do art. 4.º do TUE enquanto base justificativa da sua intervenção(34). Este autor refere ainda que, por vezes, o TJUE considera que estes princípios, enquanto princípios gerais da UE, não necessitam do reconhecimento de uma base legal para a sua aplicação. Conclui pela desnecessidade de escolha entre as duas possíveis bases legais, propondo que os princípios da equivalência e da efetividade sejam vistos como princípios gerais da UE(35) que obrigam os tribunais nacionais através do princípio da cooperação leal, consagrado no n.º 3 do art. 4.º do TUE.

Também Haapaniemi(36) considera que, apesar de não existir uma expressa atribuição de competência, o TJUE encarou de forma ampla os seus poderes baseando-os, nomeadamente, no princípio da cooperação, na garantia de uma uniforme e efetiva aplicação do ordenamento da UE e na proteção dos direitos dos particulares que decorrem do mesmo.

Como sintetiza Lanceiro(37), podemos encontrar a origem destes deveres no princípio da cooperação leal enquanto regulador da interação entre a ordem jurídica nacional dos EM e a ordem jurídica da UE.

No seu aresto *Caterpillar*(38), e no que respeita ao princípio da cooperação leal, o TJUE defende que não se pode considerar que uma regra nacional viola este princípio quando a mesma respeita os princípios da equivalência e da efetividade. Com efeito, nestas condições o EM, ao aplicar essa norma, não põe em risco a realização dos objetivos da União.

Dougan(39) identifica alguns princípios, desenvolvidos pelo TJUE, que visam regular a intervenção da UE nos ordenamentos nacionais. Estes princípios podem organizar-se em quatro conceitos estruturais:

---

(32) Sobre a base legal para a intervenção da UE, v. Chiti, Mario, *Towards a unified judicial protection in Europe?*, pp. 557-558 e Werlauff, Erik, *Common European procedural law: European law requirements imposed on national administration of justice*, p. 269.

(33) V. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 53. No mesmo sentido, v. Van Cleynenbreugel, Pieter, *Judge-made standards of national procedure in the post-Lisbon constitutional framework*, p. 97. V., igualmente, Lanceiro, Rui Tavares, *A "erosão" dos princípios da autoridade do caso julgado e do caso decidido pelo direito da União Europeia*, p. 460.

(34) V., ainda, conclusões de 16/9/2021, no ac. C-177/20.

(35) Para Oliver, Peter, *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, pp. 352-353, estes princípios são diretamente aplicáveis.

(36) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 115.

(37) V. Lanceiro, Rui Tavares, *O dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a jurisprudência Kühne & Heitz*, p. 6.

(38) Ac. de 20/12/2017, *Caterpillar*, C-500/16.

(39) V. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 4.

(*i*) o direito fundamental de aceder a um processo judicial;

(*ii*) a presunção da competência dos EM para determinar as normas processuais;

(*iii*) os limites a essa presunção (princípios da equivalência e da efetividade);

(*iv*) a base legal para a intervenção da UE nos ordenamentos nacionais.

O princípio da autonomia processual dos EM engloba, deste modo, o direito e a obrigação de os EM aplicarem a legislação europeia (competência administrativa) e a decisão sobre quais as normas que regulam essa aplicação (competência legislativa), sendo que, quando aplicam as normas da UE, as autoridades dos EM não atuam enquanto órgãos europeus, uma vez que essa competência se mantém ao nível nacional(40). Segundo Moitinho de Almeida(41) é ao direito interno que cabe designar as jurisdições competentes(42) (incluindo a qualificação das ações intentadas nos tribunais nacionais)(43), bem como estabelecer a forma de processo aplicável.

---

(40) V. Becker, Florian, *Application of Community Law by Member-States public authorities: Between autonomy and effectiveness*, pp. 1036-1037 e Nafilyan, Gérard, *Note sur l`affaire Rewe*, pp. 96-99.

(41) V. Moitinho de Almeida, José Carlos, *Direito comunitário, a ordem jurídica comunitária, as liberdades fundamentais na C.E.E.*, p. 148. No mesmo sentido, v. Curtin, Deirdre, *Directives: The effectiveness of judicial protection of individual rights*, p. 726, Lewis, Clive, *Remedies and the enforcement of European Community Law*, p. 71, Hilf, Meinhard, *The application of rules of national administrative law in the implementation of community law*, p. 80, Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 89.

(42) Ac. de 18/1/1996, *SEIM*, C-446/93, de 17/9/1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, de 24/9/1998, *Walter Tögel,* C-76/97, de 24/9/1998, *EvoBus*, C-111/97, de 4/12/2018, *Garda Síochána*, C-378/17 e conclusões de 22/4/2021, no ac. C-30/20. Nas suas conclusões, de 11/9/2018, no ac. C-378/17, o advogado-geral Wahl refere que o TJUE "[…] tem presente a liberdade que os Estados-Membros devem manter para definirem, em conformidade com as respetivas tradições constitucionais, as suas infraestruturas judiciais e administrativas […]" e acrescenta "A jurisprudência não permite que um órgão jurisdicional (e, por maioria de razão, um órgão administrativo) ignore regras de competência em nome da plena eficácia do direito da União". Segundo Andrade, Miguel Almeida, *Guia prático do reenvio prejudicial*, p. 21, "Incumbe assim aos tribunais nacionais a sua aplicação [do direito da UE] aos litígios que lhes sejam submetidos. Nestas funções estão sujeitos às regras e princípios que informam o seu sistema judiciário". Também para Piçarra, Nuno; Coutinho, Francisco, *A europeização dos tribunais portugueses*, pp. 10-11, os tribunais nacionais são, simultaneamente, os tribunais comunitários comuns, estando vinculados ao direito processual e à organização judiciária em vigor no respetivo EM. V., ainda, Jacobs, Francis G., *Enforcing Community rights and obligations in national courts: Striking the balance*, pp. 25-26.

(43) Ac. de 12/12/2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, 13/3/2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04. Sobre este último ac., v. Wattel, Peter, *National procedural autonomy and effectiveness of EC law: Challenge the charge, file for restitution, sue for damages?*, pp. 121-124.

Contudo, para Brown(44), revela-se da maior importância manter um equilíbrio entre os ordenamentos jurídicos nacionais e europeu, o que se deverá traduzir, por um lado, na necessidade de as legislações internas conterem um mínimo de requisitos que permitam a aplicação dos direitos da UE e, por outro, na necessidade de ser respeitada a autonomia e a diversidade dos sistemas jurídicos nacionais. Sarmiento(45) considera mesmo que a autoridade da legislação da UE e a autonomia dos EM podem coexistir, apesar da intervenção do TJUE resultar nalguns constrangimentos democráticos que são difíceis de assumir.

Neste sentido, o advogado-geral Cosmas(46) aduz que "A necessidade de garantir o efeito útil do direito comunitário no quadro da sua execução ao nível da ordem jurídica nacional conduziu não só a uma redução negativa da autonomia jurídica nacional [através dos acórdãos do TJUE] […] mas igualmente a uma restrição positiva do âmbito do direito nacional, com a formulação expressa das regras aplicáveis".

Ora, não resultando claro, da aplicação fragmentada do princípio da autonomia processual pelo TJUE, quais os aspetos processuais que caiem na esfera de competência da UE e dos EM, em virtude da inexistência de uma demarcação objetiva destas competências, torna-se de primordial importância a cooperação entre os tribunais nacionais(47).

Neste âmbito, importa tentar esclarecer quais as normas nacionais que são consideradas regras processuais, sendo que esta distinção não se afigura fácil, pois cada EM tem liberdade para classificar, ou não, determinada norma como processual(48).

De facto se, por um lado, o direito processual dos EM não está, em princípio, sujeito a qualquer harmonização e a UE também não tem qual-

---

(44) V. Brown, Neville, *National protection of Community rights: Reconciling autonomy and effectiveness*, p. 67. Também Martins, Ana Maria Guerra, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, pp. 430-431, refere que a ordens jurídicas da UE e as nacionais devem articular-se entre si, de modo a permitir a plena aplicação de ambas. Acrescenta, ainda, que o TJUE concebeu um sistema específico de colaboração, entre as duas ordens jurídicas, que não é decalcado do direito internacional nem dos direitos federais.

(45) V. Sarmiento, Daniel, *National voice and European loyalty*, p. 325.

(46) Conclusões de 23/11/1999, no ac. C-83/98 P.

(47) V. Tridimas, Takis, *The general principles of EC law*, p. 278.

(48) V. Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 55. Para Heukels, Ton, *Joined Cases C-430/93 and C-431/93 Van Schijndel and Van Veen; and Case C-312/93, Peterbroeck*, p. 345, a noção de norma processual é utilizada de forma abrangente para englobar as normas relativas à organização judicial dos EM. No ac. de 4/12/2003, *Evans*, C-63/01, o TJUE refere explicitamente que "Segundo as concepções partilhadas pela maior parte dos Estados-Membros, a questão do reembolso das despesas efectuadas no âmbito de um processo com vista a obter uma indemnização é uma questão de ordem processual".

quer competência genérica para legislar sobre esta matéria; por outro, se forem os EM a definir as normas que deverão ser consideradas processuais, cria-se uma desigualdade na UE, pelo que se entende que a classificação de tais normas deverá ser autónoma([49]).

A este propósito Sevón([50]) considera que "Se, todavia, a autonomia processual for vista como a aplicação de um princípio geral de respeito pelo direito comunitário, os efeitos daquela distinção são menos significativos".

Com efeito, a distinção entre normas substanciais ou materiais e normas processuais nunca pode ser precisa e varia entre os EM([51]), pelo que Van Gerven([52]) propõe, como elemento diferenciador, a distinção entre as normas que criam condições essenciais e as que criam condições constitutivas (no primeiro caso a competência é da UE, enquanto no segundo é dos EM).

Para Himsworth([53]), a rígida dicotomia entre normas substantivas e processuais distorce a argumentação do TJUE, podendo originar várias dificuldades e conduzir a resultados inaceitáveis, uma vez que a maior ou menor flexibilidade deste Tribunal depende da qualificação da norma em causa. Também Weatherill([54]) realça que a divisão entre direitos, fixados pela UE, e processos, instituídos pelos EM, tem tido uma evidente erosão decorrente do intervencionismo do TJUE, pelo que a autonomia processual dos EM acaba por ficar desprotegida.

Prechal([55]) defende mesmo que o termo "processual" deve ser entendido de uma forma ampla, não se limitando a abranger as normas processuais *stricto sensu* (normas de natureza técnica), mas englobando também

---

([49]) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 94.

([50]) V. Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 55.

([51]) Este autor dá como exemplo as normas que limitam temporalmente a apresentação de provas.

([52]) V. Van Gerven, Walter, *Bridging the gap between community and national laws: Towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?*, p. 694 e *Of rights, remedies and procedures*, pp. 501-503. Igualmente Harlow, Carol, *A common European law of remedies*, p. 72, Ryan, Bernard, *The private enforcement of European Union labour laws*, p. 156 e Kilpatrick, Claire, *The future of remedies in Europe*, pp. 4-5, consideram muito difícil fazer uma distinção entre as normas substantivas e as processuais, porque os seus limites são imprecisos.

([53]) V. Himsworth, Christopher, *Things fall apart: The harmonisation of Community judicial procedural protection revisited*, p. 307.

([54]) V. Weatherill, Stephen, *Addressing problems of imbalanced implementation in EC law: Remedies in an institutional perspective*, pp. 99-100, que dá como exemplos os ac. de 19/6/1990, *Factortame I*, C-213/89 e de 19/11/1991, *Francovich*, C-6/90 e C-9/90.

([55]) V. Prechal, Sacha, *EC requirements for an effective remedy*, p. 3, *Directives in European Community Law*: *A study of directives and their enforcement in national courts*, p. 149 e *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, p. 46. No mesmo sentido, v. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 94.

as normas e princípios, de natureza substantiva e organizacional, aplicáveis às ações que visam garantir uma proteção judicial efetiva. Já Delicostopoulos([56]) afirma que o processo pode ser visto como um meio para a realização de direitos.

Para o advogado-geral Bobek([57]), qualquer procedimento e quaisquer direitos processuais devem permanecer vinculados à substância e à finalidade global do procedimento, pois não se pode permitir que os direitos processuais se transformem num conjunto de direitos flutuantes, desvinculados de qualquer ligação discernível com a situação legal do sujeito concreto. Conclui usando uma metáfora "o procedimento pode ser um bom discípulo, mas um mau mestre".

Este advogado-geral([58]) acrescenta, ainda, que qualquer classificação deste tipo é problemática e muito difícil de ser aplicada, colocando as seguintes questões: "[…] tal classificação estaria sujeita a terminologias nacionais ou a uma terminologia ampla da União? Esta última exigiria um «conceito autónomo da União» de qualquer regra jurídica a definir?". Em resposta, defende que a distinção, entre regras processuais e materiais, pode não ser útil no contexto de determinados processos, tanto mais que as consequências da sua violação são semelhantes.

O TJUE([59]) ainda aflorou esta questão, verificando se uma regulamentação (presunção de causalidade) era parte integrante da norma substancial ou independente da mesma. Também sobre a qualificação de uma presunção, no aresto *Comissão/França*([60]), o TJUE refere que "Embora a

---

([56]) V. Delicostopoulos, John, *Towards European procedural primacy in national legal systems*, p. 600.

([57]) Conclusões de 8/9/2016, no ac. C-391/15.

([58]) Conclusões de 25/7/2018, no ac. C-310/16.

([59]) Ac. de 4/6/2009, *T-Mobile*, C-8/08. Para Schebesta, Hanna, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, p. 856, este ac. é um exemplo da ambiguidade da definição de normas processuais. Nos ac. de 4/10/2018, *Kantarev*, C-571/16 e de 23/2/2006, *Molenbergnatie*, C-201/04, o TJUE faz a distinção entre requisitos/regras materiais e processuais, enquanto no ac. de 10/7/2019, *CEVA*, C-249/18, classifica uma norma nacional como uma "modalidade processual". V., ainda, ac. de 22/6/2022, *Volvo*, C-267/20, onde o TJUE se pronuncia sobre o caráter substantivo ou não das disposições de uma diretiva. Nas suas conclusões, de 11/7/2019, no ac. C-370/17 e C-37/18, o advogado-geral Saugmandsgaard øe refere que "Também não creio que a autonomia processual dos Estados-Membros e, nesse âmbito, os critérios da equivalência e da efetividade, invocados pelo Governo francês, sejam pertinentes. Com efeito, a questão de saber o que pode ter força de caso julgado **não é uma questão de ordem processual, mas uma questão de fundo** [sublinhado nosso]". Também o advogado-geral Tanchev, nas suas conclusões de 15/7/2021, no ac. C-869/19, menciona que "Importa salientar que o Tribunal de Justiça reconheceu que a obrigação de proceder ao exame oficioso do caráter abusivo de certas cláusulas nos termos da Diretiva 93/13 **constitui uma norma processual** que impende sobre as autoridades judiciárias [sublinhado nosso]".

([60]) Ac. de 15/6/2006, *Comissão/França*, C-255/04.

presunção de emprego constitua, como qualquer presunção, uma disposição de natureza processual, importa referir que a jurisprudência [relativa à autonomia processual] não se aplica mecanicamente a todas as disposições nacionais que são de natureza processual, mas respeita unicamente às regras processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os particulares decorrem do efeito directo do direito comunitário. Ora, a presunção de emprego não se destina, no caso em apreço, a garantir direitos decorrentes do direito comunitário, mas cria, ao invés, obstáculos a esses direitos". Contrariamente ao que refere o TJUE, entendemos que é precisamente nos casos em que uma norma processual cria obstáculos ao exercício de direitos, que se aplicam os princípios limitadores da autonomia processual (equivalência e/ou efetividade).

Na falta de uma definição europeia(61), entendemos ser de seguir a jurisprudência do TJUE. Com efeito, como cabe igualmente ao direito interno "[…] disciplinar certos aspectos substantivos não regulados pelo direito comunitário, como o prazo de exercício do direito de agir […]"(62), estas matérias acabam por ser tratadas pelo TJUE no âmbito da autonomia processual dos EM.

O direito da União reconhece, deste modo, a autonomia do direito processual nacional, que decorre do facto de não existir a referida harmonização dos direitos processuais nacionais(63), ou seja, a UE não tem uma competência normativa neste âmbito, pelo que não podemos falar da existência de um direito processual da União(64).

Acresce que o sistema instituído pelos Tratados, que Kilpatrick(65) denomina de "*private enforcement model*", se baseia na premissa de que as vias de direito nacionais, aplicadas por intermédio dos órgãos jurisdicionais

---

(61) Para Kovar, Robert, *Droit communautaire et droit procedural national*, p. 240, a generalidade dos termos utilizados pelo TJUE não permite fazer uma distinção entre as normas processuais e as substanciais.

(62) V. Moitinho de Almeida, José Carlos, *Direito comunitário, a ordem jurídica comunitária, as liberdades fundamentais na C.E.E.*, pp. 148-149.

(63) O advogado-geral Bobek, nas suas conclusões de 25/7/2018, no ac. C-310/16, analisa o significado do conceito de "harmonização" e o que implica a existência ou a inexistência de uma medida de harmonização da UE, considerando que "[…] deve examinar-se a questão de saber se existe uma regra ou um conjunto de regras claras no direito da União que visem disciplinar exaustivamente um aspeto específico de um determinado domínio, privando efetivamente, desse modo, os Estados-Membros da possibilidade de adotarem regras autónomas. Tal exame visa mais uma micro análise, considerando uma regra específica ou, na melhor das hipóteses, um aspeto específico e bem definido do direito da União".

(64) Conclusões de 14/2/2012, no ac. C-618/10. Segundo a advogada-geral, no que se refere ao direito processual civil, a influência do direito da União tem vindo a aumentar.

(65) V. Kilpatrick, Claire, *The future of remedies in Europe*, 3 e 4.

e nos termos das normas processuais nacionais, são normalmente capazes de dar resposta às necessidades de eficácia e de adequada proteção judicial(66).

O termo "autonomia processual" tem gerado alguma controvérsia por poder induzir em erro, ao ser entendido como uma total liberdade, por parte dos EM, para estipularem e aplicarem as normas processuais nacionais. Acontece que esta liberdade é muitas vezes coartada, especialmente aquando da sua aplicação, pelas exigências das normas da UE.

Neste sentido, Lindholm(67) entende que o termo autonomia processual é enganador, uma vez que implica que as ordens jurídicas nacionais sejam imunes às normas da UE. Groussot(68) acrescenta mesmo que a jurisprudência sobre a autonomia processual dos EM tem uma natureza "bizantina", quer porque se pode sobrepor a acórdãos relativos à violação de princípios gerais da UE (aresto *Johnston*)(69), quer porque é utilizada, em muitos processos (aresto *Factortame I*)(70), para avaliar as normas processuais nacionais.

Igualmente, para Cerexhe(71) "[…] em vez de se falar em autonomia, ou em autonomia limitada, é preferível pesquisar as relações entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica comunitária em termos de "cooperação", no respeito pelas características próprias de cada uma das ordens".

Com efeito, a inexistência de uma clara demarcação entre a esfera de competências da UE e dos EM se, por um lado, causa problemas na aplicação da legislação, por outro, concede uma maior flexibilidade no exercício dessas competências(72).

Kakouris(73) entende que a UE é competente para estabelecer um sistema harmonizado de regras processuais, sendo que as normas nacionais

---

(66) Conclusões de 15/6/1995, no ac. C-430/93 e C-431/93, ac. de 13/12/2017, *El Hassani*, C-403/16. V., ainda, Jacobs, Francis G., *Enforcing Community rights and obligations in national courts: Striking the balance*, p. 26, que refere que o TJUE se limita a garantir um *standard* mínimo/adequado de proteção judicial.

(67) V. Lindholm, *State procedure and Union Rights. A comparison of the European Union and the United States. Uppsala*, 2007, *apud* Ebers, Martin, *ECJ (First Chamber) 6 October 2009, Case C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira*, p. 825.

(68) V. Groussot, Xavier; Minssen, Timo, *Res Judicata in the Court of Justice case law: Balancing legal certainty with legality?*, p. 391.

(69) Ac. de 15/5/86, *Johnston*, C-222/84. Sobre este ac., v. Brenninkmeijer, A.F.M., *The influence of the Court of Justice case law on the procedural law of the member states*, pp. 111-116.

(70) Ac. de 19/6/1990, *Factortame I*, C-213/89.

(71) V. Cerexhe, Etienne, *O Direito Europeu*, p. 220.

(72) V. Hilf, Meinhard, *The application of rules of national administrative law in the implementation of community law*, p. 98.

(73) V. Kakouris, *Do the Member States possess judicial procedural autonomy?*, pp. 1390 e 1396. No mesmo sentido, v. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 19.

só serão aplicadas enquanto não existirem normas europeias. Segundo este autor, não existe um conceito de autonomia processual dos EM, nem nenhum princípio que implique a aplicação integral das normas processuais nacionais, pelo que as mesmas deverão ser afastadas sempre que não garantam a proteção dos direitos conferidos aos particulares(74).

De facto, tem sido entendido que o princípio fundamental a preservar é a garantia de uma aplicação efetiva do direito da UE, sendo a autonomia processual instrumental a essa aplicação. Nesta medida, constituindo a autonomia dos EM um instrumento, auxiliar e provisório, ao serviço do ordenamento europeu, as normas processuais nacionais nunca se poderão opor à aplicação do direito da UE(75).

Prechal(76) considera tratar-se de um problema de definição; se a autonomia processual for concebida como uma manifestação da soberania dos EM, então poder-se-á seguir o entendimento exposto; já no caso de a autonomia processual ser vista como um veículo essencial para a aplicação do direito da UE, ter-se-á de considerar a sua existência e autonomia, embora limitada pela jurisprudência do TJUE (que formulou os princípios da não discriminação e da efetividade). Prechal(77) defende a última definição.

Segundo Chiti(78), a subsidiariedade da aplicação das normas nacionais, a que apelida de "*droit de regard on the nacional rules*", pode ser vista como concedendo à UE uma base legal disponível para intervir a qualquer momento. Haapaniemi(79) conclui, deste modo, que se trata de uma competência condicional, uma vez que só existe se não for exercida pela UE.

---

(74) Para Bridge, John, *Procedural aspects of the enforcement of European Community law through the legal systems of Member States*, p. 39, estamos perante a aplicação da doutrina do primado, que implica que as normas nacionais não impeçam a aplicação do ordenamento jurídico da UE.

(75) Segundo Kakouris, *Do the Member States possess judicial procedural autonomy?*, pp. 1405-1406, se as normas processuais nacionais impedirem a aplicação de normas comunitárias, aquelas deverão ser afastadas e substituídas pela decisão do TJUE. Nestes termos, evita-se a célebre problemática de saber se deverá prevalecer o princípio da autonomia processual ou o do primado da UE.

(76) V. Prechal, Sacha, *Community law in national courts: The lessons from Van Schijndel*, p. 682.

(77) V. Prechal, Sacha, *EC requirements for an effective remedy*, p. 3. Igualmente, Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 19, entende que não se trata de preservar a soberania dos EM, mas sim, na falta de harmonização, garantir a aplicação das normas da UE.

(78) V. Chiti, Mario, *Towards a unified judicial protection in Europe?*, p. 559. Para Hilf, Meinhard, *The application of rules of national administrative law in the implementation of community law*, p. 88, a utilização do termo "*as long as*" define a natureza subsidiária das normas processuais nacionais.

(79) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 93.

Consequentemente, tendo as normas internas como função colmatar falhas do direito eurocomunitário(80), estão subordinadas ao mesmo, pelo que só se deverá recorrer às normas processuais nacionais na medida em que forem necessárias à efetiva e uniforme aplicação das normas da UE(81), podendo aquelas ser alteradas sempre que se revele necessário(82).

Daqui decorre que a liberdade concedida aos EM deve ser considerada residual, pois está dependente da evolução do direito da UE, isto é, só se aplica na sua ausência(83). Trata-se, portanto, de uma competência nacional(84) subordinada à inexistência de harmonização europeia, pelo que não se pode qualificar como "uma reserva permanente de soberania nacional"(85), mas sim como uma competência com um caráter provisório(86).

Ora se, por um lado, o facto de a autonomia processual dos EM ter um caráter subsidiário visa evitar ingerências excessivas, por parte da UE, na organização judicial e processual dos EM(87), por outro, as limitações à aplicação desta autonomia também decorrem do seu caráter subsidiário, provisório e condicional(88). Este caráter subsidiário significa, ainda, que a inter-

---

(80) Expressão utilizada por Duarte, Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, pp. 5-138. Segundo Kakouris, *Do the Member States possess judicial procedural autonomy?*, p. 1396, as normas processuais nacionais constituem um elemento auxiliar e provisório de aplicação do direito da UE.

(81) V. Wyatt, Derrick; Dashwood, Alan, *The substantive law of the EEC*, p. 54. Para estes autores, apesar de os EM terem autonomia processual, esta é muitas vezes limitada pelo TJUE. Para tal, dão como exemplo o ac. de 20/10/1971, *Düsseldorf-Holthausen*, C-6/71, onde o TJUE apesar de ter decidido que competia aos EM definir os meios de prova, acaba por limitar essa liberdade ao elencar alguns elementos que deverão ser exigidos.

(82) V. Kakouris, *Do the Member States possess judicial procedural autonomy?*, p. 1396.

(83) V. Blumann, Claude, *Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire*, p. 15, que dá como exemplo as áreas da concorrência e do mercado interno, no âmbito das quais os EM tiveram de criar instituições específicas com vista a exercerem as respetivas funções de regulamentação.

(84) V. Brealey, Mark; Hoskins, Mark, *Remedies in EC law*, pp. 107-108, que elencam, de forma exemplificativa, as normas processuais que ficaram na órbita dos EM, tais como: definição do tribunal competente, custas do processo, prazos, meios de prova, intervenção oficiosa dos juízes, etc.

(85) V. Simon, Denys, *Répétition de l´indu*, p. 4.

(86) V. Simon, Denys, *Répétition de l´indu*, p. 4.

(87) V. Van Raepenbusch, Sean, *Droit institutionnel de l´Union et des Communautés européennes*, p. 390.

(88) V. Barav, Ami, *La répétition de l`indu dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, p. 534 e *El contencioso sobre restitucion de tributos nacionales recaudados en violacion del derecho comunitario*, p. 680, que refere que a natureza subsidiária e provisória decorre do facto de o direito nacional só se aplicar na ausência de uma regulamentação comunitária. Wilmars, J. Mertens de, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, pp. 398/400, cita, entre outros, os ac. de 15/5/1974, *Norddeutsches Vieh*, C-186/73, de 21/5/1976, *Roquette*, C--26/74, de 28/6/1977, *Balkan Import*, C-118/76, como exemplos da natureza subsidiária do direito da UE. V., ainda, ac. de 27/9/2012, *Zuckerfabrik Jülich*, C-113/10, C-147/10 e C-234/10.

venção da UE se traduz num último recurso, normalmente *ex post facto*, com vista a reparar os prejuízos causados pelos sistemas nacionais([89]).

A advogada-geral Trstenjak([90]) concorda que a função de regular processualmente os direitos das pessoas singulares e coletivas decorrentes do direito da União, resumida sob o conceito de autonomia processual dos EM, é ligeiramente enganadora e imprecisa. Com efeito, embora a expressão "autonomia" pareça indiciar uma ampla discricionariedade por parte dos Estados, esta apenas lhes confere um poder de apreciação no contexto da configuração processual dos direitos decorrentes do direito da União, cuja execução a nível judicial não é regulada de forma pormenorizada pelo direito da União([91]). Por conseguinte, a decisão sobre a previsão, ou não, de disposições processuais relativas à execução de direitos resultantes do direito da União não é deixada à discricionariedade dos EM([92]). Acresce que existe uma outra importante restrição ao princípio da autonomia administrativa dos EM que resulta da articulação dos princípios gerais do direito da UE com, por exemplo, a concretização de direitos subjetivos concedidos pelo ordenamento jurídico da UE([93]).

Assim, para Trstenjak([94]), o conceito de autonomia processual não tem de ser visto como um princípio geral da UE, segundo o qual cada EM tem o direito de reservar para si um núcleo de regras processuais, mas deve simplesmente traduzir-se na garantia de aplicação das normas europeias de acordo com o ordenamento jurídico da UE.

Claro que, como sustenta Micklitz([95]), o TJUE tem vindo a desenvolver uma jurisprudência que pretende preencher algumas lacunas decorrentes da

---

([89]) V. Sarmiento, Daniel, *National voice and European loyalty*, p. 339, que dá como exemplos os ac. de 13/1/2004, *Kühne & Heitz* C-453/00 e de 30/9/2003, *Köbler*, C-224/01.

([90]) Conclusões de 12/1/2012, no ac. C-591/10.

([91]) Conclusões de 12/1/2012, no ac. C-591/10.

([92]) Conclusões de 12/1/2012, no ac. C-591/10. V., ainda, Heinig, J., *Die AGB-Kontrolle von Gerichtsstandsklauseln — zum Urteil Pannon des EuGH», Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 24/2009, p. 885, *apud* conclusões de 6/7/2010, no ac. C-137/08, que defende que o princípio da autonomia regulamentar processual dos EM não é intocável e que as intervenções podem ser justificadas.

([93]) Conclusões de 6/7/2010, no ac. C-137/08. Para Adinolfi, Adelina, *The "procedural autonomy" of member states and the constraints stemming from the ECJ's case law: Is judicial activism still necesssary?*, pp. 300-301, quando está somente em causa o grau de proteção conferido aos direitos dos particulares, a tarefa de verificar se a legislação nacional não viola os princípios da UE, é normalmente deixada aos tribunais nacionais, desde que a proteção judicial não seja completamente excluída. Nestes casos, presume-se que as normas nacionais asseguram o direito a uma proteção judicial efetiva.

([94]) V. Trstenjak, Verica; Beysen, Erwin, *European consumer* protection *law: Curia semper dabit remedium?*, pp. 98-99.

([95]) V. Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, pp. 366-367. O advogado-geral Léger, nas suas

falta de normas processuais europeias, restringindo e moldando, através dos princípios da equivalência e da efetividade, a autonomia processual dos EM.

Talvez por estes motivos, Van Gerven(96) defenda o abandono da designação de autonomia processual, preferindo falar de competência processual dos EM, uma vez que a mesma permanece na esfera destes enquanto não existirem normas da UE. Já Delicostopoulos(97) sugere que esta designação permite uma leitura menos rígida da responsabilidade dos EM em relação às questões processuais.

O que realmente não é objeto de discussão doutrinal é a constatação de que os direitos e obrigações, que decorrem das fontes do direito da UE, fluem, regra geral, pelos "canais" institucionais e processuais assegurados pelas diversas ordens jurídicas nacionais(98).

Esta situação leva a que o conceito da autonomia processual seja visto através de uma dupla face; a institucional, que deve ser entendida no sentido de que os EM não têm qualquer obrigação de instituir jurisdições específicas para julgar ações decorrentes do direito da União; e a processual, que significa que os EM também não têm qualquer obrigação de criar meios processuais específicos para as referidas ações(99), salvo se resultar da economia da ordem jurídica nacional que não existem vias judiciais que permitam, ainda que a título incidental, assegurar o respeito dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito da União(100).

Com efeito, segundo Alonso(101), os EM exercem um controlo efetivo da aplicação do direito da UE, ao nível legislativo, executivo e judicial,

---

conclusões de 4/12/1997, no ac. C-298/96, refere que da jurisprudência do TJUE inferem-se três limitações à aplicação do direito nacional; a ausência de regulamentação da UE e os princípios da equivalência e da efetividade.

(96) V. Van Gerven, *Of rights, remedies and procedures*, pp. 501-503. No mesmo sentido, v. Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 367.

(97) V. Delicostopoulos, John, *Towards European procedural primacy in national legal systems*, p. 601.

(98) Conclusões de 24/3/2009, no ac. C-2/08.

(99) V. Blumann, Claude, *Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire*, p. 15 e Cabral, Pedro, *O princípio da protecção jurisdicional efectiva e a autonomia processual dos Estados-Membros no ordenamento jurídico da União Europeia*, p. 992. V., ac. de 23/2/2006, *Molenbergnatie*, C-201/04.

(100) No ac. de 3/10/2013, *Inuit*, C-583/11, o TJUE menciona que "Compete, por isso, aos Estados-Membros prever um sistema de vias de recurso e de processos que permita assegurar o respeito do direito fundamental de proteção jurisdicional efetiva". Conclusões de 5/9/2013, no ac. C-413/12 e de 14/5/2020, no ac. C-30/19.

(101) V. Garcia Alonso, Enrique, *Is Europe ready for the administrative law remedial revolution? Litigation before national courts of the EEC member states and interim relief*, p. 184.

pelo que é natural que as normas processuais nacionais dificultem, por vezes, a aplicação da legislação da UE. Nestes casos, dever-se-á tentar atingir um equilíbrio entre a autonomia processual nacional e a efetividade da aplicação das normas europeias (claro que os princípios nacionais a proteger devem estar de acordo com o ordenamento jurídico da UE)([102]), por forma a não limitar ou influenciar a substância dos direitos conferidos aos cidadãos pela UE([103]).

Contudo, o foco atribuído à proteção dos direitos dos particulares pode ter o efeito perverso de violar o princípio da subsidiariedade, uma vez que poderá conferir uma proteção superior aos direitos decorrentes da UE, em relação aos resultantes das ordens jurídicas nacionais([104]). Por outro lado, a defesa intransigente dos direitos conferidos pela UE, poderá, ainda, levar a que o réu seja negligenciado em benefício do queixoso, ou vice-versa, prejudicando a necessária apreciação bilateral da obrigação legal em causa([105]).

Segundo Adinolfi([106]), a intromissão na autonomia processual dos EM é maior quando se pretende conferir, a determinada legislação da UE, um elevado nível de harmonização e quando está em causa o princípio do primado ou a proteção de direitos fundamentais([107]). Nestes casos o TJUE irá, tendencialmente, realçar a natureza e a importância do direito subjetivo em questão, pelo que a autonomia processual poderá assumir um papel secundário([108]).

Deste modo, o princípio da autonomia processual traduz-se na obrigação, por um lado, de os EM se absterem de aplicar qualquer medida que dificulte a aplicação do direito da UE e, por outro, de tomar todas as medidas necessárias à sua aplicação([109]).

([102]) V. Prechal, Sacha, *Community law in national courts: The lessons from Van Schijndel*, p. 690. No mesmo sentido, v. Arnull, Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, pp. 267--268 e Jacobs, Francis G., *Enforcing Community rights and obligations in national courts: Striking the balance*, pp. 35-36.

([103]) Conclusões de 13/12/2012, no ac. C-565/11.

([104]) V. Himsworth, Christopher, *Things fall apart: The harmonisation of Community judicial procedural protection revisited*, pp. 310-311.

([105]) V. Himsworth, Christopher, *Things fall apart: The harmonisation of Community judicial procedural protection revisited*, pp. 310-311.

([106]) V. Adinolfi, Adelina, *The "procedural autonomy" of member states and the constraints stemming from the ECJ's case law: Is judicial activism still necesssary?*, p. 300.

([107]) Para Adinolfi, Adelina, *The "procedural autonomy" of member states and the constraints stemming from the ECJ's case law: Is judicial activism still necesssary?*, p. 301, a proteção dos direitos fundamentais acaba por se tornar num instrumento para restringir a autonomía processual dos EM.

([108]) V. Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *UE law: Text, cases, and materials*, p. 238, que dá como exemplo as áreas da proteção dos consumidores ou da concorrência.

([109]) V. Simon, Denys, *Répétition de l'indu*, p. 5.

Segundo Simon(110), esta dupla obrigação impõe-se ao legislador e às jurisdições nacionais e, acrescentamos nós, a todas as autoridades administrativas, pelo que se pode concluir que existem limites à autonomia processual dos EM, sempre que a uniformidade de aplicação do direito da UE seja posta em causa(111).

Kovar(112) entende que são três os princípios que limitam a autonomia processual dos EM; o da uniformidade, o da superioridade e o do imediatismo, enquanto Ribeiro(113) considera que os três princípios são o do primado, o da uniformidade e o da proteção imediata e efetiva do direito da UE(114).

Em síntese, o princípio da autonomia processual atribui, na ausência de regulamentação da União sobre a matéria(115), à ordem jurídica interna de cada EM a competência para designar os órgãos jurisdicionais(116) (incluindo a qualificação das ações intentadas nos tribunais nacionais),

---

(110) V. Simon, Denys, *Répétition de l´indu*, p. 5.

(111) V. Simon, Denys, *Répétition de l´indu*, p. 5.

(112) V. Kovar, Robert, *Droit communautaire et droit procedural national*, p. 232.

(113) V. Ribeiro, Marta, *Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário*, p. 137.

(114) Também Martin, Fernandez, *El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del derecho comunitário. Evolucion y alcance*, pp. 848-851, considera que o princípio da eficácia do direito da UE constitui um limite à autonomia dos EM.

(115) V. Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 57.

(116) Para Garcia Alonso, Enrique, *Is Europe ready for the administrative law remedial revolution? Litigation before national courts of the EEC member states and interim relief*, p. 184, os tribunais nacionais são os mais importantes órgãos de aplicação do direito da UE. No mesmo sentido, v. Megret, Colette, *Les droits propres des personnes en droit communautaire et leur protection par les juridictions des Etats membres*, p. 370. Sobre o papel dos órgãos jurisdicionais nacionais, v. Rideau, Joël, *Le rôle des états membres dans l´application du droit communautaire*, pp. 882-883. Ac. de 3/4/1968, *Lippe GmbH*, C-28/67, de 4/4/1968, *Lück*, C-34/67, de 19/12/1968, *Salgoil*, C-13/68, de 8/4/1976, *Defrenne*, C-43/75, de 5/3/1980, *Pecastaing*, C-98/79, de 3/10/2013, *Inuit*, C-583/11, de 14/9/2016, *Andrés*, C-184/15 e C-197/15. Conclusões de 5/9/2013, no ac. C-413/12, onde se refere que a estrutura jurisdicional está claramente abrangida pela autonomia processual dos Estados-membros, e de 28/2/2019, no ac. C-644/17. V. Tash, April, *Remedies for European Community law claims in member state courts: Toward a European standard*, pp. 380-382, Durand, Andrew, *Enforceable community rights and national remedies*, pp. 52-62, Dougan, Michael, *The vicissitudes of life at the coalface: Remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts*, p. 409. V., ainda, ac. de 30/5/2013, *Aegon*, C-397/11, que refere que "[…] não compete ao Tribunal de Justiça intervir na solução dos problemas de competência que possa suscitar, no plano da organização judiciária nacional, a qualificação de certas situações jurídicas baseadas no direito da União". V., também, o ac. de 15/1/2013, *Križan e o*., C-416/10, onde se menciona que os EM "[…] dispõem, em virtude da sua autonomia processual e sem prejuízo do respeito pelos princípios da equivalência e da efetividade, de uma margem de manobra para […] em especial, para determinar qual o órgão jurisdicional ou o órgão independente e imparcial criado por lei competente para conhecer dos recursos […]".

bem como as autoridades administrativas competentes(117), e definir as regras/modalidades, dos procedimentos administrativos e jurisdicionais, destinadas a assegurar a proteção dos direitos que decorrem da ordem jurídica da União(118). Compete, igualmente, aos EM determinar a natureza (pública ou privada) dos direitos conferidos pela UE e os meios processuais adequados à sua aplicação(119).

Os EM devem assim assegurar, em cada caso, a proteção efetiva dos direitos conferidos aos particulares pela UE(120) (tutela jurisdicional efetiva)(121), pelo que podemos estar perante uma obrigação de resultados e não de meios(122).

Pelo exposto, é inegável que a autonomia processual dos EM, não tem um caráter absoluto(123), nem é ilimitada(124), devendo observar deter-

---

(117) Sobre o papel das autoridades públicas nacionais na aplicação do direito da UE, v. Constantinides-Megret, *Le role des pouvoirs publics nationaux dans la mise en œuvre du droit communautaire*, pp. 213-220 e Rideau, Joël, *Le rôle des états membres dans l´application du droit communautaire*, pp. 885-903 que, com vista a permitir uma harmonização dos sistemas jurídicos nacionais, chega mesmo a propor a criação de estruturas administrativas análogas nos ministérios dos vários EM.

(118) V. Van Raepenbusch, Sean, *Droit institutionnel de l´Union et des Communautés européennes*, p. 390, Barav, Ami, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, pp. 16-17, Delicostopoulos, John, *Towards European procedural primacy in national legal systems*, p. 601, Wyatt, Derrick; Dashwood, Alan, *The substantive law of the EEC*, p. 55, Prechal, Sacha, *EC requirements for an effective remedy*, p. 3, Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, p. 37, Fernandes, Sophie Perez, *O juiz nacional e a efectividade do Direito da União Europeia: Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça Peterbroeck*, p. 3. Ac. de 28/1/2010, *Belgium NV*, C-264/08, de 3/10/2013, *Inuit*, C-583/11, de 28/1/2015, *ÖBB*, C-417/13, de 23/2/2006, *Molenbergnatie*, C-201/04, de 7/9/2021, *Klaipėdos*, C-927/19. Conclusões de 26/7/ /2017, no ac. C-243/16.

(119) V. Brealey, Mark; Hoskins, Mark, *Remedies in EC law*, p. 177.

(120) Ac. de 19/3/2015, *Trade Zrt*, C-510/13.

(121) Ac. de 8/7/2010, *Bulicke*, C-246/09, de 13/3/2007, *Unibet*, C-432/05, de 12/12/2013, *Test Claimants*, C-362/12. Esta autonomia também se aplica no âmbito de um processo de decisão prejudicial, pelo que compete unicamente ao órgão jurisdicional nacional suspender o respetivo processo e recorrer ao TJUE, uma vez que é da exclusiva competência do direito nacional definir se, em que medida e em que condições é possível impugnar uma decisão de reenvio de um órgão jurisdicional nacional. Por conseguinte, em última análise, o órgão jurisdicional nacional continua a ser competente para decidir sobre todos os aspetos de facto e de direito do processo nacional, cabendo-lhe pronunciar-se sobre se o despacho de reenvio cumpre as regras nacionais de organização judiciária e de processo.

(122) Conclusões do advogado-geral Roemer, de 24/2/1979, no ac. C-84/71, *apud* Barav, Ami, *La répétition de l`indu dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, p. 522, que refere que o juiz nacional deverá encontrar, na sua ordem jurídica, os elementos que lhe permitam garantir o pleno efeito das normas jurídicas da UE.

(123) Para Wilmars, J. Mertens de, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, p. 398, ss., existem três princípios que limitam a liberdade dos EM — o princípio da subsidariedade, o da equivalência e o da efetividade. No mesmo sentido, v. Barav, Ami, *El contencioso sobre restitucion de tributos nacionales recaudados en violacion del derecho comunitario*, pp. 679-687. V. Lenaerts, Koen, *The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union*,

minados requisitos(125), fixados pelo TJUE, destinados a assegurar a plena aplicação do ordenamento da UE(126). Trata-se de um espaço de "liberdade vigiada", devendo juiz nacional procurar conciliar as normas processuais nacionais com as exigências do direito da UE decorrentes dos princípios da equivalência e da efetividade(127).

Resulta, assim, da jurisprudência que as normas processuais nacionais podem ser condicionadas pelo cumprimento de dois princípios(128):

---

p. 1645, Mehdi, Rostane, *Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente)*, p. 92 e *Chronique de Jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, p. 532, Kovar, Robert, *Droit communautaire et droit procedural national*, p. 232.

(124) V. Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 383.

(125) Para Mehdi, Rostane, *Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente)*, pp. 91-94, a autonomia processual dos EM decorre da presunção de que os mesmos colocam à disposição dos cidadãos os meios suficientes para o exercício dos seus direitos.

(126) Conclusões de 24/3/2009, no ac. C-2/08.

(127) V. Fernandes, Sophie Perez, *O juiz nacional e a efectividade do Direito da União Europeia: Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça Peterbroeck*, p. 5.

(128) V. Delicostopoulos, John, *Towards European procedural primacy in national legal systems*, p. 601, que refere que cabe aos tribunais nacionais verificar se o princípio da equivalência se encontra satisfeito, enquando ao TJUE compete controlar a aplicação do princípio da efetividade. V., ainda, Moitinho de Almeida, José Carlos, *Direito comunitário, a ordem jurídica comunitária, as liberdades fundamentais na C.E.E.*, pp. 148-151, Jacobs, Francis G., *Enforcing Community rights and obligations in national courts: Striking the balance*, pp. 27-28, Szyszczak, Erika, *Making Europe more relevant to its citizens: Effective judicial process*, p. 353, Brealey, Mark; Hoskins, Mark, *Remedies in EC law*, p. 99 e 109, Prechal, Sacha, *Directives in European Community Law*: *A study of directives and their enforcement in national courts*, pp. 152-153 e *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, p. 40, Piçarra, Nuno; Coutinho, Francisco, *A europeização dos tribunais portugueses*, pp. 10-11, Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, p. 37, Harlow, Carol, *A common European law of remedies*, pp. 70-71, Weatherill, Stephen, *Addressing problems of imbalanced implementation in EC law: Remedies in an institutional perspective*, p. 99, Ryan, Bernard, *The private enforcement of European Union labour laws*, p. 157, Kilpatrick, Claire, *The future of remedies in Europe*, 3 e 4, Tash, April, *Remedies for European Community law claims in member state courts: Toward a European standard*, p. 380, Oliver, Peter, *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, p. 351, Joliet, René, L*a protection juridictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques*, pp. 865-866, Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *UE law: Text, cases, and materials*, pp. 227-228, Curtin, Deirdre, *The decentralised enforcement of Community law rights. Judicial snakes and ladders*, pp. 38-39, Wattel, Peter, *National procedural autonomy and effectiveness of EC law: Challenge the charge, file for restitution, sue for damages?*, p. 110, Weatherill, Stephen, *Beyond EC law rights, national remedies*, p. 236, Lewis, Clive, *Remedies and the enforcement of European Community Law*, pp. 56 e 79, Tridimas, Takis, *The general principles of EC law*, pp. 277 e 279, Arnull, Anthony, *The principle of effective judicial protection in EU law: An unruly horse?*, p. 52, Hilf, Meinhard, *The application of rules of national administrative law in the implementation of community law*, p. 89, Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 93, Heukels, Ton; Tib, Jamila, *Towards homogeneity in the field of legal remedies: Convergence and*

(*i*) o princípio da equivalência — na medida em que as modalidades processuais aplicáveis ao exercício de direitos da UE não podem ser menos favoráveis do que as modalidades processuais similares de natureza interna;

(*ii*) o princípio da efetividade — no sentido em que as regras processuais não podem tornar impossível na prática, ou excessivamente difícil, o exercício dos direitos conferidos aos cidadãos pela UE([129]).

Os princípios da efetividade e da equivalência([130]) foram consagrados pela primeira vez no acórdão *Rewe I*([131]) que, segundo Van Raepen-

---

divergence, p. 115, Lanceiro, Rui Tavares, *O dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a jurisprudência Kühne & Heitz*, pp. 5-6.

([129]) V. Van Raepenbusch, Sean, *Droit institutionnel de l´Union et des Communautés européennes*, p. 390. Sobre a possibilidade de os princípios da equivalência e da efetividade serem considerados princípios gerais do direito da UE, v. Girerd, Pascal, *Les principes d´équivalence et d´effectivité: encadrement ou désencadrement de l´autonomie procédurale des Etats membres?*, pp. 85-87, que refere que a doutrina não os considera como tal e que se afigura difícil elevá-los a essa categoria, uma vez que dependem do direito nacional, pelo que não abrangem regras comuns.

([130]) Para Steiner, Josephine, *Enforcing EC Law*, p. 42, o ac. *Rewe* define três princípios: (*i*) o do tratamento nacional ou equivalência; (*ii*) o da não discriminação, que engloba a discriminação direta e indireta; (*iii*) e o da efetividade.

([131]) Ac. de 16/12/1976, *Rewe*, C-33/76. Este ac. é considerado, na jurisprudência do TJUE, um acórdão doutrinário no que respeita ao conceito de autonomia processual dos EM. No mesmo, questionava-se a compatibilidade, com o direito da União, de um prazo de prescrição nacional para a impugnação, num tribunal nacional, de uma decisão que violava o direito da União. O TJUE associou o conceito da autonomia processual dos EM ao princípio da cooperação leal entre a União e os EM (atualmente consagrado no art. 4.º, n.º 3 do TUE), para concluir que o cuidado em garantir uma proteção judicial decorrente, para os cidadãos, do efeito direto das normas de direito da União é confiado aos órgãos jurisdicionais nacionais, segundo as normas processuais internas. Esta função dos EM, que visa garantir o efeito pleno do direito da União, está intimamente relacionada com o princípio da proteção jurisdicional efetiva, bem como com o direito fundamental a um recurso efetivo, nos termos do art. 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais. V. conclusões de 12/1/2012, no ac. C-591/10. V., ainda, ac. de 21/5/1976, *Roquette*, C-26/74, de 16/12/1976, *Comet*, C-45/76, de 14/12/1995, *Peterbroeck*, C-312/93, de 20/9/2001, *Courage e Crehan*, C-453/99 e de 11/9/2003, *Safalero*, C-13/01. Sobre este ac., v. Arnull, Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, pp. 268-270, Nafilyan, Gérard, *Note sur l`affaire Rewe*, p. 96-99, Kovar, Robert, *Droit communautaire et droit procedural national*, pp. 241-243, Eilmansberger, Thomas, *The relationship between rights and remedies in EC law: In search of the missing link*, p. 1218, Martin, Fernandez, *El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del derecho comunitário. Evolucion y alcance*, pp. 857 e 858, Wilmars, J. Mertens de, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, p. 397, Baraν, Ami, *El contencioso sobre restitucion de tributos nacionales recaudados en violacion del derecho comunitario*, pp. 679-680, Curtin, Deirdre, *Directives: The effectiveness of judicial protection of individual rights*, p. 727, Kilpatrick, Claire, *The future of remedies in Europe*, p. 3, Ward, Angela, *Effective sanctions in EC law: A moving boundary in the division of competence*, p. 207, Tash, April, *Remedies for*

BUSCH[132]), define um ponto de equilíbrio entre os princípios do primado e da autonomia processual dos EM, estabelecendo uma divisão entre o ordenamento nacional e o da UE[133]). Se para DE BÚRCA[134]) o TJUE, neste acórdão, demonstra uma grande deferência pela autonomia nacional, para GROUSSOT[135]) o tribunal recorre aos princípios da efetividade e da equivalência, quer para avaliar a legalidade (compatibilidade com a ordem jurídica da UE) das normas processuais nacionais, quer para fornecer diretrizes aos tribunais nacionais.

EILMANSBERGER[136]) realça que o TJUE acaba por não fornecer qualquer orientação sobre a questão essencial de saber quais os meios processuais que a ordem jurídica nacional tem de disponibilizar com vista a garantir a proteção dos direitos dos particulares. Ainda assim este autor[137]) constata que, se o direito invocado pelos particulares estiver claramente previsto, isto é, se a norma for precisa e incondicional[138]), a influência das disposições nacionais será reduzida a uma função estritamente processual. Conclui que, sempre que os direitos estejam delimitados pelas normas da UE, deverá ser este ordenamento a assumir o papel predominante, que variará consoante o grau de precisão e desenvolvimento da norma em causa[139]).

European Community law claims in member state courts: Toward a European standard, pp. 381-382, OLIVER, PETER, *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, pp. 349 e 362, STEINER, JOSEPHINE, *How to make the action suit the case. Domestic remedies for breach of EEC law*, p. 103, JOLIET, RENÉ, *La protection juridictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques*, pp. 865-866, JACOBS, FRANCIS, *Remedies in national courts for the enforcement of Community rights*, p. 970, DOUGAN, MICHAEL, *The vicissitudes of life at the coalface: Remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts*, p. 411, HAAPANIEMI, PEKKA, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 93. V. PRECHAL, SACHA, *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, p. 40, que apelida este aresto de "*Rewe mantra*".

(132) V. VAN RAEPENBUSCH, SEAN, *Droit institutionnel de l´Union et des Communautés européennes*, p. 390.

(133) V. EILMANSBERGER, THOMAS, *The relationship between rights and remedies in EC law: In search of the missing link*, p. 1218.

(134) V. DE BÚRCA, GRÁINNE, *National procedural rules and remedies: The changing approach of the court of justice*, p. 38.

(135) V. GROUSSOT, XAVIER; MINSSEN, TIMO, *Res Judicata in the Court of Justice case law: Balancing legal certainty with legality?*, pp. 390-391.

(136) V. EILMANSBERGER, THOMAS, *The relationship between rights and remedies in EC law: In search of the missing link*, pp. 1218-1219.

(137) V. EILMANSBERGER, THOMAS, *The relationship between rights and remedies in EC law: In search of the missing link*, pp. 1219 e 1223.

(138) Este autor dá como exemplo as normas que têm efeito direto.

(139) V. EILMANSBERGER, THOMAS, *The relationship between rights and remedies in EC law: In search of the missing link*, pp. 1236-1240, que desenvolve o tema das relações entre as ordens jurídicas nacionais e a da UE.

A este respeito, Micklitz(140) sustenta que, no aresto *Rewe*, o TJUE desencadeou um processo que pode ser visto de duas perspetivas; a integracionista, com uma conotação positiva; e a intervencionista, com uma conotação negativa.

Acresce que neste aresto (*Rewe*), o TJUE também estabeleceu uma estreita ligação entre o conceito de autonomia processual e o princípio da cooperação, previsto no n.º 3 do art. 4.º do TUE(141), considerando-se que existe uma clara violação deste princípio, sempre que as normas processuais nacionais não permitam a aplicação das disposições da UE(142).

De referir, ainda, que estes princípios(143) (equivalência e efetividade), que têm um carácter geral e transversal, no sentido de que abrangem todo o regime jurídico de aplicação, pelo juiz nacional, do direito da UE(144), visam proporcionar um equilíbrio entre a autonomia processual dos EM e a garantia de uma efetiva proteção dos direitos dos particulares decorrentes da UE(145).

Como aduz o advogado-geral Bobek(146), trata-se de uma grelha tradicional, utilizada para a apreciação das opções processuais ou institucionais dos EM, que se traduz na dupla exigência de equivalência e de efetividade e que, na falta de uma harmonização a nível da União, serve de limite à autonomia (processual) nacional(147).

Esta dupla exigência, que visa garantir uma aplicação uniforme e efetiva do direito da UE e que constitui um *standard* mínimo de proteção(148),

---

(140) V. Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 367.

(141) V. Trstenjak, Verica; Beysen, Erwin, *European consumer protection law: Curia semper dabit remedium?*, p. 98.

(142) V. Bridge, John, *Procedural aspects of the enforcement of European Community law through the legal systems of Member States*, p. 39.

(143) Para Steiner, Josephine, *Enforcing EC Law*, p. 42, o ac. *Rewe* define três princípios: (*i*) o do tratamento nacional ou equivalência; (*ii*) o da não discriminação, que engloba a discriminação direta e indireta; (*iii*) e o da efetividade.

(144) V. Blumann, Claude, *Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire*, p. 16.

(145) V. Werlauff, Erik, *Common European procedural law: European law requirements imposed on national administration of justice*, p. 31.

(146) Conclusões de 30/4/2019, no ac. C-556/17.

(147) O advogado-geral Jacobs, nas suas conclusões de 17/2/1993, no ac. C-290/91, refere-se a três condições "[…]: 1) este princípio deve ser aplicado de forma não discriminatória em relação à dispensa de encargos nacionais análogos; 2) a sua aplicação não deve comprometer a eficácia da regulamentação comunitária nem afectar o seu alcance; 3) finalmente, a legislação comunitária em causa não deve, ela própria, conter disposições exaustivas que regulem as circunstâncias que permitem renunciar à cobrança do encargo em razão da situação pessoal do devedor".

(148) Para Oliver, Peter, *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, p. 352, o

foi desenvolvida na jurisprudência como um limite à autonomia processual nacional(149).

Tem sido igualmente entendido(150) que estes princípios, que exprimem a obrigação de assegurar uma proteção jurisdicional dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito da UE, não devem ser considerados princípios gerais da UE, mas sim subprincípios do princípio da proteção judicial efetiva, pelo que os mesmos são frequentemente vistos como um limite mais amplo da autonomia judicial e processual em matéria de vias de recurso dos EM(151).

De facto, estes princípios, requisitos, condições ou instrumentos(152) limitam e direcionam, sem se sobrepor, a autonomia processual dos EM, pelo que se pode considerar que os mesmos não a ameaçam(153), constituindo-se apenas como salvaguardas mínimas dos direitos decorrentes da UE. Para Schmied(154), estas limitações constituem uma manifestação do princípio geral da igualdade entre os cidadãos da UE.

---

facto de estes princípios imporem regras mínimas, não impede os EM de introduzirem processos ou vias de recurso mais liberais dos que os que resultam da aplicação destes princípios. V., ainda, Jacobs, Francis G., *Enforcing Community rights and obligations in national courts: Striking the balance*, p. 27, Adinolfi, Adelina, *The "procedural autonomy" of member states and the constraints stemming from the ECJ's case law: Is judicial activism still necesssary?*, p. 292, Eliantonio, Mariolina, *The future of national procedural law in Europe: Harmonisation vs. judge-made standards in the field of administrative justice*, p. 1, Wyatt, Derrick, *National periods of limitation as a bar to Community rights*, p. 124, Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 98.

(149) Conclusões de 17/5/2017, no ac. C-217/16.

(150) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, pp. 112-113, que se baseia nos ac. de 13/3/2007, *Unibet*, C-432/05 e de 15/4/2008, *Impact*, C-268/06. De referir, que este autor também não considera a autonomia processual como um princípio geral da UE, mas sim como uma denominação abreviada da jurisprudência *Rewe*.

(151) V. Schmied, Frédéric, *L'accès des particuliers au juge de la légalité — L'apport de l'arrêt Unibet*, p. 166 e conclusões de 17/5/2017, no ac. C-217/16. Ac. de 15/4/2008, *Impact*, C-268/06. Nas suas conclusões de 9/1/2008, no ac. C-268/06, a advogada-geral Kokott refere que "[…] a fim de se conseguir assegurar, em todas as circunstâncias, a protecção efectiva dos direitos individuais decorrentes do direito comunitário, tem que se garantir a cada indivíduo o acesso, em termos apropriados, aos órgãos jurisdicionais nacionais. Este acesso é decisivamente determinado quer através da fixação da competência judiciária quer através da concepção das modalidades processuais das acções judiciais de que, em cada momento, se pode dispor. Neste sentido, não existe nenhuma diferença essencial entre as normas que regulam a competência e as que regulam o processo: é que uma configuração desfavorável do processo pode dificultar tanto o acesso do indivíduo aos órgãos jurisdicionais nacionais como um regime de competência desfavorável". Sobre este ac., v. Van Cleynenbreugel, Pieter, *Judge-made standards of national procedure in the post-Lisbon constitutional framework*, p. 92, Arnull, Anthony, *The principle of effective judicial protection in EU law: An unruly horse?*, pp. 57-60.

(152) V. Eliantonio, Mariolina, *The future of national procedural law in Europe: Harmonisation vs. judge-made standards in the field of administrative justice*, p. 1.

(153) V. Kilpatrick, Claire, *The future of remedies in Europe*, p. 3.

(154) V. Schmied, Frédéric, *L'accès des particuliers au juge de la légalité — L'apport de l'arrêt Unibet*, p. 166.

A autonomia processual assenta, deste modo, "[…] na avaliação da equivalência e da efetividade do tratamento processual através da aplicação de normas processuais semelhantes"([155]).

Daqui decorre que o princípio da autonomia processual, em situações regidas pelo direito da União([156]), só pode ser invocado se estiverem reunidas estas duas condições cumulativas([157]), ou seja, o respeito pelos princípios da equivalência e da efetividade([158]). Isto significa que os dois princípios têm a capacidade de impedir a aplicação das normas processuais nacionais([159]).

O facto de uma norma processual, que viola o princípio da efetividade, se aplicar a um grande número de ações, não permite que o EM a aplique a ações comparáveis decorrentes do exercício de direitos da UE, o que confirma o caráter cumulativo dos princípios da efetividade e da equivalência([160]).

([155]) Conclusões de 17/5/2017, no ac. C-217/16.

([156]) Ac. de 17/3/2016, *Benallal*, C-161/15 e de 15/3/2017, *Aquino*, C-3/16, de 14/11/2019, *Vaselife International*, C-445/18.

([157]) V. Delicostopoulos, John, *Towards European procedural primacy in national legal systems*, p. 601, Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, p. 37, Prechal, Sacha, *EC requirements for an effective remedy*, p. 6 e *Directives in European Community Law*: *A study of directives and their enforcement in national courts*, p. 153, Simon, Denys, *Répétition de l´indu*, p. 5, Heukels, Ton; Tib, Jamila, *Towards homogeneity in the field of legal remedies: Convergence and divergence*, p. 114, Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 93, Wattel, Peter, *National procedural autonomy and effectiveness of EC law: Challenge the charge, file for restitution, sue for damages?*, p. 110, Lewis, Clive, *Remedies and the enforcement of European Community Law*, pp. 58 e 79, Belaich, Fabrice, *La répétition de l`indu en droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, p. 108, nota 52 e Wyatt, Derrick, *National periods of limitation as a bar to Community rights*, p. 123-124, que acrescenta uma terceira — a inexistência de normas da UE aplicáveis. A advogada-geral Kokott, nas suas conclusões de 8/9/2016, refere as três condições "Nos termos deste princípio [autonomia processual] as modalidades processuais aplicáveis dependem da ordem jurídica interna de cada Estado-Membro, desde que não sejam reguladas pelo direito da União. Não podem, no entanto, ser menos favoráveis do que as que regulam situações análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efetividade)". Segundo o advogado-geral Szpunar, nas suas conclusões de 18/2/2016, nos ac. C-200/14 e C--288/14, "Mesmo que preencham a condição da equivalência, as disposições nacionais destinadas a proteger os direitos decorrentes do direito da União devem ainda satisfazer o critério da efetividade. Esta independência destes dois princípios reveste uma importância verdadeiramente essencial, uma vez que significa que as exigências daí decorrentes devem ser preenchidas conjuntamente. Por outras palavras, as exigências a que estão sujeitas as disposições nacionais não estão preenchidas quando os direitos decorrentes do direito da União não estão eficazmente protegidos, mesmo que direitos análogos previstos pelo direito nacional estejam protegidos segundo modalidades equivalentes ou similares".

([158]) Para Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, p. 49, estes princípios estão inter-relacionados e sobrepostos, forçando os tribunais nacionais a terem uma visão das normas processuais nacionais sob o prisma do ordenamento da UE.

([159]) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 93.

([160]) V. Trstenjak, Verica; Beysen, Erwin, *European consumer* protection *law: Curia semper dabit remedium?*, p. 104.

Já para Wyat([161]) e Martin([162]), estas condições têm um caráter alternativo, aplicando-se independentemente uma da outra. Estamos, assim, perante uma relação de disjunção e não de conjugação([163]).

Conciliando as duas visões sobre a aplicação destes requisitos, uma afirmando que os mesmos têm um caráter cumulativo e outra defendendo que têm um caráter alternativo, entendemos que o seu cumprimento é cumulativo, enquanto a sua violação é alternativa.

Uma vez que, através da aplicação destes dois princípios se poderá detetar uma eventual violação das normas da UE, os mesmos constituem um teste que permite assegurar, ainda que de uma forma limitada, a proteção legal dos direitos decorrentes do ordenamento jurídico europeu([164]). Contudo, não nos parece ser adequado enquadrá-los no âmbito da autonomia processual, dado que os mesmos, ao invés de a promoverem, têm como objetivo limitar a sua aplicação, pelo que devem ser considerados como instrumentos auxiliares da aplicação do ordenamento jurídico europeu.

Faremos, seguidamente, uma análise de cada um destes princípios, enquanto limites à autonomia processual dos Estados-Membros.

2. Limites à Autonomia Processual dos Estados-Membros

2.1. O Princípio da Equivalência

O princípio da equivalência, também denominado de equivalência jurisdicional([165]), estipula que as modalidades processuais (normas proces-

---

([161]) V. Wyatt, Derrick, *National periods of limitation as a bar to Community rights*, p. 124 e Bridge, John, *Procedural aspects of the enforcement of European Community law through the legal systems of Member States*, pp. 38-39, que também cita Wyatt.

([162]) V. Martin, Fernandez, *El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del derecho comunitário. Evolucion y alcance*, p. 858.

([163]) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 318.

([164]) V. Van Dam; Van Eijsden, *Ex officio application of EC law by national courts of law in tax cases, discretionary authority or an obligation?*, p. 17, Lenaerts, Koen, *The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union*, p. 1645, Curtin, Deirdre, *The decentralised enforcement of Community law rights. Judicial snakes and ladders*, p. 38.

([165]) V. Simon, Denys; Pietri, Martin, *La jurisprudence en matière de répétition de l'indu: Confirmations, précisions, infléchissements?*, p. 4.

suais), destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos particulares pelo direito da União, não devem ser menos favoráveis do que as modalidades processuais similares de direito interno([166]).

Embora a jurisprudência do TJUE, na maioria das definições do princípio da equivalência, faça uma menção a ações ou recursos, levando o intérprete a pensar que este princípio só se aplica aos processos judiciais, entendemos que o conceito, por forma a abranger todas as decisões do TJUE, deverá ser expurgado dessas menções, pelo que na definição apresentada as mesmas foram suprimidas([167]).

O respeito deste princípio implica um tratamento igual dos processos fundados numa violação do direito nacional e dos processos, semelhantes, fundados numa violação do direito da União([168]), promovendo-se, por esta via, uma maior consistência no tratamento das questões internas e europeias([169]).

Deste modo, o princípio da equivalência possui um grande potencial integrativo, que se revela não só através da incorporação, em igualdade de circunstâncias, do direito da UE no ordenamento nacional, como também através da colocação em causa da coerência de todo o sistema processual nacional([170]). Esta situação acaba por conferir, aos tribunais nacionais, uma maior latitude na sua aplicação([171]).

Decorre, ainda, do princípio em análise que os particulares, que invocam os direitos conferidos pela UE, não devem ser desfavorecidos em relação àqueles que invocam direitos de natureza puramente interna([172]),

---

([166]) V., entre outros, ac. de 19/10/2017, *Raimund*, C-425/16. V. Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, p. 38 e Kilpatrick, Claire, *The future of remedies in Europe*, p. 4.

([167]) De referir que, no ac. de 11/4/2019, *PORR Építési Kft*, C-691/17, o TJUE já só faz menção às "vias processuais".

([168]) Ac. de 19/6/2003, *Sante Pasquini*, C-34/02, de 29/10/2009, *Pontin*, C-63/08, de 26/1/2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08. Conclusões de 5/6/2018, no ac. C-234/17.

([169]) V. Ebers, Martin, *ECJ (First Chamber) 6 October 2009, Case C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira*, p. 839. Segundo Bridge, John, *Procedural aspects of the enforcement of European Community law through the legal systems of Member States*, p. 40, o recurso ao princípio da equivalência é limitado, uma vez que tem por referência o ordenamento de um EM e não o ordenamento da UE.

([170]) V. Dougan, Michael, *The vicissitudes of life at the coalface: Remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts*, p. 423.

([171]) V. Tridimas, Takis, *The general principles of EC law*, p. 280.

([172]) Ac. de 14/2/2019, *Nestrade*, C-562/17. Neste ac., o TJUE considera que apesar de poder existir uma diferença no tratamento "[…] essa diferença de tratamento, mesmo que se tivesse verificado, não demonstra de modo nenhum uma diferença de tratamento entre os direitos conferidos pela ordem jurídica da União e os de natureza puramente interna". V., ainda, conclusões de 24/1/2019, no ac. C-720/17.

pelo que o mesmo (princípio) tem vindo a ganhar a atenção das partes litigantes, uma vez que pode melhorar o nível de proteção garantido pelos tribunais nacionais([173]).

Consequentemente, nem o regime da competência, nem o regime das modalidades processuais, que visa assegurar a proteção dos direitos conferidos pelo direito da UE, pode estar configurado de modo menos favorável do que o regime da competência e o regime das modalidades processuais aplicável aos processos análogos de direito interno([174]).

Importa, então, clarificar o que se entende por "direito interno", na aceção da jurisprudência do TJUE, sendo considerado que esta expressão se refere, exclusivamente, às normas cuja origem se encontra na ordem jurídica interna do EM, ou seja, às normas que podem ser alteradas ou suprimidas pelas instituições desse EM([175]). Esta interpretação está em conformidade com o objetivo prosseguido pelo princípio da equivalência, que é o de prevenir práticas de protecionismo processual, por parte dos EM, que consistam na concessão, às normas nacionais, de um estatuto privilegiado em relação ao conferido ao direito da União([176]).

Deste modo exige-se, por um lado, que a totalidade das regras nacionais (modalidades processuais) se aplique indiferentemente a todas as ações/processos ou procedimentos, independentemente de os mesmos serem baseados na violação do direito da União ou na violação do direito interno([177]) e, por outro, que os litigantes de outros EM, e os do EM em que os processos correm, sejam tratados de forma similar([178]).

Este princípio, também denominado princípio da não discriminação([179]) ou princípio do tratamento nacional([180]), por ser corolário do prin-

---

([173]) V. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 24.

([174]) Ac. de 19/6/2003, *Sante Pasquini*, C-34/02. Conclusões de 9/1/2008, no ac. C-268/06.

([175]) Conclusões de 5/6/2018, no ac. C-234/17.

([176]) Conclusões de 5/6/2018, no ac. C-234/17.

([177]) Ac. de 26/1/2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, de 19/7/2012, *Littlewoods Retail*, C/01/2014, *Pohl*, C-429/12, de 12/2/2015, *Surgicare*, C-662/13. Conclusões de 5/3/2020, nos ac. C-698/18 e C-699/18, de 9/12/2021, no ac. C-278/20 e de 16/6/2022, no ac. C--175/21. V. Barav, Ami, *La répétition de l`indu dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, pp. 531-538.

([178]) V. Brealey, Mark; Hoskins, Mark, *Remedies in EC law*, p. 109.

([179]) V. Oliver, Peter, *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, p. 351, Joliet, René, L*a protection juridictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques*, p. 866, Curtin, Deirdre, *The decentralised enforcement of Community law rights. Judicial snakes and ladders*, p. 38, Tridimas, Takis, *The general principles of EC law*, p. 279, Lenaerts, Koen, *National remedies for private parties in the light of the EU law principles of equivalence and effectiveness*, p. 14, Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 59.

([180]) V. Ribeiro, Marta, *Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário*, p. 138.

cípio geral da igualdade de tratamento e da não discriminação([181]), exige que situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, exceto se esse tratamento for objetivamente justificado([182]). Neste âmbito, estão abrangidos casos de discriminação direta e indireta, ou seja, não só os casos em que a discriminação se baseia no facto estar de em causa um direito decorrente da UE, mas também situações em que aparentemente tal não se verifica, mas que acabam por revelar a existência de uma desvantagem desproporcional na arguição desses direitos([183]).

([181]) V. Himsworth, Christopher, *Things fall apart: The harmonisation of Community judicial procedural protection revisited*, pp. 309-310. Segundo este autor, a aplicação do princípio da não discriminação levanta alguns problemas: (*i*) aplica-se essencialmente aos nacionais dos EM que pretendem invocar, nos seus tribunais, normas da UE e, por vezes, confere uma proteção superior aos particulares que invocam direitos da UE; (*ii*) não se encontra justificação para que níveis processuais nacionais de proteção superiores aos da UE tenham, igualmente, de ser aplicados aquando da invocação de direitos europeus; (*iii*) este princípio não contribui para a uniformidade na aplicação das normas da UE, uma vez que o obstáculo se encontra na diversidade das normas processuais nacionais. Para Adinolfi, Adelina, *The "procedural autonomy" of member states and the constraints stemming from the ECJ's case law: Is judicial activism still necesssary?*, p. 284, o paradigma utilizado na análise do princípio da equivalência é semelhante ao utilizado para verificar se as normas substantivas internas estão de acordo com o princípio da não discriminação. V., ainda, Louis, Jean-Victor, *A ordem jurídica comunitária*, p. 117, Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 399, Wilmars, J. Mertens de, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, p. 400, Ward, Angela, *The limits of the uniform application of Community law and effective judicial review: A look post-Amsterdam*, p. 216, Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, pp. 112-113.

([182]) Conclusões de 9/1/2008, no ac. C-268/06, de 13/3/2008, no ac. C-454/06, de 26/7/2017, no ac. C-243/16. Ac. de 6/5/1982, *Fromme*, C-54/81 e ac. de 17/6/1997, *Shingara*, C-65/95 e C--111/95, de 19/5/1998, *Jensen e Korn*, C-132/95, de 10/4/2008, *Marks & Spencer*, C-309/06, onde o TJUE refere que "[…] o princípio geral da igualdade de tratamento exige que situações comparáveis não sejam tratadas de forma diferente, a menos que uma diferenciação se justifique objectivamente". V. Dougan, Michael, *The vicissitudes of life at the coalface: Remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts*, p. 423 e Tridimas, Takis, *The general principles of EC law*, p. 281.

([183]) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 312. Cabral, Pedro, *Algumas considerações sobre a livre circulação dos advogados na Comunidade Europeia*, p. 612, considera que, no ac. de 7/5/1991, *Vlassopoulou*, C-340/89, o TJUE foi para além do conceito de discriminação formal. Nas suas conclusões de 31/3/2009, no ac. C-63/08, a advogada-geral Trstenjak, refere-se à necessidade de verificação da possível existência de uma discriminação direta ou indireta acrescentando que "Além disso, o exame da discriminação indirecta é efectuado em duas etapas: na primeira etapa examina-se o aspecto da colocação numa situação de desvantagem, na segunda etapa a justificação eventualmente alegada pela parte demandada" enquanto "[…] tratando-se de discriminação directa, não está previsto qualquer exame de uma eventual justificação, ou seja, actua-se numa única etapa". V., ainda, Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 25 e Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, p. 39.

A esse respeito, é importante verificar se as circunstâncias de facto, ou atinentes ao processo, não transformam uma regra neutra, à primeira vista aplicável sem distinção, numa regra que, de facto, afeta um tipo de pedido de forma muito mais significativa do que outro([184]). Craig([185]) sublinha mesmo que o juiz nacional não pode limitar-se a verificar se a regulamentação nacional prevê um processo comparável devendo, igualmente, garantir que a sua aplicação não beneficia as ações baseadas nas normas internas([186]).

Os princípios de não discriminação ou igualdade de tratamento judicial([187]) exigem, então, que as vias de direito nacionais sejam colocadas, sem discriminação, à disposição do direito da UE, isto é, que o exercício de um direito europeu, por intermédio do quadro jurídico nacional, não esteja sujeito a condições mais rigorosas (em termos de prazos, despesas, de condições de repetição do indevido([188]), de condições de prova, entre outros) que o exercício do direito puramente nacional correspondente([189]).

([184]) Conclusões de 20/3/2003, no ac. C-147/01 e de 6/12/2018, no ac. C-24/17.

([185]) V. Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *UE law: Text, cases, and materials*, p. 249, que cita o ac. 3/2/2000, *Dounias*, C-228/98, onde se refere que "Contudo, compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se a regulamentação nacional prevê um processo comparável aplicável às reclamações relativas aos produtos nacionais de modo a garantir que aquela não contém qualquer discriminação a favor destes últimos".

([186]) V. Lenaerts, Koen, *National remedies for private parties in the light of the EU law principles of equivalence and effectiveness*, p. 19, que cita o ac. de 26/1/2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, como exemplo de uma discriminação positiva, ou seja, a favor das ações baseadas na legislação nacional. Segundo este autor, o TJUE rejeita esta discriminação independentemente das razões que a motivaram, mesmo que seja para "compensar" desvantagens processuais só aplicáveis no contexto nacional.

([187]) V. Simon, Denys, *Répétition de l´indu*, p. 5, Mead, Philip, *The obligation to apply European law: is Duke dead?*, p. 493, Arnull, Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, p. 333, Kovar, Robert, *Droit communautaire et droit procedural national*, p. 243.

([188]) Ac. 21/9/1983, *Deutsche Milchkontor*, C-205/82 a C-215/82, de 10/9/2002, *Prisco e CASER*, C-216/99 e C-222/99, de 20/12/2017, *Agrarmarkt*, C-516/16. Em relação à repetição do indevido, o advogado-geral Léger, nas suas conclusões de 4/12/1997, no ac. C-298/96, afirma que o princípio de não discriminação pressupõe o respeito de duas condições. Por um lado, as autoridades nacionais devem proceder com a mesma diligência e de acordo com modalidades que não tornem mais difícil a restituição dos montantes em causa do que em relação a situações comparáveis onde se aplica, unicamente, a legislação nacional. Por outro lado, as obrigações impostas, pela legislação nacional, às empresas a quem foram concedidos irregularmente benefícios financeiros baseados no direito comunitário não devem ser mais estritas do que as impostas às empresas que receberam irregularmente benefícios equiparáveis com base no direito nacional, supondo que os dois grupos de beneficiários se encontram em situações comparáveis e que, portanto, um tratamento diferente não pode ser justificado objetivamente. V., no mesmo sentido, ac. de 19/6/2003, *Sante Pasquini*, C-34/02, de 10/4/2008, *Marks & Spencer*, C-309/06.

([189]) Conclusões de 12/5/98, no ac. C-326/96 e de 14/9/1999, no ac. C-78/98. V. Mariatte, F., *Encadrement de l`autonomie procédurale nationale*, pp. 12-13.

Para verificar a similitude das normas processuais nacionais, aplicáveis aos direitos decorrentes do ordenamento nacional e da UE, dever-se-á ter em consideração o objeto, a causa de pedir e os elementos/características essenciais dos processos, alegadamente, semelhantes de natureza interna(190), assim como o lugar da norma no conjunto do processo, a sua tramitação e as suas especificidades/particularidades perante as instâncias nacionais(191). A advogada-geral Trstenjak(192) acrescenta que também se deverá ter em conta a importância das ações semelhantes.

Prechal(193) conclui que as normas processuais não devem ser apreciadas isoladamente, mas inseridas no contexto geral do ordenamento nacional. Consequentemente, a verificação da compatibilidade de uma norma processual nacional com o princípio da equivalência depende, em última instância, da legislação nacional(194).

Todavia, este princípio não pode ser interpretado no sentido de que obriga um EM a alargar o seu regime interno mais favorável a todas as ações intentadas num determinado domínio de direito(195) ou, ainda, ao

---

(190) Ac. de 16/5/2000, *Preston*, C-78/98, de 29/10/2009, *Pontin*, C-63/08, de 26/1/2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, de 29/10/2015, *BBVA*, C-8/14, de 30/6/2016, *Câmpean*, C-200/14, de 30/6/2016, *Silvia Ciup*, C-288/14, de 21/12/2016, *TDC A/S*, C-327/15, de 9/11/2017, *Zagoriou*, C-217/16, de 20/9/2018, *EOS KSI*, C-448/17, de 20/9/2018, *Rudigier*, C--518/17, de 23/4/2020, *Sole-Mizo*, C-13/18 e C-126/18, de 27/2/2020, *Land Sachsen-Anhalt*, C-773/18 a C-775/18, de 10/2/2022, *Philips*, C-487/20. V., ainda, despacho de 18/1/2011, *Berkizi-Nikolakaki*, C-272/10, conclusões de 14/1/2016, no ac. C-381/14 e C-385/14, de 26/7/2017, no ac. C-243/16, de 5/2/2019, no ac. C-676/17 e de 9/12/2021, no ac. C-278/20. V. Mariatte, F., *Encadrement de l`autonomie procédurale nationale*, p. 12, Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, p. 38, Prechal, Sacha, *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, p. 41, Kornezov, Alexander, *Res Judicata of national judgments incompatible with EU law: Time for a major rethink?*, p. 834, Huglo, Jean-Guy, *Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union Européenne en France*, p. 42.

(191) Conclusões de 14/1/2016, no ac. C-381/14 e C-385/14, de 26/7/2017, no ac. C-243/16, de 30/4/2019, no ac. C-620/17. Ac. de 9/11/2017, *Zagoriou*, C-217/16, de 26/9/2018, *Toeslagen*, C--175/17, de 26/9/2018, *X e Y*, C-180/17, de 24/10/2018, *XC e o.*, C-234/17.

(192) Conclusões de 31/3/2009, no ac. C-63/08.

(193) V. Prechal, Sacha, *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, p. 40.

(194) V. Ebers, Martin, *ECJ (First Chamber) 6 October 2009, Case C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira*, p. 839.

(195) Ac. de 15/9/1998, *Edis*, C-231/96, de 15/9/1998, *Spac*, C-260/96, de 15/9/1998, *Ansaldo Energia*, C-279/96 a C-281/96, de 1/12/1998, *Levez*, C-326/96, de 9/2/1999, *Dilexport*, C-343/96, de 28/11/2000, *Roquette Frères*, C-88/99, de 10/9/2002, *Prisco e CASER*, C-216/99 e C-222/99, de 29/10/2009, *Pontin*, C-63/08, de 26/1/2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, de 19/7/2012, *Littlewoods Retail*, C-591/10, de 14/7/2022, *EPIC*, C-274/21 e C-275/21. Conclusões de 14/3/2002, no ac. C-336/00, de 7/2/2013, no ac. C-536/11, de 5/9/2013, no ac. C-479/12, de 26/7/2017, no ac. C-243/16, de 5/6/2018, no ac. C-234/17, de 11/9/2018, no ac. C-378/17 e de 9/12/2021, no ac. C-278/20. V., ainda, despacho de 18/1/2011, *Berkizi-Nikolakaki*, C-272/10.

conjunto das ações baseadas na violação do direito da UE, ou seja, o EM pode optar, entre os diferentes tipos de normas previstos pelo direito nacional, por aquelas que se aplicam também aos processos nacionais similares, não tendo de recorrer às que, teoricamente, são mais vantajosas para os interesses da União(196). Com efeito, essa interpretação levaria a transformar o princípio da equivalência numa cláusula equiparável à da "norma mais favorecida", por força da qual o tratamento processual mais favorável previsto por um EM, seja a favor de normas de direito interno ou de direito internacional, deveria, automaticamente, ser alargado ao direito da União(197).

Acresce que a equivalência não se pode confundir totalmente com a igualdade, uma vez que os litígios baseados num direito decorrente do ordenamento jurídico da UE podem ter uma natureza diferente dos nacionais(198), pelo que os EM têm liberdade para diferenciar áreas de direito e introduzir distintas modalidades processuais(199). Com efeito, estamos perante uma opção legislativa de cada EM que deverá decidir, consoante o objeto das ações em causa, quais os processos que lhe deverão ser aplicados(200).

Como veremos, a aplicação deste princípio revelar-se-á mais complicada do que seria de esperar, sendo que a posição do juiz nacional, neste âmbito, não é de todo invejável(201).

V. Belaich, Fabrice, *La répétition de l`indu en droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, p. 108, Prechal, Sacha, *Commentaire sur l`affaire Levez, C-326/96*, p. 171, Trstenjak, Verica; Beysen, Erwin, *European consumer* protection *law: Curia semper dabit remedium?*, p. 104, Mehdi, Rostane, *Chronique de Jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, p. 532, Busby, Nicole, *Only a matter of time*, p. 496, Simon, Denys, *Encadrement de l'autonomie procédurale du droit national*, p. 11 e *Répétition de l'indu*, pp. 10--11, Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 24, Simon, Denys; Pietri, Martin, *La jurisprudence en matière de répétition de l'indu: Confirmations, précisions, infléchissements?*, p. 4, Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, p. 39, Huglo, Jean-Guy, *Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union Européenne en France*, p. 42.

(196) Conclusões de 14/3/2002, no ac. C-336/00.

(197) Conclusões de 5/6/2018, no ac. C-234/17.

(198) V. Blumann, Claude, *Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire*, p.16.

(199) V. Biondi, Andrea, *The European Court of Justice and certain national procedural limitations: Not such a tough relationship*, p. 1274.

(200) V. Biondi, Andrea, *The European Court of Justice and certain national procedural limitations: Not such a tough relationship*, p. 1274.

(201) V. Prechal e Shelkoplyas, *National procedures, public policy and EC law*, p. 590, Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, p. 38. V., ainda, Steiner, Josephine, *Enforcing EC Law*, pp. 94 e 98, Becker, Florian, *Application of Community law by member-states public authorities: Between autonomy and effectiveness*, p. 1043, que refere que a violação deste princípio é muito difícil de identificar.

De facto, a proibição de discriminação constitui um princípio geral da ordem jurídica europeia, pelo que o estabelecimento de limites não se afigura ser uma tarefa fácil(202), permanecendo a dúvida, por um lado, sobre quais os elementos necessários para determinar a existência de analogias e, por outro, sobre quais as diferenças de tratamento que devem ser proibidas(203).

Como sublinha o advogado-geral Wahl(204), em qualquer caso, a questão de saber o que constitui uma regra processual "desfavorável" é, em última análise, uma questão de perspetiva.

Para Arnull(205), a tarefa atribuída ao tribunal, de verificar se as ações são similares, embora se traduza numa manifestação de não intervencionismo nos ordenamentos jurídicos internos, acaba por deixar os juízes sem uma orientação adequada, uma vez que é feita através de diretrizes muito abrangentes. No mesmo sentido, Adinolfi(206) considera que, apesar do TJUE não possuir um grande poder discricionário, a avaliação do caráter similar de uma ação poderá revelar-se uma tarefa difícil(207), "sobretudo quando é possível delinear várias alternativas no domínio interno"(208).

Para o advogado-geral Cosmas(209), a comparação das normas processuais exige, em primeiro lugar, que os direitos que se invocam sejam simila-

---

(202) Conclusões de 12/5/1998, no ac. C-326/96. Sobre estas conclusões, v. Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, pp. 47-48.

(203) Conclusões de 12/5/1998, no ac. C-326/96. No ac. de 14/10/2020, *Valoris*, C-677/19, o TJUE refere que "[…] o princípio da equivalência não permite compensar uma desvantagem sofrida por um grupo de contribuintes com uma vantagem concedida a outro grupo que se encontra numa situação semelhante".

(204) Conclusões de 11/9/2018, no ac. C-378/17.

(205) V. Arnull, Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, pp. 332-333, que afirma que a margem de manobra concedida aos juízes nacionais implica que várias decisões possam não estar de acordo com a jurisprudência do TJUE, situação esta que só poderia ser evitada com uma maior intervenção do mesmo nos ordenamentos internos que, segundo o autor, não parece ser a opção a seguir (pelo TJUE). V., no mesmo sentido, Tridimas, Takis, *The general principles of EC law*, p. 280.

(206) V. Adinolfi, Adelina, *The "procedural autonomy" of member states and the constraints stemming from the ECJ's case law: Is judicial activism still necesssary?*, p. 284.

(207) V., no mesmo sentido, Lenaerts, Koen, *National remedies for private parties in the light of the EU law principles of equivalence and effectiveness*, p. 16 e Steiner, Josephine, *How to make the action suit the case. Domestic remedies for breach of EEC law*, pp. 103-104, que considera que a aplicação deste princípio é difícil por o direito da UE ter uma natureza *sui generis*.

(208) V. Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 60.

(209) Conclusões de 23/1/1997, no ac. C-261/95, onde o advogado-geral Cosmas acrescenta que será ainda "[…] necessário comparar um direito a um direito similar, uma norma processual a uma norma processual similar e um processo a um processo similar; não podem comparar-se direitos heteróclitos ou normas consideradas independentemente do processo correspondente ou relativas a processos diferentes, umas, por exemplo, de processos administrativos e outras de processos judiciais".

res, em segundo lugar, que as normas processuais cuja comparação se efetua não sejam consideradas isoladamente, mas sim no quadro do processo em que se inscrevem e, em terceiro lugar, que se trate não de quaisquer processos, mas de processos similares. Em sentido oposto, Micklitz(210) entende que o TJUE compara normas substantivas e não normas processuais. Para este autor, é muito importante analisar a essência das normas e o seu contexto legal e factual, sendo que a questão principal incide sobre o nível de detalhe da análise a que o TJUE está disposto a recorrer(211).

Concordamos com o advogado-geral Mischo(212) quando refere tratar-se de uma comparação entre "as condições de fundo e de forma dos sistemas jurídicos nacionais", pois se é importante verificar se os direitos, que as normas da UE visam proteger, têm uma natureza semelhante aos previstos pela legislação nacional(213), não se poderá esquecer o papel igualmente relevante da comparação entre as normas que possibilitam o exercício desses mesmos direitos.

Em consequência, este procedimento exige que se proceda a uma comparação de processos para verificar se o que engloba a norma em causa e que permite invocar um direito reconhecido pelo direito da UE é, eventualmente, menos favorável do que um processo similar que permite invocar um direito baseado no direito interno(214).

Parece, deste modo, que o *iter* cognoscitivo, a seguir pelo juiz nacional, é composto por duas fases(215); a primeira em que é determinado o termo comparativo, ou seja, saber qual o processo interno que pode ser considerado similar (identificar o que constitui uma ação semelhante ao abrigo do direito interno)(216); a segunda em que se aprecia se o processo fundado no direito da UE é tratado de modo menos favorável do que o processo, comparável, fundado no direito interno, isto é, se verifica a eventual existência de

---

(210) V. Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 399.

(211) V. Dougan, Michael, *The vicissitudes of life at the coalface: Remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts*, p. 423.

(212) Conclusões de 22/3/2001, no ac. C-453/99.

(213) Conclusões de 18/2/2016, nos ac. C-200/14 e C-288/14. Nas suas conclusões, de 14/1/2003, no ac. C-467/01, a advogada-geral Stix-Hackl refere que "[…] o limite da equivalência pressupõe que o âmbito dos poderes de controlo jurisdicionais não possa, **perante a mesma matéria de facto** [sublinhado nosso], ser diferente caso exista relação com o direito comunitário e caso não exista essa relação".

(214) V. Prechal e Shelkoplyas, *National procedures, public policy and EC law*, p. 590 e Tridimas, Takis, *The general principles of EC law*, p. 281. Conclusões de 23/1/1997, no ac. C-261/95.

(215) Conclusões de 11/9/2018, no ac. C-378/17.

(216) V. Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 59.

condições processuais mais ou menos favoráveis([217]) (verificar se os critérios aplicáveis à ação de direito interno são mais favoráveis do que os aplicáveis a uma ação com base no direito da UE)([218]). Deste modo, é requerida uma dupla comparação; a identificação dos processos/ /procedimentos ou ações similares e a avaliação do tratamento prestado aos mesmos([219]). Dougan([220]) ainda acrescenta uma terceira fase, a verificação da possível existência de uma justificação objetiva para um tratamento desfavorável([221]).

([217]) No ac. de 30/6/2016, *Câmpean*, C-200/14, o TJUE descreve, pormenorizadamente, os passos a seguir pelo juiz nacional: "Assim, para determinar se as exigências do princípio da equivalência são respeitadas, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, numa primeira fase, se os recursos aos quais se aplicam regras processuais [internas] […] são, do ponto de vista da sua causa, similares a um recurso fundado na inobservância do direito da União, como o do processo principal. Depois de identificado o recurso ou os recursos semelhantes ao recurso em causa no processo principal, que tem por fundamento o direito da União, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar, numa segunda fase, se as regras processuais aplicáveis a esses recursos nacionais não são, na realidade, mais favoráveis do que as aplicáveis no processo principal […]". V., igualmente, ac. de 30/6/ /2016, *Silvia Ciup*, C-288/14, de 26/9/2018, *Toeslagen*, C-175/17, de 26/9/2018, *X e Y*, C-180/17, de 10/2/2022, *Philips*, C-487/20. Segundo o advogado-geral Léger, nas suas conclusões de 12/5/1998, no ac. C-326/96, é à luz da ação similar de natureza interna que deve ser verificado, de seguida, se as condições processuais que permitem o exercício de um direito da UE são equiparáveis às instituídas pelo direito interno. Igualmente, nas suas conclusões de 12/7/2001, no ac. C-472/99, o advogado-geral Geelhoed, refere que "Para analisar se o princípio da equivalência foi respeitado, o órgão jurisdicional nacional deverá verificar se o reembolso das despesas não é regulamentado de maneira menos favorável do que o reembolso das despesas nos processos nacionais semelhantes. Sobre este aspecto, são importantes duas sub-questões. O órgão nacional deve, logo de início, determinar o adequado critério de comparação, isto é, o processo nacional com o qual deve ser comparado o processo […]. Para o efeito, deve analisar as principais características dos dois processos. Seguidamente, deve analisar se o reembolso das despesas não é menos favorável no âmbito do processo prejudicial do que no do processo nacional semelhante. Esta análise deve ser feita examinando, igualmente, as principais características da regulamentação em causa".

([218]) V. Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 59.

([219]) Como refere o advogado-geral Sánchez-Bordona, nas suas conclusões de 12/9/2019, no ac. C-666/18, "A análise opera em duas etapas, identificando, como ponto de partida, o recurso comparável no ordenamento nacional e ocupando-se, seguidamente, da própria comparação". V., ainda, conclusões de 17/5/2017, no ac. C-217/16. Também o ac. de 14/10/2020, *Valoris*, C-677/19, ilustra, claramente, estes dois passos ao referir, em relação à primeira fase: "Afigura-se, portanto, que os pedidos apresentados ao abrigo da primeira destas disposições e os pedidos apresentados ao abrigo da segunda têm um objeto e uma causa semelhantes" e, em relação à segunda fase: "Por conseguinte, sob reserva de se comprovar a semelhança dos pedidos em causa, importa examinar se as modalidades processuais dos recursos que, como o do processo principal, se baseiam no OUG n.º 52/2017, que visa sanar uma violação de regras do direito da União, são menos favoráveis do que as dos recursos que se baseiam exclusivamente na violação de regras do direito nacional".

([220]) V. Dougan, Michael, *The vicissitudes of life at the coalface: Remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts*, p. 422. Para o autor, este teste é uma manifestação do princípio geral da igualdade de tratamento.

([221]) V., ainda, conclusões de 13/7/2017, no ac. C-574/15, onde o advogado-geral Bobek considera que existem razões plausíveis para a diferenciação em causa.

Assim, importa, por um lado, identificar os processos comparáveis e, por outro, determinar se os processos nacionais são tratados de um modo mais favorável do que os relativos à salvaguarda dos direitos que o direito da União confere aos particulares([222]).

Tratando-se da comparabilidade dos processos, cabe ao órgão jurisdicional nacional, que tem um conhecimento direto das modalidades processuais aplicáveis, verificar a semelhança dos recursos em causa, na perspetiva do seu objeto, da sua causa de pedir e dos seus elementos essenciais([223]). Deste modo, e com vista a identificar um determinado processo como similar/análogo (comparação de ações/processos/procedimentos), propõe-se a utilização dos seguintes elementos: o objeto, a causa da ação (fundamento)([224]) e as suas caraterísticas/elementos essenciais([225/226]). Com efeito, para prosseguir com o exame desta exigência deve ser clarificada, com precisão, qual a norma objeto de fiscalização jurisdicional, bem como as normas com que deve ser comparada([227]).

Sendo esta uma abordagem mais ampla, a obrigação de equiparação coloca o quadro de referência num nível mais elevado de abstração, procu-

---

([222]) Ac. de 9/9/2020, *JP*, C-651/19.

([223]) Ac. de 9/9/2020, *JP*, C-651/19.

([224]) Para o advogado-geral Bobek, nas suas conclusões de 17/5/2017, no ac. C-217/16, ao identificar a ação na perspetiva do seu objeto, da sua causa e dos seus elementos essenciais, não é imediatamente óbvio de que forma a natureza da relação subjacente é efetivamente relevante. Nas suas conclusões de 9/12/2021, no ac. C-278/20, o advogado-geral Szpunar considerou semelhantes "A ação por responsabilidade do Estado legislador por violação da Constituição espanhola e a decorrente de uma violação do direito da União têm o mesmo objeto, a saber, a indemnização de um prejuízo, e a mesma causa, a violação de uma regra jurídica de valor superior".

([225]) Para o advogado-geral Bobek, nas suas conclusões de 5/2/2019, no ac. C-676/17, os elementos essenciais de um recurso não são apenas os elementos relativos à forma global como o processo é conduzido, mas também o resultado desse processo. V. Prechal e Shelkoplyas, *National procedures, public policy and EC law*, pp. 590-591, Girerd, Pascal, *Les principes d´équivalence et d´effectivité: encadrement ou désencadrement de l´autonomie procédurale des Etats membres?*, pp. 78-80, Mariatte, F., *Encadrement de l`autonomie procédurale nationale*, pp. 12-13, Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 24 e *The vicissitudes of life at the coalface: Remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts*, p. 422, Prechal, Sacha, *Commentaire sur l`affaire Levez, C-326/96*, p. 172, Lenaerts, Koen, *National remedies for private parties in the light of the EU law principles of equivalence and effectiveness*, p. 16.

([226]) Ac. de 1/12/1998, *Levez*, C-326/96, de 16/5/2000, *Preston*, C-78/98, de 6/10/2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, de 8/9/2011, *Rosado Santana*, C-177/10, de 27/2/2014, *Pohotovos`s*, C-470/12, de 12/2/2015, *Nóra Baczó*, C-567/13, de 9/11/2017, *Zagoriou*, C-217/16, de 31/5/2018, *Sziber*, C-483/16, de 26/9/2018, *Toeslagen*, C-175/17, de 26/9/2018, *X e Y*, C-180/17, de 9/7/2020, *Raiffeisen Bank*, C-698/18 e C-699/18, de 14/10/2020, *Valoris*, C-677/19, de 30/6/2022, *IR*, C-105/21. Conclusões de 9/7/2009, no ac. C-118/08, de 7/2/2013, no ac. C-536/11, de 5/9/2013, no ac. C-479/12, de 5/6/2018, no ac. C-234/17, de 11/9/2018, no ac. C-378/17, de 30/4/2019, no ac. C-556/17, de 30/4/2019, no ac. C-620/17, de 29/7/2019, no ac. C-360/18.

([227]) Conclusões de 30/4/2019, no ac. C-556/17.

rando simultaneamente na ordem jurídica nacional a analogia mais próxima com a violação pertinente do direito da União([228]).

Uma vez obtida uma visão mais abstrata e panorâmica, dever-se-á determinar o que é ou pode ser o regime paralelo mais próximo, no direito interno, com vista a estabelecer uma comparação adequada para a avaliação da equivalência, tarefa que nem sempre é fácil([229]).

Com efeito, "se há casos em que a identificação de uma acção nacional similar não coloca qualquer dificuldade, noutros, a determinação do parâmetro de comparação é, evidentemente, essencial e envolve, na prática, uma tomada de posição de natureza política. Quanto mais alargada for a concepção que se tem do tipo de acção nacional à luz da qual deve ser comparada a ação para efeitos de exercício de um direito comunitário, mais favorável ela será ao exercício desse direito"([230]).

Como referem Micklitz([231]) e Bobek([232]), a escolha do termo comparativo depende do nível de abstração, sendo que esta escolha, em virtude do seu carácter opaco, pode conduzir a soluções completamente díspares e difíceis de entender([233]).

Assim, revela-se da maior importância a determinação das categorias de processos a comparar, dado que a fixação do termo comparativo constitui o ponto fulcral na análise da aplicação deste princípio, pois vai exigir uma clarificação do conceito de "ação similar de natureza interna"([234]).

Aí, a perspetiva a adotar consiste, por natureza, numa comparação estrutural, sistémica, uma vez que, se fosse exigida uma identidade completa, poderia ser muito difícil encontrar fontes equivalentes, em virtude da especificidade de alguns regimes([235]).

([228]) Conclusões de 13/7/2017, no ac. C-574/15.

([229]) Conclusões, de 7/9/2017, no ac. C-403/16.

([230]) Conclusões de 12/5/98, no ac. C-326/96. No mesmo sentido, v. Prechal, Sacha, *EC requirements for an effective remedy*, p. 6, que refere que embora o princípio da não discriminação seja claro, o mesmo pode suscitar dificuldades na medida em que nem sempre é fácil determinar qual a ação interna que deve ser considerada similar. O advogado-geral Alber, nas suas conclusões de 14/3/2002, no ac. C-336/00, dá um exemplo: "Estaríamos em presença de uma tal discriminação se, por exemplo, no caso de ajudas com uma relação com o direito comunitário, se recorrer normalmente a um tipo de acto de direito privado que apenas permita o reembolso em condições estritas, e em casos similares exclusivamente nacionais, se recorrer a disposições de direito público que facilitem o reembolso".

([231]) V. Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 399.

([232]) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, pp. 313-316 e conclusões de 30/4/2019, no ac. C-556/17.

([233]) V. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, pp. 25-26.

([234]) Conclusões de 17/5/2017, no ac. C-217/16.

([235]) Conclusões de 13/7/2017, no ac. C-574/15.

Por outro lado, podem existir várias ações similares, cada uma com um regime processual diferente, sendo que neste caso Dougan([236]) questiona qual o procedimento a seguir; se se deverá aplicar o processo mais favorável ou se a decisão final caberá ao EM.

No aresto *Levez*([237]), o TJUE decidiu que não seria suficiente a existência de uma alternativa, ou seja, a disponibilidade de uma outra solução, se esta comportar modalidades processuais ou condições menos favoráveis do que as previstas para ações similares de natureza interna. Para Tridimas([238]), o acórdão *Levez* levanta a questão, ainda não analisada em detalhe, da relação entre duas vias de recurso internas, considerando que a decisão do TJUE ilustra a exigência de uma inter-relação entre os princípios da equivalência e da efetividade que, em conjunto, garantem um duplo escudo. Conclui([239]) que a existência de um recurso alternativo só é conforme com o direito da UE se o mesmo for efetivo e equivalente aos recursos nacionais similares, especialmente quando visa garantir a aplicação de normas da UE.

Acresce que não basta, para assegurar o respeito pelo princípio da equivalência, que as mesmas modalidades processuais sejam aplicáveis a dois tipos de pedidos comparáveis, um baseado no direito europeu e o outro baseado no direito nacional, por se tratar de uma única e mesma via de recurso([240]). Segundo o advogado-geral Léger([241]), estas ações não deviam ser consideradas análogas, mas sim idênticas.

Pode mesmo suceder que não exista qualquer processo nacional análogo, sendo que, nestes casos, não parece ser necessário recorrer ao exercí-

---

([236]) V. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 26.

([237]) Ac. de 1/12/1998, *Levez*, C-326/96. V. Arnull, Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, p. 333 e *The principle of effective judicial protection in EU law: An unruly horse?*, p. 57, Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, pp. 47-49, Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, pp. 61-62, Heukels, Ton; Tib, Jamila, *Towards homogeneity in the field of legal remedies: Convergence and divergence*, pp. 117-118. Para Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *UE law: Text, cases, and materials*, p. 249, o TJUE aplicou neste ac. o mesmo «*context-specific balancing*», que havia aplicado aos arestos de 14/12/1995, *Peterbroeck*, C-312/93, de 14/12/1995, *van Schijndel e van Veen*, C-430/93 e C-431/93.

([238]) V. Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, p. 49.

([239]) V. Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, p. 49.

([240]) Ac. de 1/12/1998, *Levez*, C-326/96, de 16/5/2000, *Preston*, C-78/98. V. Mariatte, F., *Encadrement de l`autonomie procédurale nationale*, p. 12. Para Simon, Denys, *Encadrement de l'autonomie procédurale du droit national*, p. 11, o TJUE analisa, cada vez mais atentamente, as modalidades processuais de recurso que permitem invocar direitos decorrentes de normas da UE.

([241]) Conclusões de 14/9/1999, no ac. C-78/98.

cio, difícil e de certo modo artificial, de procurar um pedido comparável baseado no direito nacional([242]), tanto mais que este raciocínio supõe a admissão de que possam coexistir, a dois níveis diferentes, um nacional e o outro europeu, duas ações similares([243]).

Como constata Bobek([244]), nem sempre se encontra um adequado elemento de comparação para determinar o regime aplicável, ou seja, as normas poderão não ter o equivalente interno (nacional) que possa constituir um termo de comparação. Para o advogado-geral, quando o procedimento em causa diz respeito a um domínio harmonizado do direito da UE, é natural não existir um elemento de comparação a nível nacional([245]). E acrescenta: "Nestas condições, os processos equivalentes no direito interno devem ser comparados com o procedimento em causa na perspetiva do seu «objeto, da sua causa e dos seus elementos essenciais» num grau mais elevado de abstração, procurando simultaneamente na ordem jurídica nacional a analogia mais próxima com o processo ou norma do direito da União. No entanto, esta analogia mais próxima não pode ser tão abstrata ao ponto de abranger todo um domínio do direito, o que tornaria impossível um exercício de comparação".

Assim, e tendo em conta a importância de se ser claro quanto à natureza precisa da norma invocada e apreciada à luz do princípio da equivalência([246]), tem sido entendido que, caso não exista um termo comparativo, se considera que foi observado o princípio da equivalência([247]).

Neste âmbito foi sugerida uma abordagem, que poderá ser qualificada como "transversal" por não estar ligada a um ramo de direito em especial, que consiste em comparar as regras processuais aplicáveis a outras ações nacionais destinadas a assegurar, de um modo geral, a mesma finalidade ou que tenham um objeto análogo à ação da UE([248]). De facto, nem todos os casos que respeitam a uma área específica de direito são comparáveis([249]).

([242]) Conclusões de 9/3/1995, no ac. C-62/93 e de 12/5/98, no ac. C-326/96. V. Tridimas, Takis, *The general principles of EC law*, p. 281.

([243]) Conclusões de 12/5/1998, no ac. C-326/96.

([244]) Conclusões de 30/4/2019, no ac. C-556/17.

([245]) O sistema europeu de cobrança do IVA pode constituir um exemplo dessa situação, uma vez que as violações relacionadas com este imposto poderiam nunca ser consideradas análogas às violações relativas a qualquer outro imposto. A este respeito, v. conclusões de 13/7/2017, no ac. C-574/15.

([246]) Conclusões de 17/5/2017, no ac. C-217/16.

([247]) V. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 25.

([248]) Conclusões de 12/5/1998, no ac. C-326/96.

([249]) Conclusões de 11/9/2018, no ac. C-378/17, que refere que "[…] as ações em matéria de discriminação no emprego diferem quanto ao seu objetivo, à sua causa, e às suas características essenciais, consoante a *fonte* da discriminação".

A este respeito, o advogado-geral Bobek([250]) sublinha não ser um dado adquirido que a natureza da relação subjacente tenha de ser um fator central ou determinante na avaliação da semelhança das ações e na aplicação do princípio da equivalência, pois a decisão depende dos parâmetros do sistema nacional.

Também foi aventada uma conceção "vertical", que tem por referência o ramo do direito em causa([251]), tendo esta metodologia sido proposta pelo advogado-geral Léger que, nas suas conclusões([252]), também cita os acórdãos *Gillespie e o*.([253]) e *Draehmpaehl*([254]), uma vez que nestes processos o TJUE recorreu ao direito do trabalho([255]) para verificar se o princípio da equivalência era respeitado.

Como refere a advogada-geral Sharpston([256]), o princípio da equivalência não impõe o tratamento igual das regras processuais aplicáveis a processos de natureza diferente (como os processos cíveis, por um lado, e os processos administrativos, por outro) ou a processos relativos a ramos do direito diferentes.

Quanto à apelidada segunda fase, que respeita ao tratamento semelhante dos processos, importa recordar que os casos em que se suscita a questão de saber se uma disposição processual nacional, referente a processos baseados no direito da União, é menos favorável que as relativas aos processos semelhantes de natureza interna, devem ser analisados, pelo

---

([250]) Conclusões de 17/5/2017, no ac. C-217/16.

([251]) Conclusões de 12/5/98, no ac. C-326/96. Nas suas conclusões de de 24/9/2002, no ac. C--125/01, o advogado-geral Mischo também refere que "[…] penso que a comparação deve ser feita em relação aos prazos estabelecidos em regimes de **segurança social** [sublinhado nosso] comparáveis, próprios da ordem jurídica nacional". Nos ac. de 8/5/2008, *Ecotrade*, C-95/07 e C-96/07 e de 12/4/ /2018, *Biosafe*, C-8/17, o TJUE considera que um prazo se deve aplicar de igual modo aos direitos análogos **em matéria fiscal**, quer os mesmos se baseiam no direito interno, quer se baseiem no direito da UE. Também, no ac. de 28/3/2019, *Cogeco*, C-637/17, o TJUE refere que o princípio da equivalência, "[…] não foi violado, uma vez que é as regras nacionais relativas ao prazo de prescrição se aplicam tanto às ações de indemnização baseadas no direito da União como às baseadas no direito nacional e que a aplicabilidade das mesmas não depende da questão de saber se o direito de pedir a indemnização integral de um prejuízo decorre de uma violação das **regras nacionais da concorrência** ou do **direito da concorrência da União** [sublinhado nosso]".

([252]) Conclusões de 12/5/1998, no ac. C-326/96. Sobre estas conclusões, v. Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, pp. 47-48.

([253]) Ac. de 13/2/1996, *Gillespie e o*., C-342/93.

([254]) Ac. de 22/4/1997, *Draehmpaehl*, C-180/95. Sobre este ac., v. Brealey, Mark; Hoskins, Mark, *Remedies in EC law*, p. 110.

([255]) No despacho de 18/1/2011, *Berkizi-Nikolakaki*, C-272/10, o TJUE também se refere à necessidade de verificação da existência de recursos similares internos em matéria do **direito do trabalho**.

([256]) Conclusões de 28/4/2016, no ac. C-439/14 e C-488/14.

órgão jurisdicional nacional, tendo em conta o lugar que as regras em causa ocupam no processo, a tramitação deste e as suas particularidades. Esta análise pretende verificar se uma ação/processo/procedimento, aplicável aos pedidos baseados no direito da UE, é menos favorável do que as relativas aos processos similares de natureza interna. De facto, considerar que é assegurado um tratamento não discriminatório no que respeita a uma ação baseada no direito da União, apesar de ser concedido um tratamento diferente a uma ação baseada no direito nacional, seria contrário ao próprio sentido do princípio da equivalência([257]).

Deste modo, o órgão jurisdicional nacional deverá recorrer a uma avaliação contextual verificando, de maneira objetiva e abstrata, a similitude das normas em causa sob o ângulo da sua sistemática (tendo em conta o lugar dessa disposição no conjunto do processo, visto como um todo), da sua tramitação processual e das suas especificidades perante as diferentes instâncias nacionais([258]/[259]).

Daqui resulta, que os diferentes aspetos das modalidades processuais não podem ser analisados isoladamente, através de uma apreciação subjetiva e em função das circunstâncias de facto, devendo ser inseridos no seu contexto geral([260]).

([257]) Conclusões de 5/3/2020, nos ac. C-698/18 e C-699/18.

([258]) V. Prechal e Shelkoplyas, *National procedures, public policy and EC law*, pp. 590-591, Trstenjak, Verica; Beysen, Erwin, *European consumer* protection *law: Curia semper dabit remedium?*, pp. 103-104, Mariatte, F., *Encadrement de l`autonomie procédurale nationale*, p. 12, Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, pp. 12 e 25 e *The vicissitudes of life at the coalface: Remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts*, p. 423, Prechal, Sacha, *Commentaire sur l`affaire Levez, C-326/96*, p. 172, Huglo, Jean-Guy, *Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union Européenne en France*, p. 42.

([259]) Ac. de 1/12/1998, *Levez*, C-326/96, de 16/5/2000, *Preston*, C-78/98, de 24/3/2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, de 29/10/2009, *Pontin*, C-63/08, de 8/7/2010, *Bulicke*, C-246/09, de 8/9/2011, *Rosado Santana*, C-177/10, de 19/7/2012, *Littlewoods Retail*, C-591/10, de 29/10/2015, *BBVA*, C-8/14, de 9/11/2017, *Zagoriou*, C-217/16, de 31/5/2018, *Sziber*, C-483/16, de 26/9/2018, *Toeslagen*, C-175/17, de 26/9/2018, *X e Y*, C-180/17, de 11/9/2019, *Călin*, C-676/17, de 27/2/2020, *Land Sachsen-Anhalt*, C-773/18 a C-775/18, de 9/9/2020, *JP*, C-651/19. Conclusões de 23/1/1997, no ac. C-261/95, de 7/2/2013, no ac. C-536/11, de 17/5/2017, no ac. C-217/16, de 5/6/2018, no ac. C--234/17, de 29/7/2019, no ac. C-360/18. V., ainda, despacho de 18/1/2011, *Berkizi-Nikolakaki*, C-272/10.

([260]) V. Girerd, Pascal, *Les principes d´équivalence et d´effectivité: encadrement ou désencadrement de l´autonomie procédurale des Etats membres?*, p. 79 e Arnull, Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, p. 333. Ac. de 16/5/2000, *Preston*, C-78/98, de 24/3/2009. O advogado--geral Léger, nas suas conclusões de 14/9/1999, no ac. C-78/98, ilustra esta situação ao referir que "Em primeiro lugar, as regras que regulam a acção interna poderiam conter normas processuais simultaneamente mais favoráveis e mais restritas do que as que se aplicam às acções no processo principal. Assim, há que determinar se a comparação deve incidir sobre cada uma das normas processuais (uma comparação individual) ou se, pelo contrário, deve incidir sobre a totalidade das normas processuais

Trata-se de uma comparação global, objetiva e abstrata das modalidades processuais, que implica uma análise da disposição em causa e dos vários elementos do processo e permite, mais facilmente, encontrar meios compensatórios([261]).

Para Craig([262]) o TJUE desenvolveu, para avaliar a equivalência das normas nacionais, o mesmo "*context-specific balancing*" utilizado em relação ao princípio da efetividade e desenvolvido nos arestos de *Peterbroeck*([263]) e *van Schijndel*([264]) (como veremos *infra*).

No acórdão *Sziber*([265]), o advogado-geral Wahl([266]) chama a atenção para o facto de os processos judiciais serem, no seu conjunto, diferentes dos previstos em situações comparáveis, uma vez que haviam sido estabelecidos novos requisitos e processos. Conclui que a apreciação da equivalência das regras nacionais deveria ter em conta o objeto e os elementos essenciais dos novos processos, em comparação com processos similares

---

em causa (uma comparação global). Consequentemente, para determinar se as normas processuais instituídas […] são menos favoráveis do que as que regulam a acção interna, a House of Lords deverá proceder a uma comparação global dos diferentes aspectos das normas processuais aplicáveis". Para Leitão, Alexandra, *O princípio da efectividade do Direito Comunitário: Comentário ao acórdão do TJUE «Recheio — Cash &Carry, SA»*, p. 240, o TJUE, no ac. de 17/6/2004, *Cash & Carry*, C-30/02, "[…] foi sensível ao caso concreto e à globalidade do ordenamento jurídico português, não fazendo uma aplicação cega do princípio da efectividade".

([261]) V. Arnull, Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, p. 333, Mariatte, F., *Encadrement de l`autonomie procédurale nationale*, pp. 12-13 e Prechal, Sacha, *Commentaire sur l`affaire Levez, C-326/96*, p. 172. Ac. de 16/5/2000, *Preston*, C-78/98, de 24/3/2009. O advogado-geral Léger, nas suas conclusões de 14/9/1999, no ac. C-78/98, também ilustra esta situação ao referir que "Com efeito, a natureza «mais favorável» das normas que regulam a acção interna pode variar consoante as circunstâncias de facto das acções no processo principal. Assim, as normas processuais que regulam a acção interna poderiam ser consideradas *mais favoráveis* do que as normas aplicáveis às acções no processo principal para *algumas demandantes*, mas *menos favoráveis* do que as normas aplicáveis às acções no processo principal para *outras*. Tal divergência poderia induzir algumas requerentes a reclamar, com base no princípio da equivalência, a aplicação aos seus pedidos das normas processuais que regulam a acção interna. Por outro lado, outras demandantes poderiam pedir, com base no mesmo princípio da equivalência, a aplicação aos seus pedidos [de outras normas processuais]. […] pensamos que admitir tal aplicação do princípio da equivalência seria inconciliável com o princípio da segurança jurídica. Com efeito, os órgãos jurisdicionais nacionais seriam chamados a julgar as acções no processo principal com base em normas jurídicas divergentes. Consequentemente […] no quadro do princípio da equivalência, as normas processuais que regulam uma acção análoga de natureza interna e as normas processuais aplicáveis à acção fundada em violação do direito comunitário devem ser comparadas de modo objectivo e abstracto e não de modo subjectivo em função das circunstâncias de facto próprias das diferentes demandantes no processo principal".

([262]) V. Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *UE law: Text, cases, and materials*, p. 249.

([263]) Ac. de 14/12/1995, *Peterbroeck*, C-312/93.

([264]) Ac. de 14/12/1995, *van Schijndel e van Veen*, C-430/93 e C-431/93.

([265]) Ac. de 31/5/2018, *Sziber*, C-483/16.

([266]) Conclusões de 16/1/2018, no ac. C-483/16.

de natureza interna, pelo que a abordagem correta a adotar consistiria em determinar se os novos processos, no seu conjunto, protegiam os direitos dos particulares de forma tão eficaz, prática e oportuna, como as regras processuais normais.

A este respeito, coloca-se a questão de saber se a aplicação de normas processuais diferentes, em processos semelhantes, conduz automaticamente a uma violação do princípio da equivalência([267]).

A jurisprudência tende a ser algo ambígua no que respeita à definição do tratamento equivalente ou similar. Enquanto nalguns processos o TJUE adotou uma abordagem estrita, exigindo um tratamento idêntico (aplicado indiferentemente às ações baseadas no direito da União e no direito interno), noutros utiliza uma linguagem mais flexível, referindo que o tratamento, dos processos baseados no direito da União, não deve ser "menos favorável" do que o aplicável aos processos nacionais([268]). Esta última variação permite, claramente, a existência de uma pequena margem para diferenças, desde que as mesmas não tenham efeitos mais negativos sobre os processos decorrentes do direito da União, comparativamente aos processos baseados no direito nacional([269]).

Para o advogado-geral Bobek([270]), a equivalência requer, simplesmente, um tratamento não menos favorável dos processos da UE, por comparação aos processos nacionais similares, pelo que não implica uma identidade estrita das normas. Considera, ainda, que esta última abordagem é a mais razoável e abrangente, pois não só é a que está mais amplamente refletida na jurisprudência, como é a que reconhece e separa a expressão "autonomia" da frase "autonomia processual nacional", tendo em conta que algumas normas não se prestam, facilmente, a uma comparação objetiva.

Segundo este advogado-geral([271]), não existirá uma violação do princípio da equivalência, a menos que uma aplicação de normas não semelhantes resulte num tratamento menos favorável dos processos decorrentes do direito da União.

Ora, se a semelhança das normas, por definição, apenas pode ser avaliada em relação a uma norma específica e à sua aplicação ao caso concreto, a verificação dessa mesma semelhança, no sentido da ausência de

---

([267]) Conclusões de 17/5/2017, no ac. C-217/16.
([268]) Conclusões de 17/5/2017, no ac. C-217/16.
([269]) Conclusões de 17/5/2017, no ac. C-217/16.
([270]) Conclusões de 17/5/2017, no ac. C-217/16.
([271]) Conclusões de 17/5/2017, no ac. C-217/16.

um tratamento menos favorável em relação a todo um processo, é um trabalho muito difícil de concretizar.

A título de exemplo, no processo *Edis*([272]), o TJUE defende que o respeito pelo princípio da equivalência pressupõe que, tratando-se do mesmo tipo de imposição([273]), a modalidade controvertida se aplique indiferentemente às ações baseadas na violação do direito da UE e do direito interno. Igualmente, no acórdão *Târsia*([274]), considerou que o princípio da equivalência implicava um tratamento igual dos recursos similares fundados quer numa violação do direito nacional, quer do direito da UE, e não a equivalência das regras processuais nacionais aplicáveis a contenciosos de diferente natureza (diferentes tipos de processo) ou a diferentes ramos de direito (tais como civil e administrativo)([275]).

No mesmo sentido, para o advogado-geral Bobek([276]), a designação de tribunais cíveis e administrativos, para conhecer das ações semelhantes intentadas com base no direito da União e no direito nacional, não constitui, por si só, uma violação do princípio da equivalência. Só o será quando se traduzir, num ou mais dos seus elementos processuais concretos, num tratamento menos favorável das ações intentadas com base no direito da União([277]). Este

---

([272]) Ac. de 15/9/1998, *Edis*, C-231/96, onde o TJUE refere que "Assim, o direito comunitário não obsta a que a legislação de um Estado-Membro inclua, […] modalidades específicas de reclamação e de acção judicial menos favoráveis para a contestação das taxas e outras imposições. O mesmo não se verificava se essas modalidades fossem apenas aplicáveis às acções para restituição dessas taxas ou imposições baseadas no direito comunitário". No mesmo sentido, v. ac. de 15/9/1998, *Ansaldo Energia*, C-279/96 a C-281/96. Sobre estes ac., v. Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, p. 40. V., ainda, ac. de 27/2/1980, *Just*, C-68/79, de 10/7/1980, *Ariete*, C-811/79, de 10/7/1980, *Mireco*, C-826/79, de 15/9/1998, *Spac*, C-260/96, de 28/11/2000, *Roquette Frères*, C-88/99.

([273]) O ac.de 15/9/1998, *Ansaldo Energia*, C-279/96 a C-281/96, também refere "[…] tratando-se do mesmo tipo de imposição […]". Nos ac. de 26/4/2018, *Zabrus*, C-81/17 e de 30/4/2020, *CTT — Correios de Portugal*, C-661/18, estava em causa o IVA, tendo o TJUE entendido que se deveriam aplicar "[…] direitos análogos em matéria fiscal […]".

([274]) Ac. de 6/10/2015, *Târsia*, C-69/14. Neste ac., o TJUE também refere que "[…] o princípio da equivalência não é pertinente numa situação como a que está em causa no processo principal, que diz respeito a dois tipos de recursos, ambos fundados numa violação do direito da União". V., no mesmo sentido, ac. de 26/9/2018, *Toeslagen*, C-175/17, de 26/9/2018, *X e Y*, C-180/17, de 25/3/2021, *Narodna Banka*, C-501/18, de 14/7/2022, *EPIC*, C-274/21 e C-275/21. Conclusões de 21/12/2016, no ac. C-258/14, de 31/1/2019, no Despacho C-704/17.

([275]) Ac. de 6/10/2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14. No mesmo sentido, v. ac. de 30/6/2016, *Câmpean*, C-200/14 e de 14/7/2022, *EPIC*, C-274/21 e C-275/21.

([276]) Conclusões de 17/5/2017, no ac. C-217/16.

([277]) No mesmo sentido, no ac. de 12/2/2015, *Nóra Baczó*, C-567/13, foi solicitado ao TJUE que se pronunciasse quanto à questão de saber se a designação de tribunais de província para conhecer das ações intentadas com base no direito da União, nos casos em que os tribunais locais, ao abrigo da legislação nacional, seriam os competentes em litígios semelhantes, constituía uma violação do princí-

advogado-geral([278]) considera, ainda, que a avaliação clássica do requisito de equivalência assenta, normalmente, na comparação entre ações tratadas perante a mesma autoridade e no decurso de processos semelhantes.

Para Bobek([279]) o exercício de comparação entre os regimes processuais, aplicáveis aos direitos decorrentes da UE e aos nacionais, é uma tarefa problemática, pois visa identificar as eventuais diferenças entre a viabilidade processual destes regimes.

Este autor identifica três problemas com que o TJUE se irá defrontar nesta análise. O primeiro diz respeito à natureza subjetiva da comparação, uma vez que envolve um juízo de valor sobre o que é comparável o que, por sua vez, implica uma interpretação das normas nacionais (tarefa da exclusiva competência dos tribunais nacionais)([280]). O segundo problema centra-se na necessidade de existir um regime nacional que possa ser objeto de comparação, dado que, com a progressiva harmonização europeia de várias matérias, pode suceder que as normas processuais internas visem unicamente garantir a aplicação das normas da UE([281]). A necessidade de o TJUE ter um conhecimento detalhado das ordens jurídicas nacionais, constitui o terceiro problema, uma vez que o tribunal só possui a informação que lhe é fornecida pelos juízes nacionais e que se reporta ao caso concreto([282]).

---

pio da equivalência. O TJUE considerou que não, visto que "[a competência] dos tribunais de província para conhecer das ações intentadas com base em fundamentos que decorrem do direito da União não constitui necessariamente uma modalidade processual que possa ser qualificada de desfavorável".

([278]) Nas suas conclusões, de 7/9/2017, no ac. C-403/16, o advogado-geral Bobek refere que poderá optar-se por uma comparação relativa à matéria, mas com instâncias de decisão diferentes, ou vice-versa.

([279]) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, pp. 313-316.

([280]) Para Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 314, o TJUE não pode deixar de interpretar as normas nacionais, pois sem essa interpretação é impossível estabelecer uma comparação.

([281]) Como exemplo de regimes em que não existe termo de comparação nacional, Bobek cita os ac. de 10/7/1997, *Palmisani*, C-261/95, de 1/12/1998, *Levez*, C-326/96 e 29/10/2009, *Pontin*, C-63/08. No ac. de 27/2/2020, *Land Sachsen-Anhalt*, C-773/18 a C-775/18, o TJUE refere mesmo que "No que respeita à compatibilidade […] com o princípio da equivalência, o Tribunal de Justiça declarou igualmente que […] não havia assim, na verdade, processos equivalentes, antes da adoção desta lei […]". Nas suas conclusões, de 29/7/2019, no ac. C-360/18, a advogada-geral refere explicitamente que "[O princípio da equivalência constitui uma emanação do princípio geral da não discriminação. A este respeito, não é claro se existem ações judiciais similares a nível nacional ou se podem efetivamente ocorrer]".

([282]) Segundo Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 315, a informação que consta do processo de reenvio prejudicial é normalmente escassa. No limite o TJUE teria de analisar detalhadamente o ordenamento jurídico de todos os EM, tarefa ciclópica. Nas suas conclusões, de 26/7/2017, no ac. C-243/16, o advogado-geral Bot refere

Uma vez que a tarefa de comparar os diferentes processos nacionais exige um conhecimento aprofundado do direito interno, normalmente a mesma é deixada ao órgão jurisdicional de reenvio, que é o único a ter conhecimento direto das regras processuais aplicáveis aos diversos processos([283]), sendo que o papel do TJUE se deverá limitar à formulação de princípios com vista a facilitar o exame do caso concreto pelo juiz nacional([284]).

Porém, a preocupação de facultar, ao juiz nacional, uma resposta útil leva, por vezes, o TJUE a formular observações mais pormenorizadas quanto aos elementos de comparação possíveis([285]). Biondi([286]) entende mesmo que o TJUE abandonou a sua tradicional neutralidade para assumir um papel mais ativo e intervencionista, seguindo um caminho que, por implicar uma análise detalhada das legislações nacionais (tarefa que deve caber ao juiz nacional), acaba por diluir a distinção entre a interpretação e a decisão sobre o mérito da causa.

Contrariamente, para Prechal([287]), a jurisprudência do TJUE tem-se caracterizado pela flexibilidade, embora frequentemente contenha indicações demasiado vagas e abstratas face à necessidade de o juiz nacional

---

mesmo que o órgão judicial nacional não forneceu informação suficiente para a análise do princípio da equivalência. No processo de 9/7/2020, *Raiffeisen Bank*, C-698/18 e C-699/18 e respetivas conclusões de 5/3/2020, o órgão de reenvio informou o TJUE sobre as possíveis comparações entre as modalidades de aplicação de várias ações internas, identificando, para tal, o seu fundamento, objeto e elementos essenciais.

([283]) V. Arnull, Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, p. 333, Simon, Denys, *Encadrement de l'autonomie procédurale du droit national*, p. 11, Sevón, Leif — *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 59. Ac. de 6/12/2001, *Clean Car*, C-472/99, de 29/10/2009, *Pontin*, C-63/08, de 9/11/2017, *Zagoriou*, C-217/16, de 26/9/2018, *Toeslagen*, C-175/17, de 26/9/2018, *X e Y*, C-180/17, de 9/7/2020, *Raiffeisen Bank*, C-698/18 e C-699/18. Conclusões, de 7/9/2017, no ac. C-403/16, de 11/9/2018, no ac. C-378/17, de 31/1/2019, no Despacho C-704/17, de 29/7/2019, no ac. C-360/18. V., ainda, Despacho de 18/1/2011, *Berkizi-Nikolakaki*, C-272/10. Segundo o advogado-geral Léger, nas suas conclusões de 12/5/98 no ac. C-326/96, só o juiz nacional tem um conhecimento profundo das condições processuais nacionais e da sua prática pelos tribunais.

([284]) V. Girerd, Pascal, *Les principes d´équivalence et d´effectivité: encadrement ou désencadrement de l´autonomie procédurale des Etats membres?*, pp. 79-80.

([285]) Ac. de 19/6/2003, *Sante Pasquini*, C-34/02. Conclusões de 14/9/1999, no ac. C-78/98, de 12/7/2001, no ac. C-472/99, de 2/4/2009, no ac. C-69/08, de 7/9/2017, no ac. C-403/16.

([286]) V. Biondi, Andrea, *The European Court of Justice and certain national procedural limitations: Not such a tough relationship,* pp. 1274-1275, que cita as conclusões do advogado-geral Léger, de 12/5/98 no ac. C-326/96, como exemplo de uma atitude demasiado intrusiva em que se procura identificar uma ação similar no ordenamento nacional.

([287]) V. Prechal, Sacha, *Commentaire sur l`affaire Levez, C-326/96*, p. 171. Também Arnull, Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, p. 333, considera que o TJUE concede aos tribunais nacionais uma grande margem de discricionariedade.

possuir critérios, claros e concretos, que lhe permitam fazer uma análise coerente e uniforme da ação sujeita à sua apreciação.

A este respeito, Heukels([288]) considera que o TJUE não fornece elementos suficientemente detalhados por forma a facilitar a aplicação, pelo juiz nacional, deste princípio aos casos concretos.

Também Bobek([289]) aduz que, em virtude dos problemas práticos e teóricos da aplicação do princípio da equivalência, o TJUE raramente estabelece comparações entre os regimes processuais nacionais, só o fazendo a pedido do juiz, optando antes por remeter a decisão final para os tribunais nacionais. Para este autor não existe, nos arestos do Tribunal, qualquer estrutura concetual, teste ou mesmo diretrizes que facilitem a análise deste princípio, uma vez que o TJUE se tem recusado a estabelecer uma jurisprudência definitiva sobre o mesmo([290]).

Como refere Sevón([291]) "A jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria é complexa e a sua coerência não é facilmente apreensível. Parecem existir várias hipóteses quanto à intensidade da fiscalização exercida pelo Tribunal".

A este respeito, Bobek([292]) considera que o nível de fiscalização mais "brando" parece ter sido utilizado sobretudo face a conceitos e mecanismos de direito processual comuns às ordens jurídicas de todos os EM e, como tal, intrínsecos a qualquer sistema judicial (como a *res judicata*, os prazos de prescrição e de caducidade, etc.).

De facto, a jurisprudência do TJUE tem sido algo errática([293]). Nuns casos toma posição, sobre a questão de saber se uma disposição nacional é compatível com o princípio da equivalência([294]), através de indicações e de elementos de interpretação([295]) que indiciam o seu entendimento, mas

---

([288]) V. Heukels, Ton; Tib, Jamila, *Towards homogeneity in the field of legal remedies: Convergence and divergence*, p. 118.

([289]) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 315. V., no mesmo sentido, Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 26, Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 93.

([290]) V. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 26.

([291]) V. Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 60.

([292]) Conclusões de 14/1/2021, no ac. C-64/20.

([293]) V. Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *UE law: Text, cases, and materials*, pp. 247-248.

([294]) Conclusões de 7/2/2013, no ac. C-536/11, de 7/9/2017, no ac. C-403/16.

([295]) V. Prechal, Sacha, *Commentaire sur l`affaire Levez, C-326/96*, p. 171, que refere que o ac. de 10/7/1997, *Palmisani*, C-261/95, foi o primeiro em que o TJUE forneceu elementos ao juiz nacional para este utilizar aquando da análise do respeito pelo princípio da equivalência. Sobre este ac., v. Odman, Ayse, Joined Cases C-94 & 95/95, *Daniela Bonifaci*; Case C-373/95, *Federico Maso*; and Case C-261/95, *Palmisani v. INPS*, p. 1395, ss., Brealey, Mark; Hoskins, Mark, *Remedies in EC*

deixa a decisão final ao órgão jurisdicional nacional (que tem à sua disposição todos os elementos de facto e de direito)(296).

Já noutros casos, adota uma decisão definitiva, com base numa análise detalhada dos factos, sobre a compatibilidade ou não da regra nacional relevante com o princípio da equivalência(297). Nestas situações, Biondi(298) levanta a questão de saber se TJUE, ao analisar pormenorizadamente os factos, não se estará a substituir ao papel do juiz nacional.

---

law, pp. 109-110 e Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *UE law: Text, cases, and materials*, p. 262. Também nas suas conclusões de 14/9/1999, no ac. C-78/98, o advogado-geral Léger tenta encontrar uma ação de direito interno que possa considerar-se análoga às ações baseadas no direito da UE.

(296) Ac. de 10/4/2003, *Steffensen*, C-276/01, de 19/6/2003, *Sante Pasquini*, C-34/02, de 24/3/2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, de 29/10/2009, *Pontin*, C-63/08, de 8/9/2011, *Rosado Santana*, C-177/10, de 19/06/2014, *Land Berlin*, C-501/12 a C-506/12, C-540/12 e C-541/12, de 9/11/2017, *Zagoriou*, C-217/16, de 26/9/2018, *Toeslagen*, C-175/17, de 26/9/2018, *X e Y*, C-180/17, de 20/9/2018, *Rudigier*, C-518/17, de 23/4/2020, *Sole-Mizo*, C-13/18 e C-126/18, de 9/9/2020, *JP*, C--651/19. Conclusões de 28/11/2013, no ac. C-501/12 e de 24/1/2019, no ac. C-720/17. V. Prechal, Sacha- *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, p. 44.

(297) Ac. de 26/1/2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08. Sobre este ac., v. Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *UE law: Text, cases, and materials*, p. 263, Arnull, Anthony, *The principle of effective judicial protection in EU law: An unruly horse?*, pp. 61-62, Lenaerts, Koen, *National remedies for private parties in the light of the EU law principles of equivalence and effectiveness*, pp. 16-19, Kornezov, Alexander, *Res Judicata of national judgments incompatible with EU law: Time for a major rethink?*, p. 834 e Adinolfi, Adelina, *The "procedural autonomy" of member states and the constraints stemming from the ECJ's case law: Is judicial activism still necesssary?*, p. 285, que refere que, neste aresto, o TJUE conclui que o direito da União se opõe a uma regra de um EM por força da qual uma ação fundada em responsabilidade do Estado, por violação do direito da UE, só pode proceder se o demandante tiver esgotado previamente todas as vias de recurso internas destinadas a contestar a validade do ato administrativo lesivo, apesar de a mesma regra não ser aplicável a uma ação fundada em responsabilidade do Estado por violação da Constituição. Para esta autora, o TJUE prefere fazer uma avaliação da aplicabilidade do princípio da equivalência, sempre que a norma nacional tenha implicações constitucionais no próprio ordenamento da UE, dado que uma ação fundada em responsabilidade do Estado, por violação do direito da UE por uma lei nacional, é inerente ao sistema consagrado nos Tratados da UE. No ac. de 12/2/2015, *Nóra Baczó*, C-567/13, parece-nos mesmo que o TJUE foi longe demais na sua análise da observância, pelas normas nacionais, do princípio da equivalência. V., ainda, ac. de 18/1/2007, *City Motors Groep*, C-421/05, de 31/5/2018, *Sziber*, C-483/16 e respetivas conclusões de 16/1/2018, ac. de 24/10/2018, *XC e o.*, C-234/17. Nas suas conclusões de 30/4/2019, no ac. C-556/17, de 30/4/2019, no ac. C-620/17 e de 5/2/2019 no ac. C-676/17, o advogado-geral Bobek faz, igualmente, uma análise aprofundada e crítica do ordenamento jurídico nacional.

(298) V. Biondi, Andrea, *The European Court of Justice and certain national procedural limitations: Not such a tough relationship,* p. 1278, que dá como exemplo o ac. de 1/12/1998, *Levez*, C--326/96, onde o TJUE se envolve nas circunstâncias factuais do caso e na análise da respetiva legislação nacional. Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *UE law: Text, cases, and materials*, p. 248, também referem que, no ac. *Levez*, o TJUE dá orientações sólidas e precisas sobre a forma como o tribunal nacional deverá aplicar o princípio da equivalência. Segundo Prechal, Sacha, *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, p. 44, sempre que o TJUE assume uma postura mais intrusiva, corre o risco de perturbar a cooperação com o juiz nacional e, consequentemente, sobrecarregar o processo judicial. V., ainda, Heukels, Ton; Tib, Jamila, *Towards homogeneity in the field of legal remedies: Convergence and divergence*, p. 118.

No que concerne à análise deste princípio entendemos, tal como referido em alguns acórdãos e conclusões *supra* mencionados, que o papel do TJUE se deverá limitar à mera enunciação dos elementos caraterizadores do princípio da equivalência([299]) e dos elementos fundamentais à tomada de decisão, deixando ao tribunal nacional a apreciação e consequente aplicação da legislação nacional, nomeadamente através da identificação das ações ou dos recursos de direito nacional semelhantes aos baseados no direito da União([300]).

Como refere o TJUE([301]), compete ao juiz nacional([302]), que tem conhecimento direto das regras processuais do direito interno, verificar se estas são conformes ao princípio da equivalência, sendo que o Tribunal de Justiça deverá fornecer-lhe os elementos necessários à interpretação do direito da União([303]).

Claro que este procedimento comparativo está necessariamente eivado de um elevado grau de subjetividade inerente à escolha, pelos juízes nacionais, do termo de comparação, dos elementos fundamentais à mesma e do entendimento de qual poderá ser um tratamento mais ou menos favorável de determinado processo. Ora, na atual fase do direito europeu, esta subjetividade não é, nem pode ser, substituída por uma decisão do TJUE em sede de reenvio prejudicial.

([299]) V., ac. de 15/9/1998, *Edis*, C-231/96, onde o TJUE refere "O respeito do princípio de equivalência pressupõe, por seu lado, que, tratando-se do mesmo tipo de imposição, a modalidade controvertida se aplica indiferentemente às acções baseadas em violação do direito comunitário e às baseadas em violação do direito interno […]".

([300]) Conclusões de 5/3/2020, nos ac. C-698/18 e C-699/18.

([301]) Ac. de 30/6/2016, *Câmpean*, C-200/14 e de 30/6/2016, *Silvia Ciup*, C-288/14, de 23/4/2020, *Sole-Mizo*, C-13/18 e C-126/18, de 14/10/2020, *Valoris*, C-677/19.

([302]) Como refere o advogado-geral Wahl, nas suas conclusões de 16/1/2018, no ac. C-483/16, a resposta às questões submetidas nos processos não pode ser dada em abstrato, uma vez que exige uma análise aprofundada e casuística das regras internas pertinentes, sendo que o órgão jurisdicional nacional estará mais bem posicionado para realizar essa análise. Com efeito, por um lado, poderão existir aspetos relevantes das regras nacionais dos quais não tenha sido dado conhecimento ao TJUE. Por outro lado, este tribunal poderá também não ter uma ideia clara sobre a interação entre as regras específicas em causa e outras disposições ou princípios fundamentais do EM em questão.

([303]) Como refere Adinolfi, Adelina, *The "procedural autonomy" of member states and the constraints stemming from the ECJ's case law: Is judicial activism still necesssary?*, p. 289, a aplicação dos princípios da equivalência e da efetividade implica um conhecimento aprofundado dos ordenamentos nacionais, o que normalmente não se verifica, pelo que o TJUE opta por adotar soluções vagas que deverão ser aplicadas pelos juízes nacionais. Contudo, esta autora sublinha que a conduta do TJUE nem sempre é linear, sendo que algumas vezes deixa aos tribunais nacionais essa tarefa (ac. de 18/12/2008, *Sopropé*, C-349/07), enquanto noutras é o próprio TJUE a decidir (ac. de 13/7/2006, *Manfredi*, C-295/04 a C-298/04). V., ainda, conclusões de 26/7/2017, no ac. C-243/16.

Em suma, o juiz nacional deverá, em primeiro lugar, verificar a adequabilidade do processo ao direito invocado, caso esta premissa se confirme, e em segundo lugar, verificar da existência de um processo similar nacional, caso exista um processo similar interno, e em terceiro lugar, verificar se esse processo nacional é mais favorável do que o processo imposto ao particular.

2.2. O Princípio da Efetividade

O princípio da efetividade estabelece que as modalidades processuais, destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos particulares pelo direito da União, não devem tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática([304]), o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União([305]).

Nesta definição, à semelhança e com a fundamentação aduzida aquando da definição do princípio da equivalência, também suprimimos a menção a ações ou recursos.

O princípio da efetividade, também denominado princípio do efeito útil([306]), da eficácia([307]), do limiar mínimo de eficácia([308]), de eficácia mínima([309]), de mínima proteção([310]) ou de "*practical possibility*"([311]), pode ser visto como a expressão de um direito a uma tutela judicial efetiva, traduzindo-se na exigência de os EM preverem mecanismos, administrativos ou judiciais, que permitam aos cidadãos exercerem direitos fundados

---

([304]) Para Hilf, Meinhard, *The application of rules of national administrative law in the implementation of community law*, p. 90, este termo foi cuidadosamente escolhido tendo em conta os entraves que os EM podem criar ao exercício dos direitos conferidos aos particulares.

([305]) V., entre outros, ac. de 26/1/2012, *Allround*, C-218/10 e de 19/10/2017, *Raimund*, C--425/16. V., ainda, Kilpatrick, Claire, *The future of remedies in Europe*, pp. 3-4.

([306]) V. Oliver, Peter, *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, p. 351 e Joliet, René, *La protection juridictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques*, pp. 865-866.

([307]) Conclusões de 22/3/2001, no ac. C-453/99.

([308]) V. Ribeiro, Marta, *Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário*, p. 138.

([309]) V. Simon, Denys; Pietri, Martin, *La jurisprudence en matière de répétition de l'indu: Confirmations, précisions, infléchissements?*, p. 4 e Schmied, Frédéric, *L'accès des particuliers au juge de la légalité — L'apport de l'arrêt Unibet*, p. 166.

([310]) V. Prechal, Sacha, *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, p. 40, Tridimas, Takis, *Enforcing community rights in national courts: Some recent developments*, p. 41 e *The general principles of EC law*, p. 279. Para este autor, o termo efetividade reflete melhor a exigência deste princípio.

([311]) V. Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *UE law: Text, cases, and materials*, p. 228.

no ordenamento da UE e reagir, de forma eficaz e não excessivamente difícil, à sua violação([312]).

Para Dougan([313]), estamos perante um princípio mais "viril e volátil", que suscita um maior interesse académico, enquanto para Weatherill([314]) este princípio tem sido objeto de uma interpretação de tal forma extensiva que acaba por "corroer" a autonomia nacional.

Segundo Weatherill([315]) o princípio foi reformulado, em termos mais positivos, por forma a garantir que os direitos, decorrentes da UE, fossem eficazmente protegidos ao nível nacional, pelo que se tornou na chave para ultrapassar as limitações das normas processuais nacionais. Este autor considera tratar-se de um princípio subtil, proveniente do princípio da cooperação leal, que reúne as normas e os tribunais nacionais e os da UE.

Este princípio impõe-se a todos os poderes públicos — o legislativo, o executivo e o judicial — incidindo, essencialmente, "ao nível dos meios administrativos e judiciais de tutela dos cidadãos, incluindo a criação de mecanismos procedimentais e processuais e os respetivos pressupostos, tramitação e efeitos"([316]).

Deste modo, as normas processuais nacionais devem garantir um limiar básico de proteção dos direitos da UE, ou seja, devem conferir ao particular uma possibilidade adequada e efetiva de invocar esses direitos([317]), pelo que a questão da efetividade de um procedimento é, principalmente, uma questão estrutural e legal([318]).

Alguns autores([319]) estabelecem uma distinção entre o conceito de efetividade subjetiva, que se traduz no cumprimento do direito da UE por

---

([312]) V. Leitão, Alexandra, *O princípio da efectividade do Direito Comunitário: Comentário ao acórdão do TJUE «Recheio — Cash &Carry, SA»*, p. 235.

([313]) V. Dougan, Michael, *The vicissitudes of life at the coalface: Remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts*, p. 423.

([314]) V. Weatherill, Stephen, *Beyond EC law rights, national remedies*, p. 236.

([315]) V. Weatherill, Stephen, *Beyond EC law rights, national remedies*, pp. 236 e 238.

([316]) V. Leitão, Alexandra, *O princípio da efectividade do Direito Comunitário: Comentário ao acórdão do TJUE «Recheio — Cash &Carry, SA»*, p. 236.

([317]) Ac. de 21/12/2016, *TDC A/S*, C-327/15. Conclusões de 29/3/2007, no ac. C-429/05. V. Lenaerts, Koen, *National remedies for private parties in the light of the EU law principles of equivalence and effectiveness*, p. 14 e Barav, Ami, *La répétition de l`indu dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, pp. 531-538.

([318]) Conclusões de 7/9/2017, no ac. C-403/16.

([319]) V. Sérvulo Correia, Efectividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito da concorrência através de meios processuais administrativos e civis, *in Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, Coimbra, 2008, *apud* Leitão, Alexandra, *O princípio da efectividade do Direito Comunitário: Comentário ao acórdão do TJUE «Recheio — Cash &Carry, SA»*, p. 235.

parte de todas as autoridades e operadores económicos dos EM, e o conceito de efetividade objetiva que representa a "infraestrutura normativa" (procedimental e processual) que permite aos cidadãos o exercício dos direitos decorrentes da UE.

Schebesta(320), dando como exemplo o processo *Asturcom*(321), também chama a atenção para o facto de o TJUE recorrer a duas definições do princípio da efetividade; uma objetiva, que tem como finalidade a aplicação do direito da UE — "[…] torna impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito comunitário […]" — e, como tal, visa a proteção da lei em si mesma e a defesa de um interesse da sociedade; e outra subjetiva, que tem como finalidade o exercício de um direito — "[…] torna impossível, na prática, ou excessivamente difícil o exercício dos direitos […]" — pretendendo garantir a proteção de um interesse específico de um particular.

A este respeito, Dougan(322) salienta que o princípio da efetividade visa, essencialmente, garantir a aplicação do ordenamento jurídico da UE e só, incidentalmente, proteger os direitos individuais. Já para Steiner(323) este princípio tem uma dupla aplicação; proteger os direitos individuais e impedir que as partes violem o direito da UE.

Com efeito, este princípio visa salvaguardar a aplicação uniforme das normas da UE em todos os EM, ou seja, garantir a "integridade" da ordem jurídica europeia(324), pelo que tem sido defendido que o mesmo tem uma relação instrumental com o princípio da integração, por desempenhar um papel essencial na criação de um "Direito Comum Europeu"(325).

Como referimos, embora não seja consensual em toda a doutrina, este conceito tem uma natureza essencialmente prática e instrumental, visando auxiliar os tribunais na aplicação do direito da UE aos casos concretos.

---

(320) V. Schebesta, Hanna, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, p. 858.

(321) Ac. de 6/10/2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, onde são utilizadas as duas definições do princípio da efetividade.

(322) V. Dougan, Michael, *The vicissitudes of life at the coalface: Remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts*, p. 425.

(323) V. Steiner, Josephine, *Enforcing EC Law*, p. 44.

(324) V. Becker, Florian, *Application of Community law by member-states public authorities: Between autonomy and effectiveness*, pp. 1043-1044, que refere que este princípio tem sido utilizado, pelo TJUE, como um meio para desenvolver outros conceitos que visam assegurar a efetiva aplicação do direito da UE, tais como o efeito direto ou o primado.

(325) V. Leitão, Alexandra, *O princípio da efectividade do Direito Comunitário: Comentário ao acórdão do TJUE «Recheio — Cash &Carry, SA»*, p. 235.

Não é essa a opinião de Becker([326]), que defende que a autonomia processual só pode ser respeitada se o princípio da efetividade for entendido de uma forma generalizada e não enquanto defesa de uma posição individual, o que levaria ao desaparecimento do próprio conceito. Nestes termos, conclui que a autonomia processual só será preservada se a efetividade da legislação da UE não for avaliada com base em casos concretos, mas sim com base em casos gerais e abstratos, ou seja, quando as normas processuais nacionais tornam, em geral e abstratamente, impossível a aplicação de um conjunto de normas da UE([327]) (os casos individuais deverão ser aceites como uma consequência da autonomia processual nacional).

Nestas situações, levanta-se a questão de saber se o princípio da efetividade deverá ser avaliado de acordo com a proteção garantida ao particular num caso específico ou se deve existir um conceito harmonizado de proteção dentro da UE. Neste último caso, de harmonização positiva, terá de ser criado um conjunto unificado de critérios aplicáveis em todos os EM, com vista a garantir uma proteção efetiva dos particulares([328]).

No sentido oposto, Micklitz([329]) entende que o princípio da efetividade não é um conceito normativo, sendo mesmo questionável que tenha um núcleo normativo, uma vez que o TJUE o faz depender da "prática". De facto, o Tribunal de Justiça considera que, para saber se as exigências que decorrem do princípio da efetividade são respeitadas, há que apreciar não só o teor das regras processuais nacionais, como também o resultado da sua aplicação aos casos concretos([330]). Trata-se de uma apreciação casuística que tem como base o contexto de facto e de direito próprio de

---

([326]) V. Becker, Florian, *Application of Community Law by Member-States public authorities: Between autonomy and effectiveness*, pp. 1051-1056, que dá como exemplo o acórdão de 19/9/2006, *Germany e Arcor*, C-392/04 e C-422/04.

([327]) V. Becker, Florian, *Application of Community Law by Member-States public authorities: Between autonomy and effectiveness*, pp. 1051-1056, que, para ilustrar esta distinção, dá como exemplo um caso individual protegido por princípios gerais da UE, que leva a que a situação concreta tenha implicações gerais que ultrapassam a área específica em causa, afetando mesmo a essência, a estabilidade ou a coerência de determinado subsistema.

([328]) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 316.

([329]) V. Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 397.

([330]) Ac. de 9/11/2017, *Ispas*, C-298/16. No ac. de 19/3/2020, *PG*, C-406/18, o TJUE refere mesmo que "[…] pode acontecer que, tendo em conta o seu volume e as suas condições de trabalho ou a especial dificuldade de certos processos, o juiz que conhece de um recurso de uma decisão de indeferimento de um pedido de proteção internacional não esteja, materialmente, em condições de assegurar, no prazo de 60 dias que lhe é fixado, o respeito de todas as regras […] para cada um dos casos submetidos à sua análise".

cada processo e que não deve ser transposta, automaticamente, para domínios diferentes daquele em cujo âmbito foi emitida(331).

De facto, o TJUE tem vindo a propor, sempre que se coloca a questão de saber se uma disposição processual nacional torna impossível, ou excessivamente difícil(332), o exercício dos direitos conferidos pelo ordenamento da União, não uma avaliação abstrata, mas sim uma análise das circunstâncias específicas do caso concreto(333).

Para Tulibacka(334) a aceitação deste princípio representou uma evolução significativa sobre a relutante posição do TJUE em estabelecer "*standards*" europeus aplicáveis às normas processuais nacionais. Contudo, por ser um "*standard*" vago conduz, inevitavelmente, a uma certa ambiguidade na aplicação da lei(335).

Vários autores chamam a atenção para a evolução ocorrida na definição do âmbito de aplicação do conceito de efetividade, pois enquanto no aresto *Rewe*(336) se considerava que este princípio havia sido violado quando tornava impossível o exercício de um direito da UE, posteriormente passou-se a considerar que tal também sucedia quando tornava excessivamente difícil esse exer-

---

(331) Ac. de 21/11/2002, *Cofidis*, C-473/00 e conclusões de 19/4/2012, no ac. C-416/10. V. Girerd, Pascal, *Les principes d´équivalence et d´effectivité: encadrement ou désencadrement de l´autonomie procédurale des Etats membres?*, p. 80 e Dougan, Michael, *The vicissitudes of life at the coalface: Remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts*, p. 419.

(332) Vários termos são utilizados como sinónimos do "impossível ou excessivamente difícil", tais como "*virtually impossible*", "*practically impossible*" e "*unduly difficult*". V. Hoskins, Mark, *Tilting the balance: Supremacy and national procedural rules*, p. 366.

(333) Conclusões de 28/2/2013, no ac. C-32/12. V., ainda, conclusões de 27/10/2009, no ac. C--91/08, nas quais o advogado-geral Yves Bot refere "Nesta medida, os Estados-Membros devem basear-se nos princípios subjacentes ao seu sistema jurisdicional nacional, examinar a medida em que esse poder de injunção se insere no conjunto das vias jurídicas existentes e ter em conta os poderes já conferidos ao juiz nacional". Igualmente, nas suas conclusões de 14/1/2021, no ac. C-64/20, o advogado-geral Bobek aduz que "[…] é a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça que de facto exige que os órgãos jurisdicionais nacionais tenham em conta, no exercício do seu poder discricionário relativo aos meios de ação e às medidas de reparação pedidos, elementos como os indicados pelo órgão jurisdicional de reenvio: um atraso excessivo na propositura da ação, a não utilização de outros meios processuais mais adequados, a falta de franqueza do demandante, o facto de o demandante agir de má fé, prejuízo para terceiros e questão de saber se o deferimento da pretensão não serve nenhuma finalidade útil".

(334) V. Tulibacka, Magdalena, *Europeanization of civil procedures: In search of a coherent approach*, p. 1537.

(335) V. Himsworth, Christopher, *Things fall apart: The harmonisation of Community judicial procedural protection revisited*, p. 310.

(336) Ac. de 16/12/1976, *Rewe*, C-33/76. Sobre este ac., v. Bridge, John, *Procedural aspects of the enforcement of European Community law through the legal systems of Member States*, pp. 32-34, Wyatt, Derrick, *National periods of limitation as a bar to Community rights*, pp. 122-125, Nafilyan, Gérard, *Note sur l`affaire Rewe*, pp. 96-99, Kovar, Robert, *Droit communautaire et droit procedural national*, pp. 241-243.

cício([337]). Trstenjak([338]) defende que este alargamento concedeu ao TJUE uma maior margem de discricionariedade para analisar o ordenamento nacional e ter em conta as suas particularidades, nomeadamente o caráter proporcional de uma restrição processual em face dos objetivos prosseguidos pela mesma.

Nesta sequência, De Búrca([339]) considera que seria preferível substituir este critério, de tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício de direitos, pelo da adequabilidade e efetividade das medidas adotadas, pois entende que este último conceito é mais positivo e propiciador de decisões mais robustas.

Já na opinião de Micklitz([340]), ao baixar o nível de intervenção para o "excessivamente difícil", o TJUE abre a porta à possibilidade de instrumentalizar este princípio em duas direções opostas, que se podem concretizar na fixação de um maior ou um menor grau de exigência para a sua aplicação. Este autor conclui que, sendo o princípio da efetividade um conceito empírico, por exigir a verificação da existência de meios nos EM, o mesmo permite justificar qualquer decisão, sendo esta debilidade do conceito a razão da inconsistência das decisões do TJUE([341]). No mesmo sentido, Steiner([342]) realça que o maior problema do princípio em causa é a incerteza que cria por não permitir uma avaliação objetiva. Com efeito, se é relativamente fácil saber quando se torna impossível ou excessivamente difícil o exercício de um direito, tal não acontece sempre que se pretende saber se a proteção conferida, pelo ordenamento nacional, é efetiva, suficientemente efetiva ou adequada.

Prechal([343]) constata a existência de uma diferença de grau entre o impossível e o excessivamente difícil([344]), embora defenda que o TJUE

([337]) No mesmo sentido, v. Arnull, Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, p. 279 que, dando como exemplo o ac. de 9/11/1983, *San Giorgio*, C-199/82, considera que esta expressão se traduz numa exigência marcadamente inferior. Para Tridimas, Takis, *The general principles of EC law*, p. 280, o ac. *San Giorgio* foi o primeiro a introduzir a expressão "excessivamente difícil". V., ainda, Brealey, Mark; Hoskins, Mark, *Remedies in EC law*, p. 111, Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 306, Steiner, Josephine, *Enforcing EC Law*, p. 43.

([338]) V. Trstenjak, Verica; Beysen, Erwin, *European consumer* protection *law: Curia semper dabit remedium?*, pp. 102-103.

([339]) V. De Búrca, Gráinne, *National procedural rules and remedies: The changing approach of the court of justice*, p. 38.

([340]) V. Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 397.

([341]) V. Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 398.

([342]) V. Steiner, Josephine, *Enforcing EC Law*, pp. 45, 55-56.

([343]) V. Prechal, Sacha, *Directives in European Community Law*: *A study of directives and their enforcement in national courts*, p. 152.

([344]) Nas suas conclusões, de 21/11/2013, no ac. C-482/12, o advogado-geral Wahl dá como

não tem qualquer intenção de ampliar o alcance do "excessivamente difícil".

Bobek(345) salienta, ainda, que o alargamento do conceito da efetividade o transformou num princípio não legal, uma vez que ficou sem limites. Este autor defende que quando o conceito se limitava à verificação de uma impossibilidade, a sua aplicação era clara pois circunscrevia-se aos casos em que inexistia um processo, um prazo, etc. Já o seu alargamento às situações em que o exercício de um direito é excessivamente difícil leva, por um lado, a que a maioria das normas nacionais, que limitam o exercício de um direito, possam ser abrangidas por esta definição e, por outro, a que este princípio seja utilizado para justificar os resultados alcançados, pelo que acaba por ter um diferente significado consoante o caso analisado.

A advogada-geral Sharpston(346) sublinha que, em última instância, o importante é assegurar que os direitos que a União confere aos particulares beneficiam do maior grau de proteção possível, pelo que não é praticável restringir a análise do princípio da efetividade à verificação da suscetibilidade de um requisito processual tornar o exercício de um direito impossível ou excessivamente difícil, na prática. Ao invés, e tendo em conta o contexto específico, o critério da efetividade tem, necessariamente, de contemplar a verificação da suscetibilidade de tal requisito comprometer o direito conferido ao particular.

Esta advogada-geral(347) explicita que o critério da efetividade não consiste em saber se uma determinada ação é complexa (por exemplo os pedidos de indemnização são, em geral, complexos), mas antes se eventuais problemas práticos (por exemplo de quantificação) são suficientes para tornar uma ação impossível na prática ou excessivamente difícil.

Como sintetiza o advogado-geral Sánchez-Bordona(348), do ponto de vista deste princípio, o que é determinante não é a questão de saber que solução protegeria mais um direito, mas sim saber se a que existe dificulta

---

exemplo de uma proteção impossível, o ac. de 14/3/2013, *Aziz*, C-415/11 e de uma proteção excessivamente difícil, o ac. de 14/6/2012, *Camino*, C-618/10.

(345) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 316.

(346) Conclusões de 28/4/2016, no ac. C-439/14 e C-488/14.

(347) Conclusões de 30/11/2006, no ac. C-432/05. A advogada-geral acrescenta, ainda, que aceitar que problemas práticos de quantificação sejam suficientes para tornar uma ação de indemnização impossível na prática ou excessivamente difícil, poria radicalmente em causa a jurisprudência do TJUE, segundo a qual os EM são obrigados a reparar os prejuízos, causados aos particulares, pelas violações do direito da União que lhes sejam imputáveis.

(348) Conclusões de 12/9/2019, no ac. C-666/18.

excessivamente a sua defesa, ao ponto de poder dissuadir a pessoa em causa de iniciar um procedimento judicial.

Neste âmbito, tem sido mencionada a introdução, no processo *Impact*([349]), de uma fórmula inovadora destinada a avaliar a efetividade de uma norma processual — os denominados "inconvenientes processuais" —, que podem ser de natureza a tornar excessivamente difícil o exercício de direitos. Este critério pode, ainda, indiciar que o TJUE não pretende focar-se unicamente na efetividade, mas igualmente na adequação da organização processual e institucional de cada EM([350]).

Nas suas conclusões([351]), o advogado-geral Bot aduz que os inconvenientes, decorrentes da repartição de competências entre dois órgãos jurisdicionais especializados, não violam o princípio da efetividade, sendo que o mesmo já não aconteceria se estivéssemos perante a inexistência de uma ação ou de grandes dificuldades para a intentar. Contudo, o advogado-geral não deixa de citar o aresto *Impact*([352]) para referir que estes inconvenientes podem não ser conformes ao princípio da efetividade se, das normas internas, resultarem inconvenientes processuais para os particulares, em termos designadamente de custas, de duração e de regras de representação, suscetíveis de tornar excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo ordenamento da UE.

A questão que se coloca seguidamente é a de saber a partir de que grau as modalidades processuais nacionais tornam impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da UE([353]).

Como refere o advogado-geral Szpunar([354]), as disposições nacionais não podem ser estruturadas de modo dificultar, para além do necessário, o exercício de um direito.

Para tal, devem ser tidos em consideração dois elementos:

(*i*) o contexto em que a norma se insere ("*context-related*")([355]); e

---

([349]) Ac. de 15/4/2008, *Impact*, C-268/06.

([350]) V. Van Cleynenbreugel, Pieter, *Judge-made standards of national procedure in the post-Lisbon constitutional framework*, p. 92.

([351]) V. conclusões, de 26/7/2017, no ac. C-243/16, nas quais o advogado-geral refere que "[…] devem ser ponderadas as vantagens e os inconvenientes da escolha de repartição de competências entre dois órgãos jurisdicionais especializados".

([352]) Ac. de 15/4/2008, *Impact*, C-268/06. V., no mesmo sentido, ac. de 14/9/2016, *Andrés*, C-184/15 e C-197/15.

([353]) V. Canivet, Guy; Huglo, Jean-Guy, *L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schijndel et Peterbroeck*, p. 1.

([354]) Conclusões de 18/2/2016, nos ac. C-200/14 e C-288/14.

([355]) Ac. de 20/5/2010, *Scott e Kimberly Clark*, C-210/09.

(*ii*) o elemento de equilíbrio ("*balancing-element"*), sendo os mesmos, implicitamente ou explicitamente, aplicados pelo TJUE([356]).

Propõe-se, deste modo, que se tenha em conta, em primeiro lugar, a colocação da disposição nacional no conjunto do processo, visto como um todo, a sua tramitação e as suas particularidades perante as várias instâncias nacionais([357]), ou seja, uma disposição deve ser analisada à luz da sua

---

([356]) V. Jansen, Sanne, *Price reduction as a consumer sales remedy and the powers of national courts: Duarte Hueros*, p. 982.

([357]) Ac. de 14/12/1995, *Peterbroeck*, C-312/93, de 14/12/1995, *van Schijndel e van Veen*, C-430/93 e C-431/93, de 27/2/2003, *Santex*, C-327/00, de 21/11/2002, *Cofidis*, C-473/00, de 4/12/ /2003, *Evans*, C-63/01, de 10/4/2003, *Steffensen*, C-276/01, de 13/3/2007, *Unibet*, C-432/05, de 3/9/2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, de 6/10/2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, de 29/10/2009, *Pontin*, C-63/08, de 8/9/2011, *Rosado Santana*, C-177/10, de 4/10/2012, *Byankov*, C--249/11, de 27/2/2014, *Pohotovos`s*, C-470/12, de 10/9/2014, *Kusionová*, C-34/13, de 18/12/2014, *Finance SA*, C-449/13, de 4/6/2015, *Faber*, C-497/13, de 12/2/2015, *Surgicare*, C-662/13, de 29/10/ /2015, *BBVA*, C-8/14, de 1/10/2015, *Sugár*, C-32/14, de 18/2/2016, *E.F.C., SA*, C-49/14, de 17/7/2014, *Morcillo*, C-169/14, de 21/4/2016, *Radlinger*, C-377/14, de 11/11/2015, *GmbH*, C-505/14, de 30/6/ /2016, *Câmpean*, C-200/14, de 30/6/2016, *Silvia Ciup*, C-288/14, de 14/4/2016, *Caixabank*, C-381/14 e C-385/14, de 14/9/2016, *Andrés*, C-184/15 e C-197/15, de 20/10/2016, *Danqua*, C-429/15, de 21/12/2016, *TDC A/S*, C-327/15, de 15/3/2017, *Aquino*, C-3/16, de 4/10/2018, *Kantarev*, C-571/16, de 22/2/2018, *INEOS*, C-572/16, de 26/9/2018, *Toeslagen*, C-175/17, de 26/9/2018, *X e Y*, C-180/17, de 24/10/2018, *XC e o.*, C-234/17, de 2/4/2020, *CRPNPAC*, C-370/17 e C-37/18, de 7/11/2018, *K e B*, C-380/17, de 14/2/2019, *Nestrade*, C-562/17, de 11/9/2019, *Călin*, C-676/17, de 19/12/2019, *Cargill Deutschland*, C-360/18, de 26/6/2019, *Addiko Bank*, C-407/18, de 12/12/2019, *Aktiva Finants*, C--433/18, de 25/3/2021, *Narodna Banka*, C-501/18, de 9/7/2020, *Raiffeisen Bank*, C-698/18 e C--699/18, de 14/5/2020, *B e o.*, C-749/18, de 27/2/2020, *Land Sachsen-Anhalt*, C-773/18 a C-775/18, de 9/7/ /2020, *Vueling Airlines*, C-86/19, de 20/5/2021, *X*, C-120/19, de 16/7/2020, *Caixabank*, C--224/19 e C--259/19, de 22/4/2021, *Credit Slovakia*, C-485/19, de 4/6/2020, *Kancelaria*, C-495/19, de 17/5/2022, *Ibercaja Banco*, C-600/19, de 9/9/2020, *JP*, C-651/19, de 14/10/2020, *Valoris*, C-677/19, de 17/5/ /2022, *SPV Project*, C-693/19 e C-831/19, de 17/5/2022, *România*, C-725/19, de 10/6/2021, *BNP Paribas*, C-776/19 a C-782/19, de 17/5/2022, *Unicaja Banco*, C-869/19, de 10/3/2022, *Grossmania*, C-177/20, de 28/6/2022, *Comissão/Espanha*, C-278/20, de 7/4/2022, *Caixabank II*, C-385/20, de 8/9/2022, *D.B.P.*, C-80/21 a C-82/21, de 17/11/2022, *Harman,* C-175/21, de 22/9/2022, *Servicios EFC*, C-215/21, de 22/9/2022, *Vicente*, C-335/21. V, ainda, despachos de 18/1/2011, *Berkizi-Nikolakaki*, C-272/10, de 21/6/2016, *Aktiv Kapital*, C-122/14, de 16/7/2015, *Sánchez Morcillo*, C-539/14, de 3/7/2019, *Bankia*, C-486/16 e conclusões de 23/1/1997, no ac. C-261/95, de 25/3/2010, no ac. C--439/08, de 21/11/2013, no ac. C-482/12, de 12/7/2016, no ac. C-154/15, C-307/15 e C-308/15, de 30/3/2017, no ac. C-73/16, de 26/7/2017, no ac. C-243/16, de 5/7/2017, no ac. C-374/16 e C--375/16, de 30/1/2018, no ac. C-660/16 e C-661/16, de 11/9/2018, no ac. C-378/17, de 30/4/2019, no ac. C-556/17, de 14/1/2021, no ac. C-64/20. Referindo-se ao ac. de 3/9/2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, Orzan, Massimo Francesco, *Ops… the ECJ did it again! The relationship between the principle of effectiveness of EU law and the principle of legal certainty in the ECJ case-by-case approach*, pp. 63-69, defende que a apreciação "*case-by-case*" não pode ser considerada como arbitrária, incerta e revelando falta de critérios, uma vez que reflete um balanço, em particular das circuntâncias legais e factuais, entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica. V., ainda, Van Dam; Van Eijsden, *Ex officio application of EC law by national courts of law in tax cases, discretionary authority or an obligation?*, p. 17 e Prechal, Sacha, *EC requirements for an effective remedy*, p. 8.

inserção sistemática e do papel que desempenha na tramitação do processo como um todo([358]).

Em segundo lugar, poder-se-á tomar em consideração, se necessário, os princípios que estão na base do sistema jurisdicional nacional, tais como a proteção dos direitos de defesa([359]), o princípio da segurança jurídica([360]), a correta tramitação do processo([361]), a economia processual([362]) (o bom desenrolar do processo)([363]) e a autoridade das decisões judiciais([364]).

([358]) V. Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 64 e ac. de 9/7/2020, *Vueling Airlines*, C-86/19.

([359]) V. conclusões de 31/1/2013, no ac. C-418/11, onde se refere que "[…] quanto ao princípio do respeito dos direitos de defesa, […] resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que esses direitos são direitos fundamentais que exigem, por um lado, que se comuniquem ao interessado os elementos que lhe são imputados para fundamentar o ato que lhe é lesivo e, por outro, que lhe deve ser permitido expor oportunamente o seu ponto de vista sobre esses elementos. O respeito pelos direitos de defesa deve ser assegurado em qualquer processo suscetível de culminar num ato que afete os interesses do destinatário".

([360]) No ac. de 13/10/2016, *Prezes*, C-231/15, o TJUE refere que "[…] o princípio da segurança jurídica, que tem por corolário o princípio da proteção da confiança legítima, exige, por um lado, que as normas jurídicas sejam claras e precisas e, por outro, que a sua aplicação seja previsível para os cidadãos". No mesmo sentido, v. ac. 21/6/2007, *ROM*, C-158/06, de 8/3/2017, *Euro Park*, C-14/16 e de 20/12/2017, *Global Starnet*, C-322/16, de 28/02/2019, *Alfamicro/Comissão*, C-14/18 P, de 30/9/20120, *CPAS de Liège*, C-233/19 e conclusões de 12/7/2016, no ac. C-154/15, C-307/15 e C-308/15 e de 11/2/2021, no ac. C-579/19. V. Meisse, Éric, *Portée de l'autonomie procédurale nationale*, p. 12.

([361]) No ac. de 20/10/2016, *Danqua*, C-429/15, o TJUE refere que "[…] há que examinar se um prazo de caducidade […] pode ser justificado para garantir a correta tramitação do processo de apreciação de um pedido de proteção subsidiária, atendendo às consequências daí decorrentes para a aplicação do direito da União".

([362]) V. Schebesta, Hanna, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, p. 859, que ainda acrescenta o princípio do enriquecimento sem causa.

([363]) Ac. de 14/12/1995, *Peterbroeck*, C-312/93, de 14/12/1995, *van Schijndel e van Veen*, C-430/93 e C-431/93, de 4/12/2003, *Evans*, C-63/01, de 29/10/2009, *Pontin*, C-63/08, de 8/9/2011, *Rosado Santana*, C-177/10, de 5/12/2013, *Castilla y León*, C-413/12, de 27/2/2014, *Pohotovos`s*, C-470/12, de 12/2/2015, *Surgicare*, C-662/13, de 29/10/2015, *BBVA*, C-8/14, de 1/10/2015, *Sugár*, C-32/14, de 18/2/2016, *E.F.C., SA*, C-49/14, de 17/7/2014, *Morcillo*, C-169/14, de 11/11/2015, *GmbH*, C-505/14, de 14/9/2016, *Andrés*, C-184/15 e C-197/15, de 20/10/2016, *Danqua*, C-429/15, de 21/12/2016, *TDC A/S*, C-327/15, de 15/3/2017, *Aquino*, C-3/16, de 22/2/2018, *INEOS*, C-572/16, de 24/10/2018, *XC e o.*, C-234/17, de 2/4/2020, *CRPNPAC*, C-370/17 e C-37/18, de 14/2/2019, *Nestrade*, C-562/17, de 11/9/2019, *Călin*, C-676/17, de 19/12/2019, *Cargill Deutschland*, C-360/18, de 26/6/2019, *Addiko Bank*, C-407/18, de 12/12/2019, *Aktiva Finants*, C-433/18, de 25/3/2021, *Narodna Banka*, C-501/18, de 9/7/2020, *Raiffeisen Bank*, C-698/18 e C-699/18, de 14/5/2020, *B e o.*, C-749/18, de 27/2/2020, *Land Sachsen-Anhalt*, C-773/18 a C-775/18, de 20/5/2021, *X*, C-120/19, de 16/7/2020, *Caixabank*, C-224/19 e C-259/19, de 22/4/2021, *Credit Slovakia*, C-485/19, de 17/5/2022, *Ibercaja Banco*, C-600/19, de 9/9/2020, *JP*, C-651/19, de 14/10/2020, *Valoris*, C-677/19, de 17/5/2022, *SPV Project*, C-693/19 e C-831/19, de 17/5/2022, *România*, C-725/19, de 10/6/2021, *BNP Paribas*, C-776/19 a C-782/19, de 17/5/2022, *Unicaja Banco*, C-869/19, de 10/3/2022, *Grossmania*, C-177/20, de 28/6/2022, *Comissão/Espanha*, C-278/20, de 7/4/2022, *Caixabank II*, C-385/20, de 8/9/2022, *D.B.P.*, C-80/21 a C-82/21, de 17/11/2022, *Harman,* C-175/21, de 22/9/2022, *Servicios EFC*, C-215/21. V., ainda, despachos de 18/1/2011, *Berkizi-Nikolakaki*, C-272/10, de 21/6/2016, *Aktiv Kapital*, C-122/14, de 16/7/

Isto significa que uma norma processual, que viole o princípio da efetividade, pode ser justificada por alguns princípios fundamentais do sistema legal interno([365]).

Parece-nos que o *iter* cognoscitivo, a seguir pelo juiz nacional, é composto por três fases:

(*i*) a análise da norma nacional inserida no conjunto do processo ou procedimento em causa;

(*ii*) a análise do procedimento ou processo em causa tendo em conta todo ordenamento jurídico nacional, nomeadamente, tomando em consideração, se necessário, os princípios basilares e orientadores do sistema nacional e, por fim;

(*iii*) a suscetibilidade da norma processual, enquadrada num procedimento e no ordenamento jurídico nacional, tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício de um direito conferido pela ordem jurídica da UE.

Esta análise, ao facultar uma visão completa do contexto factual e legal de cada caso([366]), justifica a autonomia processual dos EM, ao mesmo tempo que previne a existência de eventuais impedimentos à aplicação das normas europeias([367]). Cabe, em princípio, ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar a compatibilidade das medidas nacionais com estes princípios, tendo em conta todas as circunstâncias do processo([368]).

/2015, *Sánchez Morcillo*, C-539/14 e conclusões de 23/1/1997, no ac. C-261/95, de 25/3/2010, no ac. C-439/08, de 7/2/2013, no ac. C-536/11, de 30/3/2017, no ac. C-73/16, de 26/7/2017, no ac. C-243/16, de 5/7/2017, no ac. C-374/16 e C-375/16, de 30/1/2018, no ac. C-660/16 e C-661/16, de 30/4/2019, no ac. C-556/17, de 14/1/2021, no ac. C-64/20. V. Van Dam; Van Eijsden, *Ex officio application of EC law by national courts of law in tax cases, discretionary authority or an obligation?*, p. 17, que cita como exemplos os ac. de 14/12/1995, *van Schijndel e van Veen*, C-430/93 e C-431/93, de 7/6/2007, *van der Weerd*, C-222/05 a C-225/05 e de 25/11/2008, *Firma Schaap*, C-455/06.

([364]) Ac. de 14/4/2016, *Caixabank*, C-381/14 e C-385/14.

([365]) V. Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 63.

([366]) No ac. de 28/3/2019, *Cogeco*, C-637/17, processo de reenvio prejudicial português, o TJUE considerou que, em primeiro lugar, haveria que analisar todos os elementos do regime de prescrição português para, em segundo lugar, ter em conta as especificidades dos processos abrangidos pelo direito da concorrência, mais especificamente, a circunstância de a propositura das ações de indemnização por infração ao direito da concorrência da União necessitarem, em princípio, da realização de uma análise factual e económica complexa. V., no mesmo sentido, ac. de 21/1/2021, *Import Export*, C-308/19 e respetivas conclusões de 3/9/2020.

([367]) V. Pavillon, Charlotte, *Case C-168/05 Mostaza Claro, The unfair contract terms directive: The ECJ`s third intervention in domestic procedural law*, p. 742.

([368]) Conclusões de 5/7/2017, no ac. C-374/16 e C-375/16.

Como refere Sevón([369]), serão aceites limitações ao princípio da autonomia processual, na medida em que as normas nacionais prossigam objetivos compatíveis com a ordem jurídica da UE e, em especial, na medida em que esses objetivos façam parte do património jurídico comum aos EM.

Acresce que o TJUE exige, ainda, uma justificação razoável para que se possa admitir uma limitação ao princípio da efetividade([370]), pelo que só se deverá recorrer ao mesmo se e na medida em que for absolutamente necessário para garantir a aplicação de uma norma, devendo, para tal, ter em consideração todo o ordenamento jurídico nacional([371]).

Para Jansen([372]) é muito importante que o TJUE, ao aplicar o princípio da efetividade, não só tenha em consideração o contexto processual das normas nacionais, como também procure alcançar um equilíbrio entre as normas processuais nacionais e as europeias, o que lhe permitirá ter um maior conhecimento da complexidade e das características intrínsecas dos ordenamentos nacionais.

Assim, o que é exigido, da perspetiva do direito da União, é uma correlação razoável entre os direitos, a violação e o tipo e o alcance dos meios de ação e da medida de eventual reparação a conceder, à luz dos factos e as circunstâncias do processo.

Cada processo deve ser apreciado no seu próprio contexto e na sua dimensão, pelo que o órgão jurisdicional nacional deverá encontrar, para cada litígio, a solução mais adequada tendo em conta o caso específico e todas as circunstâncias pertinentes([373]).

Neste contexto, poder-se-á recorrer aos princípios da proporcionalidade([374]), da razoabilidade, da lealdade e da cooperação([375]), sendo que

---

([369]) V. Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 63.

([370]) Ac. de 14/12/1995, *Peterbroeck*, C-312/93, de 14/12/1995, *van Schijndel e van Veen*, C-430/93 e C-431/93, de 3/9/2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, de 13/3/2007, *Unibet*, C-432/05, de 8/7/2010, *Bulicke*, C-246/09. V., ainda, conclusões de 2/9/2010, no ac. C-279/09.

([371]) V. Anagnostaras, Georgios, *The quest for an effective remedy and the measure of judicial protection afforded to putative Community law rights*, pp. 731-732.

([372]) V. Jansen, Sanne, *Price reduction as a consumer sales remedy and the powers of national courts: Duarte Hueros*, p. 982, que dá como exemplo, da análise do contexto processual nacional e das circunstâncias do caso concreto, o ac. de 3/10/2013, *Soledad*, C-32/12.

([373]) Conclusões de 14/1/2021, no ac. C-64/20. Segundo o advogado-geral "[…] esta exigência não se limita apenas ao direito da União, sendo inerente a qualquer sistema jurídico europeu moderno. Não me parece que a muito reverenciada efetividade do direito da União deva ser invocada como um meio de, de facto, regressar, perante um órgão jurisdicional nacional em que esteja potencialmente em causa o direito da União, a uma forma de julgar rígida, inflexível, e, por conseguinte, absolutamente desproporcionada […]".

([374]) Ac. de 27/6/2018, *Diallo*, C-246/17 e de 7/4/2022, *IFAP*, C-447/20 e C-448/20.

([375]) V. Jansen, Sanne, *Price reduction as a consumer sales remedy and the powers of national*

este último, previsto no n.º 3 do art. 4.º do TUE(376), estabelece que o juiz nacional é obrigado a interpretar e a aplicar o conjunto das disposições nacionais em causa, em toda a medida do possível, para assegurar a realização efetiva dos direitos garantidos pelas disposições do direito da União(377).

Enquanto a advogada-geral Kokott(378) entende que o princípio da proporcionalidade integra o princípio da efetividade, manifestando-se na proibição de impor obstáculos excessivos(379), o advogado-geral Mischo(380) considera que este princípio acresce aos princípios da efetividade e da equivalência, pelo que se deverá fazer uma análise do caso concreto à luz do mesmo(381). Dougan(382), citando o aresto *Garage Molenheide*(383), defende que, embora conceitualmente distintos, os princípios da efetividade e da proporcionalidade são permutáveis, sendo que o último possibilita uma avaliação mais estruturada, previsível e transparente. Contudo, não deixa de constatar que se trata de um modelo que define a margem de discricionariedade dos EM sob o princípio, mais amplo, da efetividade(384).

---

courts: Duarte Hueros, p. 982 e Trstenjak, Verica; Beysen, Erwin, *European consumer* protection *law: Curia semper dabit remedium?*, p. 103.

(376) V. Mead, Philip, *The obligation to apply European law: is Duke dead?*, p. 493.

(377) Ac. de 30/5/2013, *Aegon*, C-397/11, de 5/12/2013, *Castilla y León*, C-413/12.

(378) Conclusões de 30/3/2017, no ac. C-73/16.

(379) Também, nas suas conclusões de 31/5/1988, no ac. C-123/87 e C-330/87, o advogado-geral Slynn refere que "Não me parece que as exigências do artigo […] excedam o que é razoavelmente necessário para efeitos de verificação e fiscalização e **não são desproporcionadas** [sublinhado nosso] relativamente a esse objectivo, nem têm como resultado tornar virtualmente impossível ou difícil na prática o exercício, por um sujeito passivo, do seu direito à dedução do imposto devido ou pago a montante".

(380) Conclusões de 24/9/2002, no ac. C-125/01. V., ainda, conclusões de 12/3/2009, no ac. C--566/07, onde se refere que "Deve, contudo, respeitar os princípios da equivalência e da efectividade bem como os princípios gerais do direito, designadamente o princípio da proporcionalidade". Igualmente, o advogado-geral Wahl, nas suas conclusões de 16/6/2016, no ac. C-225/15, analisa os três princípios: o da efetividade, o da equivalência e o da proporcionalidade.

(381) Nas conclusões de 24/9/2002, no ac. C-125/01, o advogado-geral refere que "[…] o prejuízo que irão sofrer os trabalhadores que não tiverem tido o cuidado de apresentar os seus pedidos de pagamento no prazo de dois meses, julgo, […] a fixação do prazo em dois meses não é desproporcionada, porque se pode legitimamente esperar que o beneficiário de uma garantia tão essencial como a garantia de remuneração pelo trabalho efectuado demonstre um mínimo de diligência".

(382) V. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, pp. 296-297.

(383) Ac. de 18/12/1997, *Garage Molenheide*, C-286/94, C-340/95, C-401/95 e C-47/96. Neste ac., o TJUE só analisa as normas processuais nacionais à luz do princípio da proporcionalidade, nunca se referindo à autonomia processual dos EM.

(384) É interessante verificar que o advogado-geral Fennelly, nas suas conclusões de 20/3/ /1997, no ac.C-286/94, C-340/95, C-401/95 e C-47/96, refere que "[…] o princípio da proporcionalidade consagrado pelo direito comunitário exige que seja oferecida ao sujeito passivo uma verdadeira possibilidade de controlo jurisdicional. Assim, compete aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Mem-

Pensamos que, enquanto o princípio da efetividade tem uma vertente mais negativa por estar especialmente vocacionado para detetar uma violação ao direito da UE, o princípio da proporcionalidade possui uma vertente mais positiva por admitir uma justificação dessa violação.

Já em relação ao conceito da razoabilidade, Adinolfi(385) considera que o mesmo confere ao TJUE uma grande discricionariedade, na avaliação das normas processuais nacionais, que poderá resultar num controlo intrusivo dos ordenamentos nacionais. Para a autora, este conceito atribui um poder discricionário de determinar a adequabilidade de uma norma nacional para garantir a proteção dos direitos conferidos aos particulares pela UE. Consequentemente, Dougan(386) entende que a verificação da razoabilidade de uma norma não é suficiente para a aplicação do princípio da efetividade.

Neste âmbito, tem sido sugerida(387) a aplicação da regra denominada de "*procedural rule of reason*", que significa que não se poderá concluir que uma norma nacional viola o princípio da efetividade, sem primeiro verificar se a mesma está ancorada em princípios que constituem a base do sistema jurídico nacional e, como tal, devem ser respeitados pela ordem jurídica da UE.

Também Van Dam(388) e Bobek(389), entre outros(390), se referem ao conceito de "*procedural rule of reason*" como pretendendo estabelecer um equi-

---

bros, […] assegurar a protecção jurídica que decorre, para os particulares, do efeito directo do direito comunitário […]. Nas circunstâncias dos presentes reenvíos prejudiciais, […] os órgãos jurisdicionais não devem tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária". Parece, deste modo, que é o princípio da efetividade que garante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

(385) V. Adinolfi, Adelina, *The "procedural autonomy" of member states and the constraints stemming from the ECJ's case law: Is judicial activism still necesssary?*, p. 285.

(386) V. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 274.

(387) V. Prechal, Sacha, *Commentaire sur l`affaire Levez, C-326/96*, p. 169. No mesmo sentido, v. Eilmansberger, Thomas, *The relationship between rights and remedies in EC law: In search of the missing link*, pp. 1211-1212.

(388) V. Van Dam; Van Eijsden – *Ex officio application of EC law by national courts of law in tax cases, discretionary authority or an obligation?*, p. 17, que cita como exemplos os ac. de 14/12/1995, *van Schijndel e van Veen*, C-430/93 e C-431/93, de 7/6/2007, *van der Weerd*, C-222/05 a C-225/05 e de 25/11/2008, *Firma Schaap*, C-455/06.

(389) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 310. Para este autor, foi o ac. *van Schijndel e van Veen* que introduziu o conceito de "*procedural rule of reason*" ou o também apelidado teste de proporcionalidade. Já segundo Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 398, o conceito de *rule of reason* não pode ser equiparado ao princípio da proporcionalidade, pois este conceito deverá ser alterado com vista a evitar resultados arbitrários.

(390) V. Prechal, Sacha; Widdershoven, Rob, *Redefining the relationship between "Rewe-effectiveness" and effective judicial protection*, pp. 42-43.

líbrio entre a necessidade de garantir a efetividade do ordenamento jurídico da UE e a tomada em consideração dos princípios que estão na base dos sistemas processuais nacionais, sendo que estes princípios poderão constituir uma justificação para a não aplicação do princípio da efetividade.

Como sintetiza a advogada-geral Ćapeta(391), esta "norma processual da razão" implica ter em conta, na análise a efetuar, a função que cada disposição ocupa no processo, a tramitação deste e as suas particularidades perante as várias instâncias nacionais. Por conseguinte, as disposições nacionais que prossigam um objetivo legítimo, tal como a correta tramitação do processo, o respeito dos princípios do direito de defesa ou da segurança jurídica, são conformes com o princípio da efetividade na medida em que garantam de uma forma proporcionada esse objetivo legítimo.

Deste modo, o facto de as normas processuais violarem o princípio da efetividade não obsta a que, consoante as circunstâncias específicas do caso, as mesmas possam ser admitidas pelo direito da União. Contudo, isso só será possível se tais normas forem proporcionais em relação a interesses importantes da ordem jurídica interna que visem prosseguir(392).

Este teste, denominado de equilíbrio ou de proporcionalidade, foi introduzido pelo acórdão *van Schijndel e van Veen*(393), tendo sido considerado(394) que o mesmo, para além de vago e sem indicações precisas de análise, tem um efeito paradoxal pois, ao permitir que a maioria das normas processuais nacionais sejam justificadas por princípios gerais, tal como o da segurança jurídica(395), implica que norma nacional não seja analisada de *per se*, mas sim inserida num contexto mais geral.

Segundo Bobek(396) estamos na presença de limites internos a uma afirmação absoluta da efetividade, que têm sido cada vez mais expressa-

---

(391) Conclusões de 13/1/2022, nos ac. C-415/20, C-419/20 e C-427/20.

(392) Conclusões de 13/1/2022, nos ac. C-415/20, C-419/20 e C-427/20.

(393) Ac. de 14/12/1995, *van Schijndel e van Veen*, C-430/93 e C-431/93.

(394) V. Biondi, Andrea, *The European Court of Justice and certain national procedural limitations: Not such a tough relationship*, p. 1277. No mesmo sentido, v. Prechal, Sacha, *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, p. 44. Também Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 66, defende que a referência à segurança jurídica, enquanto princípio basilar de uma norma interna, não oferece uma orientação suficiente, dado que a maioria das normas processuais encontra justificação nesse fundamento ou na necessidade de uma correta tramitação processual.

(395) Segundo Hoskins, Mark, *Tilting the balance: Supremacy and national procedural rules*, p. 375, no limite todas as regras processuais nacionais podem ser justificadas por referência ao princípio da segurança jurídica.

(396) Para o advogado-geral, nas suas conclusões de 14/1/2021, no ac. C-64/20, este teste poderá também ser chamado de "[…] «regra de razão», «proporcionalidade», ou simplesmente de «equilíbrio razoável» dos interesses em jogo a alcançar".

mente reconhecidos como resultado do princípio da legalidade e da proteção dos direitos fundamentais ("e talvez também de um pouco de bom senso").

Bobek(397) acrescenta que este teste de equilíbrio ou de proporcionalidade se deveria converter na verificação da existência de um "equilíbrio razoável" entre os legítimos interesses da UE e dos EM. Segundo este autor(398), o TJUE não seguiu esse caminho, optando por continuar a utilizar o teste da efetividade e da equivalência(399), que considera contraditório e impossível de aplicar, acabando por desembocar no "*I know it when I see it*" teste de efetividade, que depende das circunstâncias concretas de cada caso.

A questão de saber se o juiz se deve focar essencialmente no caso concreto, tendo em conta as circunstâncias do processo em análise ou, pelo contrário, deve ser mais abrangente, recorrendo a todo o sistema processual nacional e mesmo ao conjunto do ordenamento jurídico nacional, *inclusive* aos seus princípios gerais, para melhor poder fundamentar a sua decisão, tem suscitado posições divergentes.

Segundo diversos autores(400), estes acórdãos introduziram uma nova abordagem que substituiu a anterior, baseada no princípio da efetividade (no sentido estrito do termo), que se focava na análise dos casos concretos (análise dos efeitos de determinada norma num caso concreto). Pretende-se agora saber qual é o papel da norma processual à luz dos princípios base do sistema judicial nacional, sendo que a análise passou a centrar-se na efetiva aplicação das normas da UE, ao invés de se focar na proteção judicial dos direitos dos particulares. Consequentemente, o exame das nor-

---

(397) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 312.

(398) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 312.

(399) Nas suas conclusões de 16/6/2016, no ac. C-225/15, o advogado-geral Wahl analisa os três princípios, o da efetividade, o da equivalência e o da proporcionalidade.

(400) V. Hoskins, Mark, *Tilting the balance: Supremacy and national procedural rules*, p. 375, Szyszczak, Erika; Delicostopoulos, John, *Intrusions into national procedural autonomy: The French paradigm*, pp. 142-143 e *Towards European procedural primacy in national legal systems*, p. 607, Orzan, Massimo Francesco, *Ops…the ECJ did it again! The relationship between the principle of effectiveness of EU law and the principle of legal certainty in the ECJ case-by-case approach*, pp. 63-69, De Búrca, Gráinne, *National procedural rules and remedies: The changing approach of the court of justice*, p. 41, Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 31, Fernandes, Sophie Perez, *O juiz nacional e a efectividade do Direito da União Europeia: Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça Peterbroeck*, p. 4. Para Heukels, Ton; Tib, Jamila, *Towards homogeneity in the field of legal remedies: Convergence and divergence*, pp. 116-117, o TJUE levou, aproximadamente, vinte anos a clarificar o alcance e as consequências da aplicação do princípio da efetividade.

mas processuais nacionais à luz do princípio da efetividade passou a constituir um requisito necessário, mas não suficiente, para que as mesmas estejam em conformidade com o ordenamento jurídico da UE, dado que importa também examinar o fundamento da aplicação da norma nacional (os factos e a justificação para a aplicação da norma processual), isto é, os detalhes e as circunstâncias que envolvem o caso individual(401).

Dougan(402) considera que os acórdãos *Peterbroeck* e *van Schijndel* introduziram uma terceira dimensão ao princípio da efetividade, pois o tribunal não só tem de verificar o efeito de uma norma no caso concreto e, caso esta viole aquele princípio, afastá-la (o que corresponde às duas primeiras dimensões), como também terá de analisar o papel da norma no sistema judicial nacional. Para este autor, esta dimensão incentiva os juízes nacionais a proceder a uma avaliação crítica mais profunda, o que os poderá conduzir a um nível de análise mais intrusivo. Para Szyszczak(403) estes arestos conduziram o TJUE ao âmago das normas processuais nacionais.

Defende-se, deste modo, que não é suficiente a constatação de que uma norma nacional viola o princípio da efetividade, pois torna-se necessário verificar se a mesma encontra a sua justificação nos princípios fundamentais do ordenamento jurídico nacional(404).

Embora se considere que esta análise proporciona um maior equilíbrio e fundamentação das decisões, não deixa de se referir que a mesma irá dificultar não só a tarefa dos juízes, como também a previsibilidade do desfecho de cada processo(405), uma vez os juízes nacionais poderão ter sérias dificuldades na aplicação dos critérios definidos por estes acórdãos. Neste âmbito levantam-se mesmo algumas questões pertinentes como a da hierarquia e da importância dos vários critérios, e a da possibilidade de todas as normas processuais nacionais poderem se justificadas pela referência aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico nacional, como o da segurança jurídica(406).

---

(401) V. De Búrca, Gráinne, *National procedural rules and remedies: The changing approach of the court of justice*, pp. 41-42 e 45.

(402) V. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 31.

(403) V. Szyszczak, Erika; Delicostopoulos, John, *Intrusions into national procedural autonomy: The French paradigm*, p. 148.

(404) V. Prechal, Sacha, *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, pp. 41, 51-52.

(405) V. De Búrca, Gráinne, *National procedural rules and remedies: The changing approach of the court of justice*, p. 45. No mesmo sentido, v. Prechal, Sacha, *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, p. 44.

(406) V. Heukels, Ton; Tib, Jamila, *Towards homogeneity in the field of legal remedies: Convergence and divergence*, p. 118.

Assim, a estrutura do teste da efetividade passou de "*standard*" para a denominada "efetividade contextualizada", em que é conferida uma especial relevância ao contexto nacional em que a norma se insere. Deste modo, uma norma que restrinja ou limite o exercício de um direito pode ser justificada pelo contexto envolvente (que implica o uso de um método para determinar a sua natureza)([407]).

No caso de existir um conflito entre as normas nacionais contextualizadas e a aplicação da legislação da UE, dever-se-á recorrer ao denominado "*balancing exercise*"([408]), que procede a uma ponderação entre os interesses nacionais e os europeus.

Este "*balancing test*", que tem como objetivo reconciliar os interesses nacionais, materializados nas normas processuais, com a necessidade de aplicar o direito da UE, pode ser visto como uma análise *ad hoc*, factual ou contextual que o TJUE aplica ocasionalmente([409]).

Para Prechal([410]), este exercício está muito próximo do teste da proporcionalidade, que é familiar aos tribunais nacionais. Segundo esta autora([411]), o "*balancing exercise*" visa garantir uma proteção adequada através da observância de *standards* mais rígidos e exigentes, que se traduzem num critério com uma vertente mais positiva do que o conferido pelo "teste" da efetividade.

Orzan([412]) refere-se a um balanço entre as disposições nacionais e o princípio da efetividade, considerando que a análise "*case-by-case*" garante, igualmente, uma ponderação entre os princípios do primado e da segurança jurídica.

Nestes termos, a autonomia processual deixa de ser um conceito descritivo, para passar a ser vista como um conceito normativo que serve de escudo à aplicação da legislação da UE. Tal alteração implica que as circunstâncias nacionais adquiram um maior peso, com a conse-

---

([407]) V. Schebesta, Hanna, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, p. 859.

([408]) V. Schebesta, Hanna, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, p. 859 e Prechal, Sacha, *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, p. 41.

([409]) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 98.

([410]) V. Prechal, Sacha, *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, p. 51.

([411]) V. Prechal, Sacha, *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, p. 46.

([412]) V. Orzan, Massimo Francesco, *Ops…the ECJ did it again! The relationship between the principle of effectiveness of EU law and the principle of legal certainty in the ECJ case-by-case approach*, pp. 63-69.

quente diminuição do processo de harmonização das legislações nacionais([413]).

Segundo Micklitz([414]) existem duas vias para contornar a fragilidade do princípio da efetividade; a primeira propõe a sua substituição por um conceito normativo, como a *rule of reason*, que serviria de termo de avaliação das normas nacionais. Já a segunda via sugere uma análise mais aprofundada das implicações factuais decorrentes da aplicação deste princípio, ou seja, propõe uma avaliação do impacto do princípio da efetividade nas normas processuais dos EM, com vista a fornecer ao TJUE uma orientação sobre a situação destes em relação à eficácia das suas normas processuais. Embora esta segunda via permita que o princípio da efetividade se torne numa ferramenta reguladora mais eficiente, não obvia à inerente incerteza da sua aplicação.

Ward([415]) propõe uma revisão da definição do princípio da efetividade através do recurso ao direito de acesso ao tribunal. Deste modo, todas as normas processuais nacionais não discriminatórias, que obstem ao exercício de um direito da UE, só devem ser afastadas se ferirem a própria essência desse direito, tiverem um fim ilegítimo e forem desproporcionadas. Segundo esta autora enquanto o TJUE não adotar novos critérios, será impossível falar de uma harmonização da jurisprudência sobre as normas processuais nacionais ou mesmo de resultados previsíveis decorrentes do recurso ao reenvio prejudicial. Ficará assim prejudicado o desejo do TJUE de que sejam os tribunais nacionais a resolver as limitações à aplicação da legislação da UE.

Assim, segundo Ward([416]), a análise do princípio da efetividade traduzir-se-ia no cumprimento de três requisitos:

(*i*) as normas nacionais não poderiam impossibilitar o direito de acesso aos tribunais;

(*ii*) não poderiam ter um fim ilegítimo; e

(*iii*) não deveriam ser desproporcionadas. Na opinião desta autora, a aplicação destes requisitos evitaria substanciais violações das

---

([413]) V. Schebesta, Hanna, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, p. 877.

([414]) V. Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 398.

([415]) V. Ward, Angela, *Do unto others as you would have them do unto you: Willy Kempter and the duty to raise EC law in national litigation*, p. 14.

([416]) V. Ward, Angela, *Do unto others as you would have them do unto you: Willy Kempter and the duty to raise EC law in national litigation*, p. 14.

normas da União, garantindo uma correta aplicação do princípio da efetividade.

Já para Dougan([417]) o modelo usado pelo TJUE pode ser denominado de "objetiva justificação", ou seja, o princípio da efetividade não será violado se estiverem cumulativamente preenchidas as seguintes condições:

(*i*) o exercício do direito da UE é prejudicado pela norma nacional;

(*ii*) a norma nacional prossegue um legítimo interesse público;

(*iii*) o legítimo interesse público não ultrapassa a margem de discricionariedade conferida aos EM.

Segundo o autor([418]), este modelo fornece uma metodologia mais clara e lógica que, por sua vez, propícia uma análise sistemática e articulada dos casos. Tal não obsta a que se questione o que pode ser considerado um legítimo interesse público ou qual a margem de discricionariedade que deverá ser conferida aos EM.

Consideramos que o TJUE, através da sua jurisprudência, deu uma resposta coerente e consistente a todas estas posições da doutrina, ao determinar que na aplicação do princípio da efetividade dever-se-á ter em conta não só o enquadramento da norma processual nacional no conjunto do processo ou procedimento em causa, como também todo ordenamento jurídico interno, nomeadamente, os princípios basilares e orientadores do sistema nacional que, por sua vez, contribuíram para a construção do ordenamento jurídico da UE. Assim se a análise do caso concreto se revela imprescindível, também não se poderá descurar o papel desempenhado pela norma no conjunto da ordem jurídica interna. Claro, que esta abrangência da análise não facilita a sua aplicação e, muito menos, a eventual uniformização da jurisprudência.

Ainda no que concerne à aplicação do princípio em análise, é de realçar a objeção, levantada pelas autoridades nacionais no processo *van Brood*([419]), no qual alegaram que o princípio da efetividade se limitava a proteger os direitos conferidos aos particulares pelo direito da União.

([417]) V. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, pp. 29-30. Para o autor, este modelo foi o utilizado nos ac. de 14/12/1995, *Peterbroeck*, C-312/93, de 14/12/1995, *van Schijndel e van Veen*, C-430/93 e C-431/93.

([418]) V. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, p. 34.

([419]) Ac. de 7/12/2010, *van Brood*, C-439/08. Sobre este ac., v. Van Cleynenbreugel, Pieter, *Judge-made standards of national procedure in the post-Lisbon constitutional framework*, p. 93.

De facto, é difícil encontrar jurisprudência onde o princípio da efetividade tenha sido aplicado a favor das autoridades nacionais, ou seja, em que estas autoridades invoquem este princípio para afastar a aplicação de regras processuais nacionais. Pensamos mesmo que o problema poderá colocar-se por se associar esta questão com a proibição do efeito direto invertido ou descendente.

Esta situação também poderá decorrer, na opinião de alguns autores([420]), do facto de o TJUE ter vindo a ser demasiado tolerante, dando prioridade aos interesses dos EM, em detrimento do interesse dos particulares e atuando de uma forma, pelo menos, dúbia. Deste ponto de vista, já não seria necessária uma intervenção a favor das autoridades públicas, uma vez que as mesmas já eram objeto de proteção por parte do TJUE.

Porém, o advogado-geral Mengozzi([421]) considerou que a questão, que se colocava no referido processo, era a de saber se o princípio da efetividade obstava à aplicação de regras processuais que tornavam excessivamente difícil ou impossível o exercício das obrigações que incumbiam às autoridades nacionais, em virtude das disposições da UE, pois estas autoridades estavam, juntamente com a Comissão, incumbidas de assegurar a aplicação efetiva de disposições fundamentais.

Concordamos com a posição do advogado-geral, uma vez que nos parece indiscutível que os princípios da equivalência e da efetividade se aplicam a todos os intervenientes nos processos/procedimentos independentemente de serem entidades públicas ou particulares.

Embora alguns autores([422]) considerem que estes princípios têm efeito direto, não parece ser esse o foco do TJUE, que se limita a salientar a importância de as autoridades nacionais assegurarem a efetiva aplicação das disposições do Tratado (arts. 101.º e 102.º do TFUE).

De facto, estamos na presença de instrumentos jurisprudenciais, que não constam de qualquer disposição legal da UE e que visam, unicamente, auxiliar os juízes na aplicação do direito da UE. Entendemos, deste modo, que a questão de saber se os mesmos têm efeito direto é irrelevante, por não ter qualquer efeito prático, uma vez que o que está em causa não é a aplicação direta destes princípios, mas de normas da UE.

([420]) V. Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 66.

([421]) Conclusões de 25/3/2010, no ac. C-439/08.

([422]) V. Oliver, Peter, *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, pp. 352-353 e Bridge, John, *Procedural aspects of the enforcement of European Community law through the legal systems of Member States*, pp. 30 e 40.

O TJUE, à semelhança do procedimento adotado em relação ao princípio da equivalência, por vezes remete a decisão final para o órgão jurisdicional de reenvio([423]), fornecendo-lhe todos os elementos necessários a uma apreciação da conformidade das normas processuais nacionais com o referido princípio([424]), sendo que noutros casos tem uma atitude mais intrusiva substituindo-se ao órgão jurisdicional nacional([425]). Contudo, no que se refere à análise deste princípio, o TJUE recorre mais frequentemente a exames minuciosos do conteúdo das regras nacionais, fixando mesmo as consequências da sua aplicação ao caso concreto([426]).

A este respeito Sevón([427]) questiona qual teria sido o desfecho de certas causas se o TJUE não tivesse dado uma orientação detalhada aos juízes nacionais, considerando que "talvez o resultado não tivesse sido desastroso".

([423]) Conclusões de 28/11/2013, no ac. C-501/12, ac. de 18/9/2003, *Pflücke*, C-125/01, de 10/4/2003, *Steffensen*, C-276/01, de 24/3/2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, de 19/06/2014, *Land Berlin*, C-501/12 a C-506/12, C-540/12 e C-541/12, de 10/9/2014, *Kusionová*, C-34/13, de 23/10/2014, *Unitrading*, C-437/13, de 9/11/2017, *Ispas*, C-298/16, de 17/5/2018, *VSA Vilnius*, C-531/16, de 20/9/2018, *Rudigier*, C-518/17, de 27/2/2020, *Land Sachsen-Anhalt*, C-773/18 a C-775/18, de 9/7/2020, *Vueling Airlines*, C-86/19.

([424]) Conclusões de 31/1/2013, no ac. C-663/11, nas quais a advogada-geral, embora refira que a decisão final é da competência do respetivo tribunal, não deixa de elencar as várias hipóteses possíveis e a sua conformidade com o princípio da efetividade. V., no mesmo sentido, ac. de 9/9/2020, *JP*, C-651/19 e conclusões de 12/9/2019, no ac. C-666/18.

([425]) V. Fernandes, Sophie, *O reexame de actos administrativos definitivos contrários ao direito da União em matéria de cidadania – os contornos do acórdão Byankov*, p. 95, que refere ser esta a linha seguida no ac. de 4/10/2012, *Byankov*, C-249/11. Segundo Prechal, Sacha, *Judge-made harmonisation of national procedural rules: A bridging perspective*, p. 44, quando o TJUE assume uma postura mais intrusiva corre o risco de perturbar a cooperação com o juiz nacional e, consequentemente, sobrecarregar o processo judicial.

([426]) V. Haapaniemi, Pekka, *Procedural autonomy: A misnomer?*, p. 93 e Girerd, Pascal, *Les principes d'équivalence et d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres?*, p. 80, que dão como exemplos os acórdãos *Van Schijndel e Van Veen*, *Peterbroeck* e *Palmisani* (Ac. de 10/7/1997, *Palmisani*, C-261/95). Sobre este ac., v. Odman, Ayse, Joined Cases C-94 & 95/95, *Daniela Bonifaci*; Case C-373/95, *Federico Maso*; and Case C-261/95, *Palmisani v. INPS*, p. 1395, ss. No ac. de 19/3/2020, *Hivatal*, C-564/18, o TJUE refere mesmo que "[…] a obrigação que incumbe ao juiz de não aplicar uma regulamentação nacional que preveja um prazo de julgamento incompatível com o princípio da efetividade do direito da União não dispensa da obrigação de celeridade, impondo-lhe apenas que considere o prazo que lhe é fixado indicativo, cabendo-lhe decidir o mais rapidamente possível quando esse prazo se revele ultrapassado". V., ainda, ac. de 18/9/2003, *Pflücke*, C-125/01 e respetivas conclusões, onde o TJUE e o advogado-geral fazem uma análise pormenorizada das circunstâncias concretas da situação em causa, e ac. de 18/12/2008, *Sopropé*, C-349/07. V., igualmente, conclusões de 26/7/2017, no ac. C-243/16. Nas suas conclusões, de 30/4/2019, no ac. C-556/17, o advogado-geral Bobek também faz uma análise aprofundada do ordenamento nacional, chegando mesmo a levantar a questão da "efetividade estrutural do tipo específico de recurso que a Hungria adotou".

([427]) V. Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 65.

Conclui([428]) que o TJUE confunde as competências distribuídas ao TJUE e ao juiz nacional pelo que "A análise detalhada do direito interno pelo Tribunal de Justiça com o fim de verificar o cumprimento do princípio da efectividade é controversa".

3. A relação entre os Princípios da Equivalência e da Efetividade

Os princípios da efetividade e da equivalência, aplicáveis às relações entre as ordens jurídicas europeia e nacionais, são princípios de criação jurisprudencial que o TJUE foi construindo a propósito de situações concretas e, maioritariamente, em sede de reenvio prejudicial([429]).

Contudo, estes princípios não se situam no mesmo plano, sendo que o da equivalência respeita ao "gozo" de um direito (equivalente ao de um processo nacional) e o da efetividade respeita ao exercício desse direito (que não deve ser dificultado)([430]).

É por esta razão que Werlauff([431]) considera que estes princípios se traduzem num requisito formal de igualdade (equivalência) e num requisito substancial de acesso efetivo (efetividade), pelo que enquanto o princípio da equivalência produz efeitos num único sistema judicial, o princípio da efetividade poderá ser utilizado para promover uma aproximação entre os vários níveis de proteção existentes nos EM([432]).

De facto, enquanto o princípio da efetividade impõe um padrão mínimo de tratamento processual, que deve ser garantido aos titulares de um direito de origem europeia, o princípio da equivalência visa assegurar que o tratamento processual, dos titulares de um direito de origem europeia, não é inferior ao que é dado aos titulares de um direito semelhante concedido pelo direito interno([433]). Como tal, o princípio da equivalência

---

([428]) V. Sevón, Leif, *O juiz nacional como juiz comunitário: o princípio da autonomia processual e os seus limites*, p. 65.

([429]) V. Leitão, Alexandra, *O princípio da efectividade do Direito Comunitário: Comentário ao acórdão do TJUE «Recheio- Cash &Carry, SA»*, p. 235.

([430]) V. Blumann, Claude, *Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire*, p.17.

([431]) V. Werlauff, Erik, *Common European procedural law: European law requirements imposed on national administration of justice*, p. 60.

([432]) V. Dougan, Michael, *Enforcing the single market: The judicial harmonisation of national remedies and procedural rules*, p. 172.

([433]) Conclusões de 1/3/2007, nos ac. C-222/05 a C-225/05.

procura promover a igualdade de tratamento só em relação aos meios existentes nas ordens jurídicas nacionais, não pretendendo reduzir os diferentes níveis de proteção judicial conferida pelos EM([434]).

Consequentemente, tem sido entendido([435]) que o princípio da equivalência confere uma maior latitude de aplicação aos tribunais nacionais do que o princípio da efetividade, pois enquanto o primeiro princípio requer uma comparação com as normas internas, tarefa mais apropriada para os juízes nacionais, o segundo implica a verificação do grau de proteção, questão que poderá ser confiada ao TJUE.

A relação entre estes dois princípios, que constituem parâmetros que visam avaliar a adequação das normas processuais nacionais para garantir a aplicação dos direitos conferidos pela UE([436]) e que têm uma natureza horizontal, isto é, aplicam-se independente do ramo de direito em causa (administrativo, civil, penal, etc.)([437]), tem sido objeto de diversas análises por parte da doutrina.

Leitão([438]) defende que o princípio da efetividade não exige que os EM consagrem mecanismos mais eficazes para a proteção dos direitos conferidos pelo direito da UE, bastando que sejam semelhantes aos da ordem interna. Esta autora conclui que o princípio da equivalência atua sobre o princípio da efetividade num único sentido, o de proibir que proteção conferida aos particulares pelo direito nacional seja mais eficaz do que a conferida nos casos de violação do direito da UE, sem que o inverso seja verdade([439]). Deste modo, sempre que exista uma possibilidade de escolha, a mesma deverá recair no processo que garanta uma proteção mais eficaz do direito em causa([440]).

Quanto à aplicação aos casos concretos, Barav([441]) entende que o princípio da equivalência permite que o juiz recorra a uma comparação e, caso a norma interna seja mais favorável, a aplique ao caso concreto. Já o

---

([434]) V. Dougan, Michael, *Enforcing the single market:The judicial harmonisation of national remedies and procedural rules*, p. 172.

([435]) V. Tridimas, Takis, *The general principles of EC law*, p. 280.

([436]) V. Adinolfi, Adelina, *The "procedural autonomy" of member states and the constraints stemming from the ECJ's case law: Is judicial activism still necesssary?*, p. 282.

([437]) V. Heukels, Ton; Tib, Jamila, *Towards homogeneity in the field of legal remedies: Convergence and divergence*, p. 116.

([438]) V. Leitão, Alexandra, *O princípio da efectividade do Direito Comunitário: Comentário ao acórdão do TJUE «Recheio — Cash &Carry, SA»*, p. 238.

([439]) Segundo Leitão, Alexandra, *O princípio da efectividade do Direito Comunitário: Comentário ao acórdão do TJUE «Recheio — Cash &Carry, SA»*, p. 238, verifica-se muitas vezes que os legisladores nacionais adotam soluções mais «generosas» para o caso de violação de normas da UE.

([440]) V. Steiner, Josephine, *Enforcing EC Law*, p. 98.

([441]) V. Barav, Ami, *La répétition de l`indu dans la jurisprudence de la Cour de Justice des*

princípio da efetividade não permite que o juiz, por sua iniciativa, adeque a norma nacional por forma a não violar este princípio. Como realça o autor(442), enquanto o princípio da equivalência é suscetível de ser respeitado pelo juiz nacional, que pode afastar a norma nacional mais rígida(443), dado que o mesmo tem um termo de comparação, o princípio da efetividade poderá não ser respeitado pelo juiz, pois não é certo que este possa flexibilizar as normas nacionais de *motu proprio*.

Já em relação à questão de saber qual a prioridade na análise destes princípios, e não obstante poder ser necessário examinar os dois princípios para fornecer uma resposta útil, tem sido defendido que, do ponto de vista dos limites da autonomia processual nacional, a questão da equivalência precede logicamente a da eficácia(444). Considera-se, deste modo, que o princípio da efetividade constitui um requisito adicional que visa corrigir os resultados alcançados, sempre que se verifique que uma norma processual nacional está de acordo com o princípio da equivalência, sendo que nestes casos se está perante uma "deficiente igualdade", isto é, uma norma ineficaz(445).

Como exemplo desta precedência cita-se o aresto *Dounias*(446), onde o TJUE parece sugerir que a análise do princípio da equivalência deverá anteceder a análise do princípio da efetividade(447).

Para Girerd(448) o TJUE começou, no seu acórdão *Rewe*(449), por analisar o princípio da equivalência e, posteriormente, o da efetividade, o que

---

Communautés Européennes, pp. 533-534, que refere que nos casos em que o juiz considere um prazo como não razoável, não o poderá prolongar por sua iniciativa.

(442) V. Barav, Ami, *El contencioso sobre restitucion de tributos nacionales recaudados en violacion del derecho comunitario*, p. 680.

(443) Barav, Ami, *El contencioso sobre restitucion de tributos nacionales recaudados en violacion del derecho comunitario*, p. 680, não deixa de mencionar que a discriminação inversa já é permitida pelo direito da UE.

(444) Conclusões de 7/2/2013, no ac. C-536/11. V., no mesmo sentido, conclusões de 30/4/2019, no ac. C-556/17.

(445) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 317. Este autor refere o ac. de 19/6/1990, *Factortame I*, C-213/89, no qual o TJUE, ao aplicar o princípio da equivalência, verificou que não existiam medidas cautelares internas aplicáveis ao caso, pelo que teve de recorrer ao princípio da efetividade para ultrapassar o princípio da equivalência e criar uma nova via processual.

(446) Ac. 3/2/2000, *Dounias*, C-228/98, onde o TJUE refere que "A este respeito, importa verificar que uma regra processual, […] que deva, em primeiro lugar, ser decidida pela via administrativa, não é, em si mesma, susceptível de favorecer os produtos nacionais nem a tornar impossível ou excessivamente difícil a importação das mercadorias em causa".

(447) V. Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *UE law: Text, cases, and materials*, p. 249.

(448) V. Girerd, Pascal, *Les principes d´équivalence et d´effectivité:encadrement ou désencadrement de l´autonomie procédurale des Etats membres?*, pp. 81-82.

(449) Ac. de 16/12/1976, *Rewe*, C-33/76. Sobre este ac., v. Bridge, John, *Procedural aspects of*

faria presumir a existência de duas fases sucessivas. No aresto *Just*(450) evoluiu para uma análise, no mesmo plano, dos dois princípios, parecendo conferir um estatuto de igualdade aos mesmos. Contudo, foi no acórdão *San Giorgio*(451) que o TJUE exerceu, pela primeira vez, um controlo sobre as condições nacionais exigidas para o exercício de um direito europeu, consagrando o carácter autónomo e cumulativo dos dois limites da autonomia processual(452). No entanto, segundo Girerd(453), este acórdão contém um "germe" de proeminência do princípio da efetividade, uma vez que uma legislação nacional, conforme ao princípio da equivalência, não garante, automaticamente, um nível de proteção apropriado aos cidadãos.

Fica assim claro que, no acórdão *San Giorgio*, o imperativo de não tornar praticamente impossível o exercício de um direito, conferido por uma norma da UE, se sobrepõe à exigência de não discriminação entre normas da UE e normas de direito interno(454).

Igualmente, Martin(455) considera que o princípio da não discriminação não pode ser interpretado por forma a tornar impossível, na prática, a

---

the enforcement of European Community law through the legal systems of Member States, pp. 32-34, Wyatt, Derrick, *National periods of limitation as a bar to Community rights*, p. 122-125, Nafilyan, Gérard, *Note sur l`affaire Rewe*, pp. 96-99, Kovar, Robert, *Droit communautaire et droit procedural national*, pp. 241-243.

(450) Ac. de 27/2/1980, *Just*, C-68/79. Sobre este ac., v. HARTLEY, Trevor, *The effects in national law of judgments of the European Court*, pp. 366-368, Barav, Ami, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, p. 19, Arnull, Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, pp. 270-271, Durand, Andrew, *Enforceable community rights and national remedies*, pp. 53-54, Werlauff, Erik, *Common European procedural law: European law requirements imposed on national administration of justice*, p. 37.

(451) Ac. de 9/11/1983, *San Giorgio*, C-199/82. Sobre este ac., v. Brealey, Mark; Hoskins, Mark, *Remedies in EC law*, pp. 111-112, Prechal, Sacha, *Directives in European Community Law*: *A study of directives and their enforcement in national courts*, p. 182, Barav, Ami, *El contencioso sobre restitucion de tributos nacionales recaudados en violacion del derecho comunitario*, pp. 683-686, Durand, Andrew, *Enforceable community rights and national remedies*, pp. 54-55, Jacobs, Francis, *Remedies in national courts for the enforcement of Community rights*, p. 973, Werlauff, Erik, *Common European procedural law: European law requirements imposed on national administration of justice*, p. 37.

(452) V. Girerd, Pascal, *Les principes d´équivalence et d´effectivité: encadrement ou désencadrement de l´autonomie procédurale des Etats membres?*, pp. 81-82, Arnull, Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, p. 279, Prechal, Sacha, *Directives in European Community Law*: *A study of directives and their enforcement in national courts*, p. 153, Louis, Jean-Victor, *A ordem jurídica comunitária*, p. 117, Joliet, René, *La protection juridictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques*, p. 866, Tridimas, Takis, *The general principles of EC law*, p. 280.

(453) V. Girerd, Pascal, *Les principes d´équivalence et d´effectivité: encadrement ou désencadrement de l´autonomie procédurale des Etats membres?*, pp. 81-82.

(454) Conclusões de 29/11/1988, no ac. C-94/87.

(455) V. Martin, Fernandez, *El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del derecho comunitário. Evolucion y alcance*, p. 858. Segundo este autor, o facto de o

proteção judicial dos direitos da UE, pelo que a exigência da eficácia prevalece sobre a da não discriminação.

Para Barav(456), estes princípios não estão no mesmo plano, uma vez que o princípio da não discriminação não "reabilita" uma norma que viole o princípio da efetividade.

Deste modo, tem sido entendido(457) que o princípio da equivalência acaba por assumir uma natureza instrumental relativamente ao princípio da efetividade, "atuando como critério objetivo para a verificação em concreto da existência de uma violação do princípio da efetividade". No entanto, tal não é suficiente, uma vez que as normas nacionais poderão observar o princípio da equivalência e, ainda assim, o princípio da efetividade ser preterido, bastando que as normas internas não permitam ou dificultem o exercício dos direitos conferidos pelo ordenamento da UE(458). O contrário também se aplica, ou seja, a norma nacional tem de garantir a efetiva aplicação da legislação da UE, mesmo que o ordenamento nacional não proteja direitos comparáveis(459).

Curiosamente, no aresto *Cargill Deutschland*(460), o TJUE julgou não ser necessário examinar a eventual aplicabilidade do princípio da equivalência, uma vez que havia decidido existir uma violação do princípio da efetividade.

Nos processos *Levez*(461) e *Raiffeisen*(462) o TJUE começou, igualmente, por considerar a existência de uma violação ao princípio da efetividade, mas tal não o impediu de, seguidamente, entender que o princípio da equivalência também havia sido violado.

---

direito nacional não prever ações aplicáveis a situações similares às reguladas pelas normas da UE, não impede o acesso à proteção judicial dos direitos de origem europeia.

(456) V. Barav, Ami, *El contencioso sobre restitucion de tributos nacionales recaudados en violacion del derecho comunitario*, p. 685.

(457) V. Leitão, Alexandra, *O princípio da efectividade do Direito Comunitário: Comentário ao acórdão do TJUE «Recheio — Cash &Carry, SA»*, p. 234. No mesmo sentido, v. Prechal, Sacha, *Directives in European Community Law*: *A study of directives and their enforcement in national courts*, p. 190.

(458) No mesmo sentido, v. Oliver, Peter, *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, p. 352.

(459) V. Tash, April, *Remedies for European Community law claims in member state courts: Toward a European standard*, p. 387.

(460) Ac. de 19/12/2019, *Cargill Deutschland*, C-360/18.

(461) Ac. de 1/12/1998, *Levez*, C-326/96. Sobre este ac. v., ainda, Connor, Timothy, *Community discrimination law: temporal limitations and unlawful conditions of application imposed by a Member State*, pp. 300-304 e Simon, Denys, *Encadrement de l'autonomie procédurale du droit national*, p. 11.

(462) Ac. de 9/7/2020, *Raiffeisen Bank*, C-698/18 e C-699/18.

Já nos acórdãos *Câmpean*([463]) e *Silvia Ciup*([464]), o TJUE procede de forma inversa ao constatar, em primeiro lugar, a violação do princípio da equivalência para, posteriormente, chegar à mesma conclusão em relação ao princípio da efetividade. Também no aresto *EOS KSI*([465]), após constatar a existência de uma violação do princípio da equivalência, ainda verifica o eventual incumprimento do princípio da efetividade.

Ora, não nos parece que estas análises sejam profícuas uma vez que, ao constatar o incumprimento do princípio da equivalência, o juiz nacional deverá afastar a norma violadora e aplicar a norma interna mais favorável, sendo que em relação a esta última é que terá de verificar se, eventualmente, a mesma viola o princípio da efetividade. Daqui decorre que a análise da primeira norma nacional (a que viola o princípio da equivalência) à luz do princípio da efetividade se revela supérflua e sem qualquer consequência prática.

O mesmo raciocínio também se aplica à operação inversa, ou seja, a constatação de uma violação do princípio da efetividade, seguida da confirmação da violação do princípio da equivalência. Neste caso, torna-se irrelevante e dispensável a verificação do incumprimento do princípio da efetividade, uma vez que o juiz nacional, ao constatar que o princípio da equivalência não foi observado, deverá aplicar a norma mais favorável e, em relação a esta, é que será oportuno verificar a sua conformidade com o princípio da efetividade.

É por esta razão que defendemos a precedência da análise do princípio da equivalência em relação ao da efetividade.

Segundo Prechal([466]) esta abordagem aos dois princípios, embora surpreendente, é justificada pelo facto de o TJUE, em relação ao princípio da equivalência, remeter a decisão final, sobre a sua eventual violação, para o juiz nacional. Esta remissão, ainda que seja acompanhada de uma análise do TJUE, origina alguma incerteza quanto à decisão final, pelo que através da constatação da violação do princípio da efetividade a margem de apreciação do juiz nacional fica limitada. Acrescenta ainda que o TJUE deverá verificar o cumprimento dos dois princípios, sendo que o princípio da efetividade prevalece sobre o da equivalência([467]).

([463]) Ac. de de 30/6/2016, *Câmpean*, C-200/14.

([464]) Ac. de 30/6/2016, *Silvia Ciup*, C-288/14.

([465]) Ac. de 20/9/2018, *EOS KSI*, C-448/17 (no que respeita à legitimidade de intervenção processual das associações de defesa do consumidor).

([466]) V. Prechal, Sacha, *Commentaire sur l'affaire Levez, C-326/96*, p. 168.

([467]) V. Prechal, Sacha, *Commentaire sur l'affaire Levez, C-326/96*, p. 168, que retira esta conclusão do ac. de 9/11/1983, *San Giorgio*, C-199/82.

Contrariamente, para Ward([468]) o essencial é evitar que o TJUE seja sobrecarregado com processos que seriam muito mais bem resolvidos a nível nacional, pelo que se deveria dar prioridade ao princípio da equivalência, sobre o da efetividade, sempre que se analisasse a compatibilidade de normas processuais nacionais com a ordem jurídica da UE.

Neste mesmo sentido também se pronunciou Simon([469]) ao referir que, só após a análise da conformidade da norma nacional com o princípio da equivalência, se deve verificar a eventual existência de uma violação ao princípio da efetividade, que deverá ser associado ao princípio da cooperação leal.

Craig([470]) alerta ainda que, se for dada uma excessiva relevância ao princípio da efetividade, em detrimento do da equivalência, corre-se o risco de tal ênfase levar à criação de situações de discriminação inversa em favor do ordenamento da UE([471]).

Do nosso ponto de vista, há que diferenciar a questão da precedência de análise, da questão da predominância de um princípio sobre o outro.

Em relação à precedência, como já referimos, consideramos que o TJUE deverá começar por verificar a observância do princípio da equivalência, dado que a sua aplicação, em caso de incumprimento, se revela menos intrusiva, uma vez que implica somente o recurso às normas processuais nacionais mais favoráveis e já previstas no ordenamento interno. Por outro lado, e por uma questão de economia processual, verificando-se a violação de um dos referidos princípios, não fará sentido proceder à análise do segundo([472]).

Já quanto à predominância, defendemos que estes princípios estão no mesmo plano, ou seja, cada um tem o seu âmbito de aplicação pelo que,

---

([468]) V. Ward, Angela, *Do unto others as you would have them do unto you: Willy Kempter and the duty to raise EC law in national litigation*, p. 14.

([469]) V. Simon, Denys, *Obligation de rouvrir une procédure administrative définitive*, p. 13.

([470]) V. Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *UE law: Text, cases, and materials*, p. 249.

([471]) No ac. de 15/9/2011, *Accor*, C-310/09, o TJUE refere que, embora decorra da jurisprudência que o direito da União impõe a um EM a obrigação de conceder um tratamento equivalente aos dividendos pagos a residentes por sociedades não residentes, este direito não impõe aos **EM a obrigação de favorecerem os contribuintes que tenham investido em sociedades estrangeiras, em relação aos que tenham investido em sociedades nacionais**.

([472]) Como refere o advogado-geral Léger, nas suas conclusões de 14/9/1999, no ac. C-78/98, "Com efeito, se, como pensamos, o princípio da efectividade se opõe à aplicação [de uma norma nacional] […] os órgãos jurisdicionais nacionais serão levados a afastar esta disposição […]. Neste caso, o estudo do princípio da equivalência resultaria sem objecto no que respeita a esta segunda norma processual". Igualmente, no ac. de 26/1/2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, o TJUE, tendo considerado que o princípio da equivalência havia sido violado, entendeu não ser necessário examinar a questão à luz do princípio da efetividade.

como aludimos, entendemos que o seu cumprimento é cumulativo, enquanto a sua violação é alternativa.

Sistematizando, vejamos as hipóteses com que o juiz nacional poderá ser confrontado:

(*i*) se a norma cumpre o princípio da equivalência, o juiz terá de analisar se também está de acordo com o da efetividade;

(*ii*) se a norma viola o princípio da equivalência, o juiz deverá aplicar a norma interna similar e mais favorável;

(*iii*) se a norma viola o princípio da equivalência mas a aplicação da norma interna mais favorável pode tornar, mesmo assim, o exercício de um direito da UE excessivamente difícil; neste caso o juiz deverá verificar se essa norma (a mais favorável) viola o princípio da efetividade;

(*iv*) não existe norma interna similar, pelo que o juiz deverá averiguar se a norma aplicável ao caso concreto viola o princípio da efetividade (neste caso não se poderá analisar o cumprimento do princípio da equivalência).

Na hipótese (*ii*), quando o juiz verifica que o princípio da equivalência foi violado, deverá aplicar a norma interna mais favorável, afastando a norma que considerou infringir o mencionado princípio. Contudo, como previsto na hipótese (*iii*), a aplicação dessa norma (interna mais favorável) poderá não ser suficiente, na medida em que o exercício do direito da UE se torne excessivamente difícil. É neste ponto que o juiz poderá ter de recorrer ao princípio da efetividade.

No que respeita à apreciação do princípio da equivalência, não se considera que o mesmo seja violado se as normas nacionais não forem consideradas similares, mas, apesar disso, exista uma justificação objetiva para tal, como sucedeu no aresto *Accor*([473]), ou seja, as normas em apreciação não podem criar obstáculos ou conceder vantagens injustificadas.

Quanto à verificação do cumprimento do princípio da efetividade, entendemos que se trata de uma questão de intensidade/grau de violação, isto é, saber quando o exercício de um direito da UE é dificultado, em

---

([473]) No ac. de 15/9/2011, *Accor*, C-310/09, o TJUE considerou que os princípios da equivalência e da efetividade não obstavam a que a restituição a uma sociedade-mãe, dos montantes destinados a garantir a aplicação de um regime fiscal aos dividendos distribuídos pelas suas filiais, fosse subordinada à condição de o sujeito passivo apresentar os elementos que só ele possui, quando estes mesmos elementos não eram exigidos relativamente às filiais instaladas em França, por serem conhecidos da administração.

excesso, sem qualquer justificação objetiva. Tal acontece, nomeadamente, quando são exigidas ações que, claramente, suplantam as que seriam impostas a um requerente médio, normalmente informado, razoavelmente atento e avisado, e estas exigências não se encontram fundadas em critérios razoáveis, proporcionais, precisos e inteligíveis.

É interessante verificar que quando é criado um obstáculo ao exercício de um direito e, apesar disso, o juiz considera que o princípio da equivalência não foi violado, a sua margem de apreciação é substancialmente alargada, pois só se poderá considerar que o princípio da efetividade é infringido se o exercício de um direito da UE for excessivamente difícil. Tal significa que o ónus que recai sobre o juiz é enorme pois, não sendo violado o princípio da equivalência, o grau de dificuldade do exercício de um direito aumenta substancialmente, ou seja, a distância que separa a criação de um eventual inconveniente([474]) ao exercício de um direito, de um grande impedimento a esse exercício, é muito grande.

Da análise da jurisprudência, parece que o TJUE tem uma opinião algo ambígua sobre o assunto, pois enquanto na maioria dos acórdãos se refere à autonomia processual, citando os dois princípios([475]) (o que não implica que faça uma análise dos mesmos)([476]), noutros processos limita-se a examinar o princípio da efetividade([477]) ou o princípio da equivalência([478]).

Em face desta situação, o TJUE tem sido frequentemente acusado de estar a criar uma jurisprudência totalmente inconsistente e imprevisível([479]) que torna a sua aplicação, pelos tribunais nacionais, muito com-

---

([474]) Conclusões de 26/7/2017, no ac. C-243/16.

([475]) Nos ac. de 29/10/2009, *Pontin*, C-63/08 e de 9/7/2020, *Raiffeisen Bank*, C-698/18 e C--699/18, o TJUE concluiu que ambos os princípios haviam sido violados.

([476]) Nos ac. de 18/9/2003, *Pflücke***,** C-125/01 e de 17/5/2018, *VSA Vilnius*, C-531/16, o TJUE cita os dois princípios, mas acaba por analisar unicamente o princípio da efetividade.

([477]) Ac. de 14/7/1988, *Jeunehomme e EGI*, C-123/87 e C-330/87, de 14/12/1995, *Peterbroeck*, C-312/93, de 11/12/1997, *Magorrian*, C-246/96, de 17/6/2004, *Cash & Carry*, C-30/02, de 18/6/2009, *Stadeco*, C-566/07, de 3/9/2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, 30/9/2010, *Strabag*, C-314/09, de 6/6/2013, *Chemie*, C-536/11, de 12/7/2012, *EMS*, C-284/11, de 9/9/2015, *Ferreira da Silva*, C-160/14, de 26/11/2015, *MedEval*, C-166/14 (neste processo o TJUE referiu, expressamente, que não era necessário examinar o princípio da equivalência), de 11/11/2015, *GmbH*, C-505/14, de 14/9/2016, *Andrés*, C-184/15 e C-197/15, de 14/9/2017, *Petrea*, C-184/16. Ac. de 21/11/2002, *Cofidis*, C-473/00. Segundo CARANTA, Roberto, *Comment on Kühne & Heitz*, p. 186, o caso também poderia ter sido analisado na perspetiva do princípio da equivalência, uma vez que as regras do Código Civil eram mais favoráveis ao consumidor.

([478]) Ac. de 26/1/2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08 e de 30/5/2013, *Jahani BV*, C-488/11.

([479]) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 318 e Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 398.

plexa e confusa, pelo que se defende a necessidade de uma maior clarificação das orientações do TJUE([480]).

A doutrina também tem tentado encontrar uma justificação para a disparidade das opções seguidas pelo TJUE.

Micklitz([481]) refere que este opta pelo princípio que se afigura ser o mais adequado ao caso em análise, recorrendo ao princípio da efetividade sempre que, devido às particularidades das normas da UE, não existam normas nacionais que possam ser objeto de comparação.

Para Bobek([482]) o TJUE, apesar de os dois critérios estarem ligados por um "e"([483]), tem vindo, progressivamente, a analisar apenas o princípio da efetividade. Tal atitude, que deixa inaplicável o princípio da equivalência, decorre quer da sua discricionariedade na análise, quer da já referida amplitude do conceito, quer da desnecessidade de uma referência ao ordenamento nacional.

Acresce que, segundo este autor([484]), o teste da equivalência e da efetividade é inconsistente e cria contradições internas, uma vez que não pode ser aplicado simultaneamente, por conduzir o tribunal em direções opostas. De facto, enquanto o princípio da equivalência leva, normalmente, à aplicação das normas nacionais, o da efetividade implica a utilização de um *standard* europeu harmonizado.

Bobek([485]) conclui que este teste deverá ser alterado, suprimindo-se a aplicação do princípio da equivalência, uma vez que o TJUE já tem vindo a demonstrar sérias dificuldades na sua aplicação e, com o aumento das áreas abrangidas pela harmonização europeia, essa tarefa ainda será mais penosa por inexistir termo de comparação.

Já quanto ao princípio da efetividade, este autor defende a necessidade de serem estabelecidos limites à sua aplicação.

([480]) V. Heukels, Ton; Tib, Jamila, *Towards homogeneity in the field of legal remedies: Convergence and divergence*, p. 118.

([481]) V. Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 399.

([482]) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 318.

([483]) V., entre outros, ac. de 29/10/2009, *Pontin*, C-63/08, que refere "[…] resulta de jurisprudência assente que as regras processuais […] não devem ser menos favoráveis do que as que respeitam a acções similares de direito interno (princípio da equivalência) **e** [sublinhado nosso] não devem tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade)".

([484]) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, pp. 322-323.

([485]) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, p. 318.

Em sentido contrário, Micklitz([486]) considera difícil imaginar o TJUE a prescindir do teste da equivalência, mesmo que o teste da efetividade se transforme num teste de "adequação". Este autor sugere o recurso ao princípio da igualdade de tratamento, que tem uma conotação positiva, em vez do conceito da não discriminação, cuja conotação é negativa. Esta utilização, de uma imagem mais positiva, poderá ser aproveitada para remodelar o princípio da equivalência, no sentido de aplicarem não só as normas similares, mas igualmente a normas que garantam uma proteção adequada dos direitos decorrentes da UE. Tal conceção poderá, gradualmente, levar à fusão dos dois princípios, criando uma nova fórmula denominada de "adequada proteção judicial"([487]).

Como já referimos, parece-nos importante manter a análise da legislação nacional à luz do princípio da equivalência. Com efeito, para além de ser um princípio menos intrusivo é, a nosso ver, mais justo e de mais fácil aplicação pelos juízes nacionais. Pensamos mesmo que a melhor forma de contornar as maiores críticas à aplicação deste princípio — o desconhecimento das ordens jurídicas nacionais pelo TJUE — será o juiz nacional, no despacho de reenvio, fornecer a informação suficiente para que o TJUE se possa pronunciar, ainda que abstratamente([488]), sobre a eventual violação deste princípio([489]).

([486]) V. Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 400.

([487]) V. Micklitz, Hans-W., *The ECJ between the individual citizen and the member states — A plea for a judge-made European law on remedies*, p. 395, que refere que o ac. de 14/12/1995, *van Schijndel e van Veen*, C-430/93 e C-431/93, aponta na direção de um princípio de adequada e efetiva proteção judicial.

([488]) Com efeito, resulta da jurisprudência assente (v., entre outros, ac. de 29/10/2009, *Pontin*, C-63/08) que não compete ao TJUE pronunciar-se sobre a interpretação do direito interno, tarefa que incumbe em exclusivo ao órgão jurisdicional de reenvio, que deve, no caso em apreço, determinar se as exigências de equivalência e de efetividade se encontram satisfeitas pelas disposições da legislação nacional pertinente. Todavia, o TJUE, decidindo a título prejudicial, pode, sendo caso disso, fornecer esclarecimentos que permitam orientar a apreciação do órgão jurisdicional nacional.

([489]) No aresto de 29/10/2009, *Pontin*, C-63/08, o juiz nacional forneceu elementos que permitiram que o TJUE se pronunciasse sobre a similitude de algumas ações nacionais "[…] quanto à questão de saber se o princípio da equivalência é respeitado no presente caso, resulta da decisão de reenvio que as duas acções laborais mencionadas pelo tribunal de reenvio, concretamente, por um lado, a acção de indemnização e, por outro, a acção contra o despedimento em razão do casamento, parecem, à primeira vista, ser susceptíveis de serem consideradas comparáveis à acção de declaração da nulidade do despedimento […]", não deixando de atribuir ao juiz nacional a decisão final "Tendo em conta os elementos fornecidos ao Tribunal de Justiça, não se afigura, à primeira vista, que regras processuais como as previstas […] satisfaçam o princípio da equivalência, o que compete, porém, ao tribunal de reenvio verificar tendo em consideração a jurisprudência recordada no presente acórdão".

Acresce que, apesar da aplicação dos dois princípios apresentar um elevado grau de subjetividade, julgamos que o grau de subjetividade na aplicação do princípio da efetividade é bastante superior ao do princípio da equivalência, uma vez que este último tem um termo de referência e comparação no direito nacional. De facto, diferentemente das exigências impostas pelo princípio da efetividade, as que decorrem do princípio da equivalência não podem ser mitigadas com referência aos princípios que estão na base do sistema nacional, como o princípio da segurança jurídica. Com efeito, o respeito do princípio da equivalência exige a aplicação indiferenciada de uma regra nacional aos processos baseados no direito da União e aos baseados no direito nacional(490).

Poder-se-á deste modo concluir, não tanto, como defendem vários autores(491), que estes princípios desempenham um papel fundamental com vista à harmonização das normas processuais nacionais(492), mas sim que têm contribuído para limar as arestas das normas processuais nacionais com vista a facilitar a aplicação do direito da UE.

4. Conclusão

Do exposto, podemos concluir que as normas processuais nacionais continuam a ser imprescindíveis à aplicação da legislação europeia. Como refere Louis(493), "Nenhuma organização realizou uma tal simbiose entre administrações nacionais e a administração comunitária, uma tal colaboração entre jurisdições nacionais e o Tribunal de Justiça das Comunidades".

A pergunta que permanece é a de saber se a referida simbiose exigirá a adoção de um ato normativo que organize um processo administrativo

---

(490) Conclusões de 5/3/2020, nos ac. C-698/18 e C-699/18.

(491) V. Ward, Angela, *The limits of the uniform application of Community law and effective judicial review: A look post-Amsterdam*, p. 216 e Lanceiro, Rui Tavares, *O dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a jurisprudência Kühne & Heitz*, p. 6, que refere que "Estes limites têm como objectivo ressalvar a aplicação minimamente uniforme do Direito da UE e garantir o seu primado, bem como acautelar o respeito pelos direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos por aquele Direito e pelo interesse da UE".

(492) V. Ward, Angela, *The limits of the uniform application of Community law and effective judicial review: A look post-Amsterdam*, p. 216.

(493) V. Louis, Jean-Victor, *A ordem jurídica comunitária*, p. 148. No mesmo sentido, v. Huglo, Jean-Guy, *Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union Européenne en France*, p. 3.

europeu, cedendo às exigências de uniformização da aplicação do direito da UE(494), ou se bastará manter o *statu quo* atual**.**

Na doutrina não há um consenso, sendo mesmo admitido que, nas áreas já harmonizadas substantivamente, não existe qualquer autonomia processual dos EM, dado que a mesma está submetida ao cumprimento dos princípios da equivalência e da efetividade(495).

Não é este o nosso entendimento, uma vez que consideramos que, no estado atual do ordenamento jurídico da UE, os EM conservam a competência para determinar o enquadramento e o estatuto das suas normas processuais. Contudo, tal não obsta a que, na sua aplicação a situações concretas, possa surgir um conflito com as normas da UE, à semelhança do que sucede em relação às normas substantivas, e até mesmo às constitucionais. Ora, se em relação a essas normas, não se questiona a competência dos EM para legislar, também não fará sentido pôr em causa a autonomia dos Estados nesta matéria, tanto mais que o afastamento das normas nacionais só acontecerá como último recurso, tendo os juízes nacionais uma panóplia de opções à sua escolha antes de enveredar por essa via.

Torna-se, deste modo, essencial que, quer o juiz nacional, quer o TJUE, ao verificarem se as regras processuais nacionais cumprem os critérios fixados (princípios da efetividade e equivalência), analisem o contexto judicial no seu todo, ponderando a necessidade de limitar a autonomia processual face à garantia do efeito útil do direito da União(496).

É claro que esta ponderação não impede que a autonomia processual dos EM possa sofrer, gradualmente, uma compressão, quer em virtude da progressiva harmonização de várias áreas (tanto ao nível processual, como substantivo) que se mantinham na competência dos EM, quer em virtude da intervenção mais robusta dos princípios da equivalência e, essencialmente, do princípio da efetividade, que decorre de um maior recurso, por parte dos órgãos judiciais nacionais, ao TJUE.

Em suma, defendemos que a autonomia processual não pode ser entendida como um princípio geral da União, mas sim como o reconhecimento de uma competência que se mantém no domínio dos EM. De facto,

---

(494) V. Simon, Denys, *Répétition de l´indu*, p. 4. Para Kakouris, *Do the Member States possess judicial procedural autonomy?*, pp. 1411-1412, os problemas dirimidos pelo TJUE continuariam a existir mesmo havendo uma harmonização europeia, uma vez que as normas processuais nacionais foram concebidas para dar resposta a problemas nacionais e não para responder às exigências da ordem jurídica da UE, que tem as suas próprias especificidades.

(495) V. Bobek, Michal, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the member states*, pp. 320-321.

(496) Ac. de 27/6/2013, *Velko*, C-93/12.

do alegado princípio da autonomia processual não decorrem quaisquer direitos ou obrigações nem para os EM, nem para os particulares, pelo que esta designação se limita a identificar esta área do direito que se conserva no domínio dos Estados.

Podemos mesmo afirmar que, no âmbito desta autonomia processual, os princípios da equivalência e da efetividade continuam a ser as bases, utilizadas pelo TJUE, para aferir da eventual incompatibilidade de uma disposição processual nacional com o direito da União, conquanto tenham um impacto diferente consoante a área a que aplicam([497]).

([497]) V. Girerd, Pascal, *Les principes d´équivalence et d´effectivité: encadrement ou désencadrement de l´autonomie procédurale des Etats membres?*, p. 88. Sobre a aplicação destes princípios no âmbito dos auxílios de estado, v. Dougan, Michael, *National remedies before the Court of Justice*, pp. 343-350 e *Enforcing the single market:The judicial harmonisation of national remedies and procedural rules*, pp. 173-174, Meisse, Éric, *Portée de l'autonomie procédurale nationale*, p. 12, Tridimas, Takis, *The general principles of EC law*, pp. 198-201. É importante realçar que, no que se refere aos auxílios de estado, os EM conservam uma diminuta margem processual. A este respeito, citamos uma decisão que teve por objeto um pedido prejudicial português, o ac. de 30/4/2020, *Nelson Cunha*, C-627/18, e respetivas conclusões de 12/12/2019, onde fica claro que os EM devem afastar todas as regras processuais que obstem à recuperação integral do auxílio considerado ilegal e dos respetivos juros. Com efeito, e como se refere no ac. de 15/9/2022, *Fossil*, C-705/20, "[…] a recuperação de um auxílio declarado ilegal e incompatível com o mercado interno deve, […], ser efetuada imediatamente e segundo as formalidades do direito nacional do Estado-Membro em causa, desde que estas permitam uma execução imediata e efetiva da referida decisão, devendo esta condição refletir as exigências do princípio da efetividade consagrado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça". V., ainda, ac. de 11/12/1973, *Lorenz*, C-120/73, de 21/9/1983, *Deutsche Milchkontor*, C-205/82 a C-215/82, de 2/2/1989, *Comissão/Alemanha*, C-94/87, de 21/3/1990, *Bélgica/Comissão*, C-142/87, de 20/3/1997, *Alcan*, C-24/95, de 19/5/1998, *Jensen e Korn*, C-132/95, de 12/5/1998, *Steff-Houlberg*, C-366/95, de 16/7/1998, *Oelmühle*, C-298/96, de 12/10/2000, *Espanha/Comissão*, C-480/98, de 13/6/2002, *Países Baixos/Comissão*, C-382/99, de 19/9/2002, *Huber*, C-336/00, de 26/6/2003, *Comissão/Espanha*, C-404/00,de 5/10/2006, *Transalpine*, C-368/04, de 21/6/2007, *ROM*, C-158/06, de 15/1/2009, *Hamburg-Jonas*, C-281/07, de 20/5/2010, *Scott e Kimberly Clark*, C-210/09, de 5/3/2019, *Eesti Pagar*, C-349/17, de 23/1/2019, *Traghetti*, C-387/17. Sobre a aplicação destes princípios ao reembolso de impostos, v. ac. de 27/5/1993, *Peter/Hauptzollamt*, C-290/91, de 11/7/2002, *Marks & Spencer*, C-62/00, de 18/6/2009, *Stadeco*, C-566/07, de 15/9/2011, *Accor*, C-310/09, 20/10/2011, *Danfoss*, C-94/10, de 27/9/2012, *Zuckerfabrik Jülich*, C-113/10, C-147/10 e C-234/10 (reembolso de quotizações) de 26/1/2012, *Polska SA*, C-588/10, de 19/7/2012, *Littlewoods Retail*, C-591/10, de 24/10/2013, *Rafinăria Steaua*, C-431/12, 30/6/2016, *Vasile Toma*, C-205/15, de 26/4/2017, *Farkas*, C-564/15, de 28/2/2018, *Nidera*, C-387/16, de 31/5/2018, *Kollroß*, C-660/16 e C-661/16, de 4/10/2018, *Comissão/França*, C-416/17, de 11/4/2019, *PORR Építési Kft*, C-691/17, de 23/4/2020, *Sole-Mizo*, C-13/18 e C-126/18, de 2/5/2019, *Sea Chefs Cruise*, C-133/18, de 10/7/2019, *Kuršu zeme*, C-273/18, de 19/12/2019, *Cargill Deutschland*, C-360/18, de 24/10/2019, *Belgische Staat*, C-469/18 e C-470/18, de 14/5/2020, *B e o.*, C-749/18, de 2/7/2020, *Terracult*, C-835/18, de 14/10/2020, *Valoris*, C-677/19, de 12/5/2021, *INSS*, C-844/19, de 9/9/2021, *Auto Service Leasing*, C-294/20, de 13/10/2022, *HUMDA*, C-397/21. Sobre a aplicação destes princípios ao domínio do direito da concorrência, v. ac. de 16/7/1992, *Dirección General de Defensa*, C-67/91, 10/11/1993, *Otto/Postbank*, C-60/92, de 17/7/1997, *GT-Link*, C-242/95, de 17/5/2001, *TNT Traco*, C-340/99, de 20/9/2001, *Courage e Crehan*, C-453/99, de 13/7/2006, *Manfredi*, C-295/04 a C-298/04, de 7/12/2010, *van Brood*, C-439/08,

Como sumariza Heukels([498]), embora a tendência da legislação e da jurisprudência da UE seja no sentido de uma crescente "comunitarização" das normas processuais nacionais, não se vislumbra uma política europeia global e coerente que possa conduzir a uma eventual harmonização processual, mantendo-se uma atuação *ad hoc* por parte da UE.

---

de 14/6/2011, *Pfleiderer*, C-360/09, de 5/6/2014, *Kone e o.*, C-557/12, de 28/3/2019, *Cogeco*, C--637/17, de 21/1/2021, *Import Export*, C-308/19, de 22/6/2022, *Volvo*, C-267/20. V., ainda, conclusões de 29/7/2019, no ac. C-435/18 e de 22/4/2021, no ac. C-30/20. V. Dougan, Michael, *Enforcing the single market: The judicial harmonisation of national remedies and procedural rules*, pp. 174-177.

([498]) V. Heukels, Ton; Tib, Jamila, *Towards homogeneity in the field of legal remedies: Convergence and divergence*, p. 128.

A FUNDAÇÃO FAMÍLIA ENQUANTO REFRACÇÃO DO ACORDO PARASSOCIAL

— Instrumento protector do património familiar—

Pelo Doutor Paulo de Cabral-Vaz(*)

Sumário:

1. O problema. 2. As cláusulas de proibição previstas na Lei Quadro das Fundações: artigos 3.º, n.º 2 "Conceitos" e 23.º, n.º 1, alínea *b*) "Recusa do reconhecimento". 3. Uma breve nota sobre a Fundação Família em Espanha, França e Alemanha. 4. O regime dos Acordos Parassociais. 5. Os meios de controlo. 5.1. Acordos relativos aos direitos de voto. **5.2.** Acordos relativos à transmissão das participações sociais. **5.3.** Acordos sobre o funcionamento da sociedade comercial. **5.4.** A cláusula penal. **5.5.** A acção de cumprimento da obrigação de facere. **5.6.** A acção de cumprimento de obrigação no Acordo Parassocial. **5.7.** O mais adequado ao *Family Governance*: o acordo parassocial ou o *trust*? **6. Conclusões**.

Resumo:

A Lei-Quadro das Fundações não permite a constituição de Fundações Família enquanto realidade jurídica específica tendente a preservar o património familiar. Neste contexto axiológico, o regime jurídico do acordo parassocial poderá constituir o instrumento legal a utilizar na conservação e desenvolvimento económico do património familiar, libertando recursos que permitam a solvabilidade financeira da Família e a titularidade do património em território português e assim contribuindo, também, para a riqueza nacional.

(*) Advogado. Doutor em Direito (Especialidade em Ciências Jurídicas Privatísticas) — Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador — JusGov e FDUP. Professor Convidado na Faculdade de Direito da Universidade Portucalense.

Summary:

The Foundations Framework Law does not allow the creation of Family Foundations as a specific legal reality aimed at preserving family assets. In this axiological context, the legal regime of the shareholders' agreement could be the legal instrument to be used in the conservation and economic development of the family's assets, freeing up resources that allow the family to be financially solvent and to hold the assets in Portuguese territory, and thus also contribute to national whelth.

Palavras chave:

Fundação; Família; Património familiar; Acordo parassocial.

Keywords:

Foundation; Family; Family assets; Shareholder agreement.

1. O Problema

Não sendo possível, no âmbito do quadro legal, a constituição das Fundações Família, o caso em apreço estriba-se numa realidade comum em Portugal que não tem paralelo nas democracias de tipo ocidental nos países pertencentes ao espaço político da União Europeia, fundamentalmente no quadro normativo vigente em Espanha, França e Alemanha, enquanto referências não despiciendas.

Atentemos, pois, ao seguinte problema:

— Um empresário e os seus sócios (o cônjuge, os filhos e os netos) são os únicos titulares de participações de capital numa sociedade comercial, cujos activos tangíveis([1]) são preenchidos pelo património adquirido ao longo de um determinado período de tempo; a fim de prevenir, à sua morte, uma partilha de bens contenciosa, a eventual dissipação do património, a eventual disseminação das participações sociais e a manutenção do controlo da gestão societária, o empresário pretende reestruturar a organização interna da sociedade.

Quid juris?

([1]) Ordem dos Contabilistas Certificados, *Activos fixos tangíveis:* 20.08.2024. Lisboa: [Consult. 21.08.2024]. Disponível na Internet: <URL: http://www.occ.pt/pt-pt/noticias/ativos-fixos-tangiveis>.

2. As cláusulas de proibição previstas na LDF: artigos 3.º, n.º 2 e 223.º, n.º 1, alínea *b*)

A actual Lei-Quadro das Fundações-LQF não proíbe de forma directa e objectiva as fundações família; porém, é particularmente exigente na verificação do conceito de *fins de interesse social*, e na recusa do reconhecimento da fundação ao considerar o aproveitamento dos fins da fundação ao *instituidor ou à sua família, parentes e afins ou a um universo restrito de beneficiários com ele relacionados.*

O n.º 2 do art. 3.º da LQF adopta a seguinte redacção: *são considerados fins de interesse social aqueles que se traduzem no benefício de uma ou mais categorias de pessoas distintas do fundador, seus parentes e afins, ou de pessoas ou entidades a ele ligadas por relações de amizade ou de negócios.* Encontra-se, pois, consagrada a conceptualização de *fins de interesse social*([2]), ao designar 25 fins de interesse social assentes num desenho jurídico que persegue uma lógica que poderemos identificar como exaustiva, e positivando uma conceptualização dos fins para as fundações privadas que decorre dos fins de interesse público, tal qual brota do termo *designadamente*, como se demonstra:

1) a assistência a pessoas com deficiência;
2) a assistência a refugiados e migrantes;
3) a assistência às vítimas de violência;
4) a cooperação para o desenvolvimento;
5) a educação e formação profissional dos cidadãos;
6) a preservação do património histórico, artístico ou cultural;
7) a prevenção e erradicação da pobreza;
8) a promoção da cidadania e a proteção dos direitos do homem;
9) a promoção da cultura;
10) a promoção da integração social e comunitária;
11) a promoção da investigação científica e do desenvolvimento tecnológico;

([2]) Os fins de interesse social aqui plasmadas encontram-se praticamente decalcados dos fins de utilidade pública que resultam da Lei n.º 36/2021 de 14.06, art. 4.º "Fins de Utilidade Pública" (Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública). Procuradoria-Geral Regional de Lisboa. Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública (versão actualizada). Lisboa [Consultado em 17.04.2025] Disponível em <https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3423&tabela=leis&ficha=1>.

12) a promoção das artes;
13) a promoção de acções de apoio humanitário;
14) a promoção do desporto ou do bem-estar físico;
15) a promoção do diálogo europeu e internacional;
16) a promoção do empreendorismo, da inovação ou do desenvolvimento económico, social e cultural;
17) a promoção do emprego;
18) a promoção e protecção da saúde e a prevenção e controlo da doença;
19) a promoção do ambiente ou do património natural;
20) a proteção dos cidadãos na velhice e invalidez e em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho;
21) a proteção dos consumidores;
22) a proteção e apoio à família;
23) a proteção e apoio às crianças e jovens;
24) a resolução dos problemas habitacionais das populações;
25) o combate a qualquer forma de discriminação ilegal.

Resulta, pois, desta técnica utilizada pelo legislador ordinário uma quase obrigatoriedade do destinatário se limitar a escolher um de entre esses interesses, impedindo as fundações privadas de poderem desenvolver interesses privados legítimos, tais como o são os legítimos interesses centrados na família, enquanto única instituição natural e basilar da sociedade numa lógica de principal fonte de educação moral e cívica, devidamente reconhecida e protegida na Constituição da República Portuguesa([3]). E, através desta entorse legislativa limitar e controlar a escolha do fim das fundações privadas, estabelecendo uma comparabilidade que poderemos classificar como decalcada dos fins dos institutos públicos.

Por outro lado, acresce, ainda, a norma limitativa/proibitiva consagrada no art. 23.º, n.º 1, *a*) da LQF ao determinar que a recusa do reconhecimento ocorrerá se os *fins da fundação não sejam considerados de interesse social, se aproveitarem ao instituidor ou a sua família ou a um universo restrito de beneficiários com ele relacionados.*

([3]) Arts. 65.º, nº 1 "Habitação e urbanismo", 67.º "Família" e 68.º "Paternidade e maternidade".

Dúvidas não poderão persistir quanto à restrição/impedimento/proibição que à guisa da conceptualização de *fins de interesse social* que atravessa o conteúdo da redacção dos dois artigos aqui em decomposição, ao excluir, materialmente, desse conceito a família, os parentes do fundador e os seus afins, e até as pessoas ou entidades que estejam com ele relacionadas por relações de amizade ou de negócios. Trata-se de uma cláusula limitativa/proibitiva, já referida atrás que, na prática, proíbe as fundações de tipo privado, em contraponto com a liberdade que é concedida — pela lei — quanto à constituição das sociedades comerciais([4]) *tout cour* onde não existem tais proibições.

Perante o quadro Jus-normativo que é imposto pela LQF estamos em crer que, a inadmissibilidade de fundações privadas que persigam fins privados lícitos resulta de uma clara violação do Princípio da Autonomia Privada da Vontade, a que está associada uma inequívoca manifestação ideológico-política por parte do legislador ordinário, não sendo despiciente considerar a estatização do já referido regime jurídico.

De todo o modo, em face da natureza jurídica que procede da redacção dos arts. 3.º, n.º 2 e 23.º, n.º 1, alínea *b*) importa recuperar a redacção conferida ao art. 62.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa — CRP: *"a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição".*

Em face do teor do texto constitucional em decomposição, parece que os arts. 3.º, n.º 2 e 23.º, n.º 1, alínea *b*) da LQF nos conduzem a um difuso contexto axiológico que poderá naufragar perante a ordem jurídica que decorre do citado artigo da Constituição da República Portuguesa, porquanto «o direito de propriedade reconduz-se a um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias»([5]). Do preceito constitucional aqui em apreço parece, também, que decorre um contexto axiológico que nos conduz à existência de um direito de liberdade de disposição donde, eventualmente, poderá emergir uma inconstitucionalidade material que aqui não será tratada por exorbitar o tema em análise. Porém, fica aqui o apontamento para uma posterior abordagem em tema dedicado.

Neste contexto dogmático resulta do texto dos arts. 3.º, n.º 2 e 23.º, n.º 1, ambos da LQF, uma inequívoca limitação à liberdade de disposição dos bens do instituidor/fundador que deriva da imposição dos fins de inte-

---

([4]) Consultar art. 8.º do Código das Sociedades Comerciais.

([5]) Miranda, Jorge; Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*: Introdução Geral, Preâmbulo, 2.ª ed., Tomo I. Coimbra: Wolters Kluwer sob a marca Coimbra Editora, [2010]. ISBN 978-972-32-1822-0, p. 1242.

resse social a todas as fundações, impedindo as fundações privadas de poderem exercer o escopo consentâneo que decorre da sua idiossincrática natureza jurídica: ou seja, promover fins lícitos de interesses privados, nos quais estão certamente integrados os legítimos interesses no quadro familiar.

3. Breve nota sobre a Fundação Família em Espanha, França e Alemanha

Com esta breve nota não pretendemos estabelecer uma análise em sede de Direito Comparado, mas apenas uma ligeira apreciação dos regimes jurídicos que povoam as jurisdições aqui em apreço.

O regime jus-fundacional em Espanha, nos termos do *artículo 3. Fines y beneficiários, n.º 3*([6]) está desenhado no sentido de não permitir, enquanto finalidade principal, a constituição de uma fundação que destine as suas prestações ao fundador, aos *patronos*, ao cônjuge ou a pessoas ligadas por análoga relação de afectividade e aos parentes até ao quarto grau inclusivé; porém, ao referir-se a lei apenas à finalidade principal está materialmente a delimitar esse mesmo fim, donde poderemos interpretar que se a finalidade a considerar for secundária será permitida a atribuição de prestações ao fundador e às entidades com ele relacionadas.

Por outro lado, a doutrina tem admitido a admissibilidade das fundações família enquanto tipologia acolhida pelo regime consagrado na Ley 50/2002, 26.12:

> *Aunque existe un único régimen jurídico, tanto en nuestro país como en los de nuestro entorno, se ha reconocido la existencia de distintos tipos de fundaciones, atendiendo principalmente a la forma de financiación o al origen de los recursos. Así, podríamos hablar de fundaciones patrimoniales, fundaciones corporativas o fundaciones familiares, entre otras*([7]).

O regime fundacional francês constituiu uma forma muito peculiar de preservar o património familiar através da alocação desse património a

---

([6]) Gobierno de España — Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Madrid: [Consult. 23.08.2024] Disponível em <www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-25180>.

([7]) Olit, Beatriz Fernandez [*et al.*], *Las Fundaciones Filantrópicas Personales y Familiares en España: El marco legal de las Fundaciones Filantropicas Personales y Familiares*, Madrid: Comillas Universidad Pontificia, AEF-Asociación Española de Fundaciones e Diagram, 2018. ISBN: 978-84-09-071154-8, pp. 80-81.

um interesse geral, alocação essa da qual resulta rendimentos de capital que serão aplicados na defesa da causa escolhida. Dessa precisa e preciosa capitalização do património familiar resultam três factos a ter em consideração:

a) os rendimentos serão aplicados na causa apoiada;

b) o património fica assegurado enquanto perdurar a aplicação do citado património; e

c) a possibilidade dos descendentes do(s) fundador(es) poderem ver-lhes devolvidos os bens([8]).

O quadro jurídico alemão prevê e disciplina o regime fundacional privado unitário ao longo dos §§ 80 a 89 do BGB, aplicando-se também a legislação federada do Estado onde se situa a sede social, parágrafos que foram recentemente alterados em resultado da profunda reforma ocorrida em 2023, e que determinou a criação da "Regra de Julgamento de Negócios" de forma a permitir a defesas das decisões dos responsáveis pela gestão das fundações, de entre outras amplas alterações.

As fundações privadas estão sujeitas ao reconhecimento por parte da Autoridade do Estado Federado, constituindo elementos centrais a elaboração do negócio da fundação e os estatutos sociais.

A Fundação Família é considerada uma fundação com capacidade jurídica que lhe advém pelo reconhecimento no âmbito do BGB([9]), e que adopta como desiderato um certo e determinado interesse privado, ficando sujeita a dois elementos funcionais determinantes que lhe são destinados pelo fundador:

a) destina um conjunto de bens especificamente elencados a favor de uma certa e determinada família ou de uma sociedade comercial familiar; e,

b) elenca as personalidades beneficiárias dos resultados esperados pela administração.

As fundações família têm como desiderato fundamental apoiar uma certa e determinada família através dos ganhos de capital que resultarem da aplicação no mercado transaccionável dos bens que lhe foram alocados

---

([8]) CFF — Centre Français des Fonds et Fondations. Créer un fonds ou une fondation familiale. Paris: [Consult. em 23.08.2024]. Disponível em <www.centre-francais-fondations.org/wp-content/uploads/2022/10/Creer-un-fonds-ou-une-fondation-familiale.pdf>.

([9]) *Bürgerlihes Gesetzbuch* (Código Civil Alemão).

pelo fundador; por outro lado, esta tipologia fundacional está obrigada ao cumprimento dos seus deveres fiscais, tal como ocorre com as sociedades comerciais([10]).

4. O regime dos Acordos Parassociais

Como resposta ao nosso problema o empresário pode lançar mão da aplicação de um acordo parassocial([11]), revestindo este, uma natureza independente do contrato social, porquanto se afigura como um contrato exterior que retracta a vontade declarada de uma ou mais partes com vista a regular um conjunto de comportamentos individuais, mas com reflexos na vida da sociedade.

Neste contexto, e por via disso mesmo, são entendidos como contratos organizativos de tipologia bilateral ou multilateral. Assim, ao celebrar o acordo parassocial com todos os seus sócios/familiares, por via do exercício do Princípio da Autonomia Privada da Vontade poderá fazê-lo antes ou depois da constituição da sociedade comercial; celebrado antes, estabelecerá um conjunto de relações a ocorrer na pendência da vida societária e, ocorrendo depois, pretenderá regular vários aspectos da vida da sociedade, sendo que, em ambos os casos, ficarão vinculados todos os seus subscritores pelos efeitos produzidos entre as partes.

O legislador português não previu uma limitação/duração temporal do acordo parassocial e, com essa omissão, poderá ter criado um problema no seio dos seus subscritores, nomeadamente, se algum(s) subscritor(es) pretender(em) exercer o direito de revogação ou de renúncia; ora, desta objectiva omissão e com vista a poder ser ultrapassada, entendemos que, os subscritores deste contrato, deverão definir temporalmente a sua duração, através da sua redução a escrito, e assim evitando os eventuais problemas que possam surgir tal como ao adiante iremos desenvolver.

Entendemos que a inexistência de um período de duração nestes pactos poderá enquadrar-se no regime das designadas obrigações perpétuas, que são absolutamente proibidas nos termos do art. 18.º alínea *j*) das "Cláusulas Contratuais Gerais", que aqui se enuncia:

([10]) *Deutsche Stiftungsagentur. Was ist eine Familienstiftung?* Neuss: [Consult. 23.08.2023] Disponível em <www.stiftungsagentur.de/glossar/familienstiftung>.

([11]) Furtado, Pinto, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 6.ª ed. (revista e actualizada) Quid Juris, 2012. Consultar art. 17.º. ISBN 978-972-724-606-9.

Artigo 18.º
(Cláusulas absolutamente proibidas)

São em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que:
j) Estabeleçam obrigações duradouras perpétuas ou cujo tempo de vigência dependa apenas da vontade de quem as predisponha([12]).

Face a esta inexistência legal relativamente à sua duração, somos do entendimento que deva ser incluída uma cláusula que sujeitará a duração do acordo parassocial a um termo certo ou incerto, permitindo assim, aos seus subscritores, perceber que a verificação de um evento futuro irá determinar a sua duração; com esta inclusão, previne-se uma putativa desvinculação do subscritor do acordo, assim se contribuindo para o reforço das razões objectivas e subjectivas que levaram à sua subscrição.

Estamos perante um acordo que inclui os interesses dos sócios que partilham *in totum* a qualidade de familiares e, por isso mesmo, não existem materialmente interesses de terceiros; donde, poder-se-á admitir que o acordo parassocial possa sobrepor-se às regras societárias enquanto motivação com vista à preservação do património familiar, motivação que não é proibida pela lei, adoptando uma perspectiva de governação bem diferente da societária.

Dito isto, a família ao lançar mão deste instituto jurídico está a utilizar as boas práticas com vista ao sucesso que se pretende atingir com a manutenção do seu acervo e, indirectamente, a contribuir positivamente para o enriquecimento do património nacional visto como um todo.

Neste desenho jurídico, o Acordo Parassocial apenas relevará para os efeitos dos seus subscritores, circunscrevendo-se nesse círculo e representando um elemento determinante em relação ao Contrato Social.

5. Os meios de controlo

Os meios de controlo dos acordos parassociais revestem, *prima-facie*, a modelação de um conteúdo que pretende regulamentar a vida dos subscritores entre si e, entre estes e a sociedade e, entre a sociedade e terceiros; ademais, os subscritores lançam mão dos meios adequados em

---

([12]) Procuradoria-Geral Regional de Lisboa. *Cláusulas Contratuais Gerais* (versão actualizada), 10.ª versão, Lisboa [Consultado em 17.04.2025], disponível em <https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis>.

homenagem ao Princípio da Liberdade Contratual no domínio da autonomia privada, podendo fixar os conteúdos dos contratos tal como decorre dos termos da redacção do art. 405.º do Código Civil([13]).

De salientar o regime que se encontra vertido nos termos do art. 17.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais-CSC, do qual resulta um acordo entre as partes subscritoras tendentes à adopção de uma conduta que seja legalmente admissível; porém, com base nesse acordo não será admissível ou suficiente para permitir a impugnação dos actos societários, ou dos sócios contra a sociedade.

Dir-se-á, então, que os meios de controlo se limitam à primeira parte do n.º 1 do art. 17.º do CSC, encontrando-se tipificados os acordos quanto ao direito de voto no número 2 do art. 17.º.

5.1. Acordos relativos aos direitos de voto

Os acordos relativos aos direitos de voto que obrigatoriamente pressupõem a intervenção de, pelo menos, uma pessoa com legitimidade para estar presente na assembleia-geral, encontram-se cristalinamente previstos no art. 17.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais; porém, proíbe a *«conduta dos intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração ou de fiscalização»*; no n.º 3, do citado artigo, contemplando-se a proibição que decorra da influência da sociedade e dos seus órgãos sociais junto dos sócios, no sentido de estes aprovarem as deliberações que lhes convier.

Reveste este tipo de acordo, assente no princípio personalístico, a fórmula de se alcançar em concreto uma determinada votação de um sócio ou, por outro lado, num acordo mais longo que permita o comprometimento durante um certo período, podendo visar certas matérias específicas. E, dentro destas, as matérias que terão que ver com a estabilidade do *Governance*, nomeadamente, as que dizem respeito à ordem do dia nas assembleias-gerais anuais, em face da discussão se limitar à apreciação e aplicação dos resultados do exercício social.

Saliente-se que, o incumprimento ilícito do acordo parassocial, gerará para o infractor responsabilidade civil, desde que, tenha agido com culpa.

([13]) PGDL — Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. *Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro*. Código Civil (versão actualizada), Lisboa [Consult. 25.08.2024]. Disponível em <https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0405&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>.

Quando este tipo de acordo incide num grupo de sociedades que está conformado numa relação de participação ou de grupo, tal como decorre nas sociedades coligadas([14]), então, poder-se-à dizer que visa *«assegurar o controlo das deliberações da assembleia-geral da sociedade participada e, por tabela, dos respectivos órgãos da administração e fiscalização»*([15]).

5.2. Acordos relativos à transmissão das participações sociais

A natureza destes acordos prende-se, desde logo, com uma disciplina que convenciona a transmissibilidade das participações sociais, também designadas por convenções ou sindicatos de bloqueio. Do ponto de vista exegético estamos perante o exercício do Princípio da Autonomia Privada que determina os níveis de capacidade de transmissão das participações sociais, e das suas consequências na esfera jurídica dos intervenientes.

O conteúdo destes acordos poderá passar pelas seguintes limitações à transmissibilidade:

a) transmissão a terceiros;

b) limitações à livre transmissibilidade; e,

c) transmissibilidade limitada a um outro acordo sobre o exercício do direito de voto.

Neste contexto estes acordos limitam a transmissibilidade, ou seja, ao considerar um conjunto de proibições através de convenções de direitos de preferência na aquisição e na alienação de participações sociais e, também, em postular um direito de opção de compra e venda.

A ductilidade destes acordos é a que decorre da sua adaptação aos interesses específicos dos sócios e, no caso em apreço, aos interesses na protecção do património familiar que não seriam possíveis através do contrato social. Decorre, pois, no âmbito do nosso estudo, a possibilidade de manutenção dos patrimónios familiares com recurso a este expediente jurídico, em face da impossibilidade/proibição de se admitirem as fundações familiares, que de forma mais limpa atenderiam ao desiderato pretendido,

---

([14]) Furtado, Pinto, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 6.ª ed. (revista e actualizada) Quid Iuris, 2012. Consultar art. 482.º. ISBN 978-972-724-606-9.

([15]) Antunes, José Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*, 2.ª ed. revista e actualizada, Almedina, 2002. ISBN 978-972-401-16290, p. 499.

bem sabendo que tal figura asseguraria o cumprimento das suas obrigações fiscais em linha com o regime das sociedades comerciais.

Por último, diremos que estes *acordos amplificam o contrato social*, provocando um *efeito radiante no comportamento* dos seus subscritores, tendo sempre como linha de horizonte jurídico os determinados interesses das partes subscritoras.

5.3. Acordos sobre o funcionamento da sociedade comercial

Uma outra forma de poder influenciar a manutenção do património societário e a sua gestão dinâmica no sentido de através dele criar mais-valias, será a de poder interferir na vida da sociedade através da tomada de determinadas orientações na gestão, fundamentalmente, do ponto de vista do tipo de mercados que devam ser considerados, do tipo de financiamento que deva ser utilizado, e na forma de organizar internamente a vida social.

Este tipo de acordo poderá propiciar não só a manutenção do património, como também, o seu incremento.

5.4. A cláusula penal

Sendo o Acordo Parassocial um contrato celebrado entre os sócios de uma sociedade comercial no âmbito e de acordo com os limites do Princípio da Autonomia Privada da Vontade([16]), que visa regular os seus comportamentos societários enquanto titulares de capital, mas sem interferir na pessoa colectiva, a possibilidade de se prever uma cláusula sancionatória pelo não cumprimento contratual através da fixação de um *quantum*, encontra-se perfeitamente estribada no contexto doutrinário e normativo([17/18]). Ora, tal cláusula penal, susceptível de ser accionada em face da natureza jurídica dos comportamentos dos subscritores não necessitaria, para ser accionada, da prova da existência de um dano, dado que, o que está em causa será o cumprimento de uma obrigação contratual,

---

([16]) Neto, Abílio, *Código Civil Anotado*, 19.ª ed. reelaborada, Ediforum Lisboa, 2016. Consultar art. 405.º. ISBN 978-989-8438-14-0.

([17]) Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial das Sociedades*, 6.ª ed., Almedina, 2020, Vol. II, Reimpressão. ISBN 978-972-40-7840-3, pp. 154-158.

([18]) Sequeira, Manuel, *Revista do Direito das Sociedades X*, 2018, pp. 771-833.

decorrendo desse preciso incumprimento essa mesma obrigação de indemnizar pela não realização de um comportamento convencionado *inter* partes.

A jurisprudência portuguesa tem entendido que a exigibilidade da cláusula penal depende da «sua válida aceitação e a verificação da situação por si prevenida», como também a «actuação culposa por parte do devedor incumpridor».

5.5. A acção de cumprimento da obrigação de *facere*

Este tipo de acção será o adequado quando, pelas circunstâncias do incumprimento, a sanção adequada seja a de obrigar o devedor ao cumprimento daquilo a que se obrigou.

Na verdade, a melhor solução para resolver juridicamente o incumprimento será, desde logo, solicitar ao devedor o cumprimento das obrigações às quais se convencionou, desde que ainda seja possível, e juridicamente enquadrável essa mesma reposição.

5.6. A acção de cumprimento de obrigação no Acordo Parassocial

Este tipo de acção parece ter o seu enquadramento jurídico, sendo que, entendemos que poderá, também, o subscritor do Acordo Parassocial intentar um procedimento cautelar não especificado quando se preveja um justo receio de incumprimento quer por actos praticados, quer por declarações produzidas.

5.7. O mais adequado ao *Family Governance*: o acordo parassocial ou o *trust*?

Face ao exposto julgamos que os interesses familiares no que toca à protecção do seu património, desde que dentro dos limites legais, deverão acolher os acordos que melhor protejam essa realidade patrimonial.

De salientar que o exercício que estamos a elaborar será sempre o resultado da impossibilidade legal da Lei-Quadro das Fundações proibir as Fundações Família e, *stricto sensu* impedir que o fundador possa destinar bens a favor dos seus familiares e até, dos afins e pessoas ou entidades que com ele estejam ligadas por laços de amizade ou de negócios. Donde, à

míngua de um quadro jurídico adequado, os mecanismos protectores dos bens familiares tenham que ser desenhados de uma forma virtuosa.

Regressando ao tema, e fazendo uma sumária viagem ao *trust*, ou *propriedade fiduciária*, constatamos que a sua aplicação é a que mais se adequa aos sistemas financeiro e bancário dado que, os fluxos transaccionáveis se situam nas transferências financeiras, ou seja, nas transmissões de bens de capital expressos em moeda ou em produtos derivados que são aplicados em jurisdições com sistemas fiscais ditos mais competitivos, eufemisticamente assim considerados.

Porém, teremos que atentar às características do *trust* que assenta a sua natureza no instituto fiduciário, marcadamente indutor de uma gestão fiscal que muitas das vezes pode ser considerada agressiva pelas autoridades fiscais, pelo que, entendemos constituir uma maior segurança para o património familiar, a adopção dos mecanismos societários clássicos, como aquele que constitui a celebração do acordo parassocial aqui em referência.

Todavia, competirá sempre tomar em devida nota a vontade declarada no exercício do Princípio da Autonomia Privada da Vontade, a decisão que resultar dessa mesma autonomia.

6. Conclusões

Do exposto e de acordo com o problema em análise, que busca uma resposta jurídica no sentido de proteger o património familiar, desde logo porque a sua dissipação tem marcado os comportamentos sociais, normalmente quando a sociedade conjugal se desmorona ou quando a família utiliza os mecanismos jurídicos da partilha, muito pouco céleres e muito pouco atinentes a uma gestão patrimonial profícua e dinâmica, haverá que perscrutar no quadro normativo uma possível solução que, pese embora não se desenhe perfeita, poderá ajudar — numa parte — a manter a Família como titular do património e, de forma não despicienda, a manutenção desse mesmo património em Portugal.

Este mecanismo tipificado e marcadamente societário pode, também, servir os interesses patrimoniais da família, criando limitações e proibições aos titulares do património que impeçam a sua livre transmissibilidade, permitindo a sua manutenção na jurisdição familiar, para além de criar os actos de gestão dinâmicos com vista ao incremento patrimonial, assim impedindo ou atenuando a sua depreciação económica.

O FUTURO NA EXECUÇÃO: A EXECUÇÃO SOBRE BENS FUTUROS

Pelo Prof. Doutor José Lebre de Freitas

Sumário:

I. Objeto e delimitação. **II.** Penhora de direito de crédito futuro ou de coisa futura. **III.** Conflito entre o direito do exequente e o direito de terceiro. **IV.** Penhora de direito de crédito futuro cedido. **V.** Contrato-promessa de transmissão de coisa objeto de penhora anterior ao contrato definitivo. **VI.** Uma última decisão jurisprudencial.

I. Objeto e delimitação

1. O futuro é **por natureza** incerto

Claro que a previsão que repousa na estabilidade das **leis científicas** tem uma margem de incerteza desprezível. Mas tudo o que dependa duma **atuação humana**, como é o caso do ato de cumprimento da obrigação, ou de um **fenómeno** natural apenas **provável** (a chuva ou o sol que se prevê), já assim não é. A demarcação, no negócio jurídico, entre o **termo** (art. 278.º CC) e a **condição** (art. 270.º CC) radica nesta distinção.

Entrando no campo das execuções, é de constatar que a álea inerente ao cumprimento forçado pode ser **económica** ou **jurídica**.

O risco da inexistência do bem, designado para a penhora, na esfera do devedor, o de o valor da venda não atingir o valor de mercado ou outro que tenha sido estimado na avaliação feita e o de, quando se verifique que não cobre o valor do crédito, outros bens já não ter o devedor constituem áleas meramente económicas, que podem afetar a realização prática do direito, mas não atingem a sua existência. Se quisermos tentar estabelecer

uma hierarquia consoante o grau de risco corrido pelo exequente, diremos que ele é menor na penhora de coisa imóvel e vai crescendo quando daí se passa à penhora do estabelecimento comercial (art. 782.º CPC), à penhora de coisa móvel, à penhora da quota em sociedade (art. 781.º CPC) e à penhora do direito de crédito seguida de adjudicação a título de **dação *pro solvendo*** (arts. 799-6.º CPC e 840.º CC). Mas, salvo o desaparecimento ou a alienação do bem penhorado, algum valor há de ser realizado.

De aleatoriedade económica se falará ainda quando se considere a penhora do direito de crédito seguida de adjudicação a título de **dação em cumprimento** (art. 837.º CC); mas neste caso aos riscos referidos acresce o de o não pagamento pelo terceiro devedor deixar o direito exequendo, porque extinto, sem qualquer hipótese de realização prática.

Álea jurídica se verifica na penhora de direito ou expectativa de aquisição (art. 778.º CPC). Consiste ela em poder não se constituir o direito (sobre coisa ou outro) que o executado tem o direito ou a expectativa de adquirir. Se continuássemos a graduar em abstrato os riscos do credor exequente, colocaríamos este no cimo da escala, tudo concretamente dependendo, porém, das circunstâncias próprias do caso.

Quando especificamente considerada a penhora do direito de crédito (art. 773-º CPC), há sempre que contar com o **risco do incumprimento**: o cumprimento, como ato humano, pode não ter lugar, pelo que, o cumprimento da obrigação é por natureza incerto. Toda a penhora do direito de crédito, ainda que este exista na titularidade do devedor, implica o risco de não cumprimento (e de não cobrança coativa), que pode reduzir a zero a legítima previsão do comprador adquirente ou do credor adjudicatário *pro soluto* (art. 799-6.º CPC *a contrario*).

O risco do adquirente é, em princípio, maior quando o crédito já esteja vencido e não tenha sido pago. Claro que no depósito bancário (art. 780.º CPC) este risco é menor do que quando o terceiro devedor é um particular com património reduzido.

2. Não é, porém, destes tipos de risco que vou tratar, nem de todas as situações em que, na execução, o futuro está, dum modo ou de outro, envolvido. A consideração das situações que se seguem ajuda a delimitar o tema.

Em primeiro lugar, ficam de fora dele duas situações distintas de **sinalagma funcional** ou obrigação só exigível **depois** do cumprimento da contraobrigação.

A primeira é a de penhora de direito de crédito cuja exigibilidade dependa de **prestação a efetuar pelo executado**: penhorado o crédito, se o executado não cumprir a contraobrigação, o exequente pode exigir o

cumprimento, tal como pode exigi-lo o terceiro devedor, ou efetuar a prestação, ficando neste caso sub-rogado nos direitos do devedor executado (arts. 776.º-2 CPC e 592.º-1 CC).

A segunda é a da **contraprestação devida por terceiro ou pelo próprio exequente** (em sinalagma funcional, ou cujo cumprimento deva anteceder o cumprimento da obrigação exequenda): embora a lei processual lhe dê tratamento processual idêntico ao da condição suspensiva (715.º-1 CPC), não constitui, como esta, situação de pura inexigibilidade, mas sim ainda de invocabilidade da exceção de não cumprimento, como tal paralisadora do direito exequendo (art. 428.º-1 CC).

Em segundo lugar, está excluída a situação resultante de escritura pública ou documento autenticado em que se convencionem prestações futuras ou se preveja a constituição de obrigações futuras (art. 707.º CPC): não estando o título formado senão quando se prove (por documento passado em conformidade com esse documento-base ou dotado de força executiva própria) a realização de alguma prestação para conclusão do negócio ou a constituição de alguma obrigação das previstas, não há execução antes que tal aconteça. Nestes casos, o futuro surge em face do documento-base do título executivo, mas não em face da execução proposta. Não se trata, pois, de futuro na execução, mas de futuro anterior à formação integral do título, existente à data da propositura, em que ele se funda.

Não deixo, porém, de chamar a atenção, pela sua importância, para as duas situações que o art. 707.º CPC prevê e que a atual redação, emergente da revisão de 1995-1996 do CPC de 1961, veio clarificar. A primeira é a de um **contrato real prometido** por documento autêntico ou autenticado (abertura de crédito, promessa de mútuo, fornecimento, comodato, depósito, locação) e completado pela respetiva prestação constitutiva. A segunda situação prevista é aquela em que as partes, sem contraírem qualquer vinculação, se tenham limitado a **prever** a possibilidade da sua constituição futura, nomeadamente constituindo logo uma garantia (*maxime* hipotecária, como é frequente na prática bancária) que cubra a realização dessa previsão. A estas duas situações se refere a estatuição da norma, quando sucessivamente discrimina a realização da prestação com que o negócio se aperfeiçoa e a constituição da obrigação prevista pelas partes.

A abolição, pelo CPC de 2013, da exequibilidade do documento particular em geral leva, por seu lado, a que o preceito se aplique fundamentalmente ao **documento complementar estipulado** (por terem ficado reduzidos os casos de documento com força executiva própria) e, por outro, a impossibilitar a sua interpretação, anteriormente por mim defendida, por modo que se aplique extensivamente aos **documentos particulares**.

Em terceiro lugar, fica também de fora a penhora do **direito à aquisição de bem determinado** (art. 778.º CPC), que é penhora dum direito (real ou de crédito) **atual**, e não futuro, independentemente das situações jurídicas que com o seu exercício se constituem. Aproxime-se este caso do de penhora de crédito bancário: também esta incide sobre bem atual (o saldo à data existente), excluindo as flutuações resultantes de operações, a crédito ou a débito, futuras, sem prejuízo da afetação do saldo por operações anteriores mas ainda não creditadas ou debitadas (art. 780.º CPC, n.os 2, 8 e 10).

O mesmo se dirá da **expectativa de aquisição**, que não é expectativa de adquirir um direito de aquisição, mas sim de adquirir **o bem que é seu objeto**.

3. O objeto nuclear deste estudo é, sim, a penhora de coisas móveis ou imóveis, ou de direitos de crédito (objetiva ou subjetivamente) futuros. E isto quer o bem futuro tenha sido dado em garantia anterior à execução, quer a penhora constitua a primeira garantia do credor.

II. Penhora de direito de crédito futuro ou de coisa futura

1. Constituem casos típicos de **direito de crédito futuro** suscetível de penhora:

— Crédito resultante de contrato sujeito a condição suspensiva, constituindo expectativa como tal juridicamente tutelada (art. 273.º CC);

— Crédito proveniente de contrato de execução continuada (arrendamento, aluguer, locação financeira) em que são penhoradas prestações periódicas ou prestações contínuas que pressuponham a continuação da vigência do contrato após o prazo de duração em curso;

— Dividendos de ações por apurar; produto das entradas em certo espetáculo cultural ou evento desportivo; direitos patrimoniais de autor por obra escrita ou obra audiovisual editada por outrem.

Quanto à 1.ª situação, tenha-se em conta que a condição opera exclusivamente no plano da eficácia do negócio jurídico, que fica suspensa até que a condição suspensiva se verifique e se extinguirá se a condição reso-

lutiva vier a verificar-se. Ainda que tanto a situação do adquirente do direito, quando a condição seja suspensiva, como a do alienante, quando a condição seja resolutiva, goze da tutela conferida pelo art. 273.º CC, só a primeira é qualificável como expectativa jurídica (de aquisição dum direito em vias de constituição), enquanto a segunda, sem prejuízo das previsões subjetivas do alienante, constitui um facto extintivo (dum direito válido e eficazmente constituído). No entanto, dada a eficácia retroativa de ambas as condições (art. 276.º CC), o regime de anulação derivado dos negócios dispositivos eventualmente celebrados no período da pendência da condição que venha a verificar-se (pelo alienante quando a condição é suspensiva; pelo adquirente quando a condição é resolutiva) é idêntico.

Na 2.ª situação, são atuais os direitos de créditos respeitantes ao período contratualmente estipulado, ainda que o vencimento de cada prestação (devida pelo locatário) vá ocorrendo, sucessiva e periodicamente, ao longo desse período, ou que o contracrédito (devido pelo locador) tenha natureza continuada. De direito futuro (e não de expectativa, por falta de proteção jurídica da posição de esperança na renovação do negócio que a parte porventura tenha), só pode falar-se relativamente às prestações, periódicas ou contínuas, que poderão — ou não — resultar duma eventual continuação da relação para além do prazo contratual ainda em curso. Note-se que o ato de renovação ou de não oposição à renovação é o núcleo essencial constitutivo dos direitos de crédito recíprocos renovados, não constituindo, como a condição, um acontecimento exterior ao conjunto dos requisitos constitutivos do negócio jurídico, entre os quais está a vontade das partes.

Quanto às situações jurídicas exemplificadas em 3.º lugar, ocorrem sempre que o executado é credor dos dividendos, do produto das entradas ou dos direitos do autor, que lhe venham a ser devidos por terceiro (a sociedade, o produtor ou exibidor, a editora). Já se se tratar de dividendos por ações próprias da sociedade executada, de espetáculo diretamente explorado pelo devedor ou de obra editada pelo autor, tendo nos dois últimos casos o executado recebido diretamente as respetivas quantias, podemo-nos encontrar no campo da penhora de coisa móvel futura (o dinheiro), sem prejuízo de a penhora se converter em penhora de direito de crédito se essas quantias, quando recebidas, vierem a ser depositadas em instituição bancária.

2. Para que a penhora seja admissível, pressupõe-se normalmente uma **relação jurídica existente** à data em que ela é efetuada, com o que a prestação obrigacional se mostra determinada.

Mas são também aceitáveis, para o efeito, algumas **relações a constituir, desde que individualizadas**: as receitas de um filme determinado que o distribuidor ainda não adquiriu, da exploração de um barco que o devedor se propõe comprar, do arrendamento dum prédio em oferta pública de arrendamento constituem objeto **determinável**, de acordo com a norma geral dos arts. 397.º e 400.º do CC, de direitos de crédito futuros. Repare-se, também aqui, que nem sempre se tratará de penhora de direito de crédito, podendo sê-lo de rendimento a obter diretamente pelo próprio devedor: de penhora de direito de crédito serão se o arrendamento for feito **por intermediário**, que receba as rendas, ou se o barco for explorado por entidade terceira a constituir-se devedora do futuro proprietário. Na hipótese de penhora de rendimento a obter pelo devedor aproximamo-nos de novo da situação de penhora de coisa futura.

Excluída está, por não revestirem o requisito da determinabilidade da prestação, a penhora de créditos eventuais (resultantes, por exemplo, sem mais especificação, do exercício duma atividade profissional do devedor — compra e venda ou prestação de serviços que se espere que tenha lugar no futuro: o produto de todas as vendas a realizar pelo comerciante, de todos os arrendamentos e efetuar pelo proprietário de vários prédios, de todas as reparações a fazer pelo canalizador(1).

Note-se, porém, que o art. 224.º-1-*f* CPPT estatui que, não existindo o débito do terceiro notificado como devedor do executado, ou sendo ele insuficiente para cobrir a dívida ao exequente, pode o órgão de execução fiscal notificá-lo da penhora de "créditos futuros até àquele valor". Uma interpretação restritiva deste preceito impõe-se. Lembremo-nos de que, ao invés, a penhora de saldos bancários incide apenas sobre o montante existente à data da penhora, não abrangendo depósitos futuros (art. 780.º CPC, n.os 2, 8 e 10).

---

(1) Em artigo publicado na Internet, Francisco Ferreira, Alexandre Sampaio, *O penhor de créditos futuros no direito português*, Foro de Actualidad, Uría Menéndez, entendem admissível o (análogo) penhor de créditos futuros desde que se individualize o terceiro devedor, a atividade do executado, um acervo de bens produtivos de rendimento ou até só certo limite de valor máximo, quantitativo ou temporal. Afigura-se-me que não é suficiente para se considerar verificado o requisito da determinabilidade da prestação, ainda que os autores terminem apelando para a substituição de critérios gerais pela consideração das circunstâncias do caso concreto. Admito que seja este — e só assim o entendo correto — o entendimento da afirmação de Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, Coimbra, Almedina, 2005 (2016), p. 419, quando admite a cessão de créditos futuros (com tratamento semelhante ao da penhora de créditos futuros, de que resulta a sua afetação à finalidade da posterior transmissão executiva) mediante negócio jurídico já celebrado (rendas futuras do arrendamento) **ou não** (preço das mercadorias a vender). Já cessões como a do crédito proveniente da prestação de um contrato de fornecimento contínuo, com valor a determinar, não são controversas.

O requisito da determinabilidade da prestação refere-se fundamentalmente ao **objeto mediato da relação jurídica**(2), implicando, pois, que o critério de individualização desse objeto, quando a relação não esteja já constituída, não possa ser meramente genérico (todas as vendas a realizar pelo comerciante, ou todos os arrendamentos que venham a ser feitos pelo proprietário de vários prédios, sem descrição do tipo de mercadoria ou individualização desses prédios).

3. Na **penhora de coisa futura**, a determinação da coisa (art. 202.º-1 CC), seja ela imóvel (cf. art. 204.º-2 CC) ou móvel, é naturalmente inerente ao seu conceito.

Como coisa futura pense-se nos frutos pendentes ou no bem móvel ou imóvel a construir, e tenha-se em conta que a penhora é já de crédito se o fruto pendente tiver sido vendido, ou o bem a construir tiver sido objeto de venda, e o preço estiver em dívida.

III. Conflito entre o direito do exequente e o direito de terceiro

1. De acordo com o art. 408.º-2 CC, a constituição ou transmissão de direitos sobre coisa (corpórea) indeterminada ou futura dá-se com a determinação da coisa ou a aquisição pelo alienante (cf., sobre a venda de bem alheio, o art. 895.º CC).

A norma vale também para a constituição ou transmissão do direito de crédito, como mostra a equiparação entre coisa e direito no efeito de transmissão da compra e venda (arts. 879.º-1-*a* e 895.º do CC), extensiva aos outros contratos onerosos de alienação ou oneração (art. 939.º CC) e reproduzida para o contrato gratuito de doação (art. 954.º-*a* CC). Aliás, tudo o que pode ser objeto de relações jurídicas é, em sentido lato, uma coisa (art. 202.º-1 CC), pelo que da interpretação extensiva do art. 408.º-2 CC não se pode duvidar(3).

---

(2) Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 554.

(3) A titularidade do direito de crédito exprime uma posição absoluta, "no sentido de **desligada**" (Tiago Ramalho, *A cessão de créditos futuros e a insolvência*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Vol. 9 (2012), n.º 1, 481 a 503, também disponível na internet) — sem que a ideia ponha de modo algum em causa a distinção entre direito de crédito e direito real, só este com as características de direito absoluto (a ideia contrária de Assunção Cristas, *Transmissão contratual do direito de crédito*, Coimbra, Almedina, 2005, nomeadamente p. 533, é de rejeitar: veja-se a minha

Esta norma geral tem a maior importância para a solução dos casos de conflitos de direitos, nomeadamente entre o exequente e terceiro, adquirente, ou promitente adquirente, do direito de propriedade ou de direito real menor sobre a coisa ou o direito penhorado.

Para a solução destes conflitos, há que ter em conta a data da constituição ou transmissão do direito, a data da constituição da penhora, a data da eventual constituição de garantias do exequente anterior à penhora, incluindo o arresto (art. 822.º-2 CC), e a data, sendo caso disso, dos respetivos registos.

São casos jurisprudenciais frequentes o da permuta do terreno para construção com um andar do prédio a construir, o da cessão de crédito futuro seguido de penhora e o da promessa de transmissão seguida de penhora anterior à celebração do contrato prometido. A eles seguidamente me refiro; mas tenha-se em conta que muitos outros conflitos são possíveis, designadamente (tidos em conta os exemplos de penhora de bem futuro que deixei referidos) em caso de penhora de prestações, periódicas ou contínuas, resultantes de contrato de execução continuada, da expectativa do adquirente por contrato sujeito a condição suspensiva, de dividendos de ações, direitos de autor ou produto da entrada em espetáculo, de frutos pendentes ou coisa móvel não sujeita a registo …

2. A **permuta** (sujeita às regras da compra e venda: 939 CC) de um terreno para construção por andar do prédio a nele construir é caso que tem dado lugar a decisões jurisprudenciais, de que são exemplo os acs. do TRP de 9.2.10 (Guerra Banha), proc. 4575/08, e do TRE de 11.3.14 (Carvalho Martins), proc. 1483/11. A questão neles posta é a de saber se o direito real de terceiro que, antes de concluída a construção e constituída a propriedade horizontal, adquira o prédio ou constitua a seu favor hipoteca sobre ele (nos casos de ambos os acórdãos seguida de penhora) prevalece sobre o direito do adquirente do andar.

Os dois acórdãos respondem afirmativamente, com fundamento em que a transmissão para o adquirente do andar só se dá com a constituição da propriedade horizontal: a aquisição ou oneração do terreno dá-se automática e imediatamente; mas a transferência do direito sobre a coisa futura, sem deixar de ser **direta ou automática**, só se dá **diferidamente**, quando a coisa é adquirida pelo alienante ou determinada com conhecimento de ambas as partes.

---

arguição da sua tese de doutoramento, publicada sob o título *O direito de crédito não é um direito real*, em *Themis*, 20/21, pp. 349-367, e *Novos estudos de direito civil e processo civil*, Coimbra, Gestlegal, 2021, pp. 551-570).

3. No primeiro caso, tratava-se de ação executiva, proposta por banco titular de hipoteca sobre o terreno para construção, em que o adquirente de andares do prédio nele construído se viu confrontado com a penhora desses andares. A hipoteca fora posterior ao contrato-promessa, mas anterior à celebração do contrato prometido, só possível depois de constituída a propriedade horizontal.

A primeira instância entendeu que o caso devia ser tido como promessa de transmissão de bem futuro, mas a Relação diz, acertadamente, tratar-se de transmissão de coisa futura, como aliás o TRP já decidira no caso análogo do acórdão de 7.9.09 (proc. 2813/08). Tal como as transmissões decorrentes da permuta, a hipoteca havia-se constituído imediatamente sobre o terreno, mas só mediatamente se constituiu sobre as frações do prédio. O efeito **mediato** da aquisição das frações pelo permutante adquirente produzir-se-ia quando da celebração do contrato definitivo e com **prioridade** relativamente à hipoteca; mas, tendo esta sido registada (sem isso, aliás, não seria sequer válida), havia que atender ainda à prioridade do registo. Embora, nos termos do art. 5, n.os 1 e 4, do Código do Registo Predial (na redação posterior ao ac. uniformizador 15/97: aquisição "de um autor comum" de direitos incompatíveis), credor hipotecário e promitente adquirente fossem terceiros, com incompatibilidade parcial entre si, o registo prioritário do credor hipotecário assegurava a este a prevalência na satisfação do seu direito.

4. No caso do acórdão do TRE, a única diferença em face do caso anterior era que a 1.ª instância julgara também no sentido da Relação.

Nenhum dos acórdãos o refere, nem tinha que referir, dadas as características factuais de ambos os casos; mas, se tivesse sido feito o **registo provisório** da propriedade horizontal, tal como permite o art. 92.º-1, als. *b* e *c*, do CRP, antes de concluída a construção do prédio, com a vigência temporal de cinco anos renováveis do art. 92.º-3 CRP, a solução teria seguramente sido a inversa. Aliás, isto mesmo é o que revela a solução a dar (e que tem sido dada) ao conflito entre a penhora e a cessão (anterior) de crédito futuro, de que trato a seguir.

IV. Penhora de direito de crédito futuro cedido

1. Vejamos agora o conflito entre cessão de crédito futuro e penhora posterior.

A cessão de créditos futuros, desde que determináveis, é admissível nos mesmos termos em que é permitida a constituição de obrigações sobre coisa (subjetiva ou objetivamente: art. 211.º CC) futura, isto é, sempre que a lei não a proíba (art. 399.º CC).

A sua transmissão dá-se **automaticamente quando** o direito futuro integre a esfera jurídica do cedente, isto é, quando for adquirido pelo alienante, por modo originário (a coisa só agora é criada) ou derivado (transmissão de direito sobre ela), como se viu decorrer do art. 408.º-2 CC.

Se o crédito futuro for entretanto penhorado (apreensão que precede a transmissão executiva), prevalece o contrato de cessão. Estamos abstraindo dos casos de direito registável (cf. art. 2.º CRP) em que há que atender à prioridade decorrente da inscrição registal.

2. Neste sentido tem sido a jurisprudência do STJ.

Tomemos como paradigma o acórdão de 4.12.18 (Tomé Gomes), proc. 529/15.

Em causa estava um contrato de contacorrente. O direito à restituição das quantias creditadas pelo banco tinha sido garantido com a posição contratual do titular da conta num contrato-promessa de compra e venda de prédio urbano em que era promitente vendedor. Porque corria contra ele uma ação fiscal em que esse crédito fora penhorado, o devedor entregou ao Fisco, na data em que foi celebrada a escritura do contrato prometido, o valor correspondente ao preço por ele recebido.

Levado aos tribunais o conflito de pretensões (entre o banco e o Fisco) a essa quantia, a 1.ª instância entendeu que a transferência do direito de crédito futuro só se daria quando se constituísse (o que estava certo), mas que nessa data haveria já a penhora, que prevaleceria.

Mais acertadamente, a 2.ª instância considerou que a decisão era correta quanto ao momento da transferência, mas a anterioridade da cessão**,** porque anterior à penhora, deveria prevalecer. O STJ manteve esta decisão.

3. Para esta solução é indiferente, ao contrário do que por vezes se entende, a opção que se tome entre a teoria da mediação (*Unmittelbarkeitstheorie*) e a teoria da transmissão (*Durchgangstheorie*), relativas à

esfera jurídica em que ocorre a transmissão do direito futuro cedido: a esfera jurídica do cedente ou a esfera jurídica do cessionário?(4)

Na falta de estipulação contrária, o crédito futuro passa diretamente à titularidade do cessionário (teoria da mediação)? ou passa pela esfera jurídica do cedente antes desta transferência (teoria da transmissão)?

Entre nós, Mota Pinto(5) defende a teoria da transmissão como a única que se harmoniza com a necessidade de verificar **na pessoa do cedente** (e não na do cessionário) os pressupostos da aquisição do crédito futuro, como resulta do art. 1058.º CC (a cessão de renda ou aluguer não vencido é inoponível ao sucessor entre vivos do locador, no que respeita a período de tempo posterior à sucessão na locação) e do art. 821.º CC (a cessão de renda ou aluguer não vencido é inoponível ao exequente, no que respeita a período de tempo posterior à penhora, isto é, à afetação do bem à execução, como ato preparatório da posterior cessão executiva da locação): a legitimidade para a aquisição verifica-se **imediatamente antes** do ato dispositivo subsequente, quando o direito é adquirido.

Por seu lado, Antunes Varela(6), seguindo a lição de Karl Larenz(7), distingue entre os casos de **relação já constituída** e aqueles em que a sua constituição é posterior à cessão do crédito futuro. No primeiro caso, defende o nascimento do crédito diretamente na titularidade do cessionário com base na expectativa jurídica logo criada pela cessão, com a consequência também de prevalecer sobre a de outros cessionários em caso de

---

(4) Há fundamentalmente duas teorias sobre o momento da eficácia translativa da cessão de créditos perante as partes, o devedor e terceiros: teoria da eficácia translativa **diferida** (só com a notificação ao devedor ou o seu conhecimento dela: Tommaso Mancini, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 36, 52 e 55, ss; tal como o nosso art. 583.º-1 CC, o art. 1264.º CCit faz equivaler à notificação a aceitação do devedor, bem como o conhecimento da cessão por este); teoria da eficácia translativa **imediata** (com o ato de cessão: Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, Coimbra, Almedina, 1995, II, pp. 308-313; Massimo Bianca, *Diritto civile/L'obbligazione*, Milano, Guiffrè, 1993, pp. 582-585, entendendo que também perante o devedor a transmissão é imediatamente eficaz, mas que a sua boa-fé é tutelada até que seja notificado, aceite a cessão ou tenha dela conhecimento. De referir é ainda a **teoria intermédia** de Menezes Leitão (*Direito das obrigações*, Coimbra, Almedina, 2011, II, p. 24), distinguindo os momentos de eficácia perante as partes e de eficácia perante o devedor e terceiros: só em relação às partes a eficácia da cessão é imediata, não perante o devedor e terceiros (já na p. 25 da mesma obra refere apenas os "terceiros adquirentes", presumo que apenas do cessionário: cf. art. 584.º CC). Abonaria esta solução a ideia de que a **notificação** do devedor é equiparável à **publicidade** do direito real, por ela levar a cessão ao conhecimento de terceiros. Esta ideia vem do direito francês tradicional, mas teve a oposição de Jacques Ghestin e de autores posteriores (cf. Assunção Cristas, *cit.*, pp. 238-239).

(5) *Cessão da posição contratual*, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 230-234 (seguido por Menezes Leitão, *cit*., p. 19, e Ramos de Faria).

(6) *Cit.*, pp. 314-316.

(7) *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, Beck, 1987, I, pp. 584-586.

dupla transmissão (diferente, por se tratar de contrapartida de prestações posteriores à transmissão, no citado art. 1058.º CC, que, como referido, estatui a inoponibilidade ao sucessor entre vivos do locador da cessão de rendas ou alugueres vincendos à data da transmissão da posição contratual); mas, **se a relação ainda não estiver constituída** (os direitos sobre o filme cujas receitas de exibição foram cedidas ainda não foram obtidos; o barco a alugar está por adquirir; em Larenz, fornecimentos ou arrendamentos apenas negociados), o nascimento do direito dá-se na titularidade do cedente, com a consequência de o cessionário ficar sujeito a concorrer com outros eventuais cessionários no caso de dupla transmissão.

4. A teoria da transmissão é, a meu ver, aquela que, **em todos os casos** em que se tenha a cessão de crédito futuro como admissível, melhor se harmoniza com a lei portuguesa.

O direito transmite-se quando é adquirido pelo alienante. É certo que o art. 408.º-2 refere também como momento de transmissão o da **determinação** com conhecimento de ambas as partes; mas este outro momento respeita à transmissão de coisa indeterminada e não à de coisa futura.

5. A teoria da transmissão é também a prevalecente nos tribunais portugueses. Mas, como já fui adiantando, a sua adoção não implica, ao contrário do que decidiu o tribunal da 1.ª instância no caso atrás referido (proc. 529/15), que a penhora efetuada entre a data da cessão do direito de crédito futuro e a data da sua aquisição pelo cedente deva prevalecer sobre a cessão. É que também a penhora, como afetação dum bem à cessão executiva que se lhe siga, só poderia realizar essa sua função **depois** da aquisição do direito pelo executado; mas, no momento em que esta tem lugar, os efeitos da **anterior** cessão impedirão a sua realização, pelo que a penhora caduca, com a ressalva, aliás confirmatória do princípio, do caso da **locação** (art. 821.º CC)([8]). Vê-se assim que a cessão do crédito futuro, tal como a de coisa móvel ou imóvel futura, gera imediatamente na esfera jurídica do cessionário uma **mera expectativa**, que se converterá em direito à data da aquisição deste pelo cedente e entretanto será oponível a expectativas ou afetações posteriores.

Não é, pois, de perfilhar a ideia de que a teoria da transmissão tem o efeito, receado por Larenz e Varela, de impedir a preferência constituída a

---

([8]) Esta construção difere da do citado ac. do STJ de 4.12.18, que se fica pela ideia da hipotética produção dos efeitos da penhora só depois da transmissão operada pela cessão no momento da aquisição do direito pelo cedente.

favor do primeiro cessionário do crédito futuro: a expectativa deste (mais tarde convertida em direito, se este se constituir) prevalece sobre a de um segundo cessionário, em caso de dupla transmissão.

V. Contrato-promessa de transmissão de coisa objeto de penhora anterior ao contrato definitivo

1. Uma outra situação a referir, no campo da penhora das coisas futuras, é a decorrente do contrato-promessa de transmissão, confrontado com a penhora da coisa prometida antes desta efetuada.

2. Tratando-se de coisa imóvel (ou de coisa móvel sujeita a registo), há que distinguir entre o contrato-promessa sem eficácia real e o contrato-promessa com eficácia real. No primeiro caso, o registo de penhora sobre a coisa que seja anterior ao contrato definitivo torna este ineficaz perante a execução (art. 819.º CC). No segundo caso, o registo do contrato-promessa prevalece sobre posterior penhora (ac. do STJ de 1.9.18, Fátima Gomes, proc. 5619/08(9).

3. Tratando-se de coisa móvel **não sujeita** a registo, o direito do promitente comprador não é oponível na execução após a penhora.

VI. Uma última decisão jurisprudencial

Termino com uma referência ao ac. do STJ de 22.2.18 (Rosa Ribeiro Coelho), proc. 329/14.

Notificado o promitente vendedor da penhora de parte do crédito do preço da venda dum prédio, integrada num contrato de permuta, ele infor-

---

(9) A 2.ª instância tinha entendido que seria para tanto obrigatório requerer a transmissão (execução específica) no processo executivo (831 CPC), se a execução estivesse na fase da venda. O STJ, ao invés, entendeu — bem — que bastava a celebração de escritura (extrajudicial), mesmo que a venda executiva houvesse já tido lugar. Outra questão — bem — resolvida no mesmo acórdão foi a de saber se era elemento essencial, para que se verificasse a prioridade do registo da promessa de alienação, que a inscrição registal mencionasse o seu prazo de eficácia (art. 95.º CRP). Entendeu o STJ que o registo só estaria sujeito a prazo de alienação se este tivesse sido estipulado, caducando então o direito de adquirir uma vez ele decorrido; mas que não haveria sujeição a qualquer prazo de caducidade se tal estipulação não tivesse tido lugar.

mou o tribunal: que, dada a existência dum arrendamento, o contrato estava em fase de reapreciação; que "o cumprimento da nova prestação ainda não é devido"; e que, não sendo na data da notificação titular de qualquer crédito contra a executada, "logo que a questão for resolvida viremos posteriormente informar V. Ex.ª".

A Relação entendeu que tal declaração não valia como reconhecimento da dívida, não sendo, de resto, admissível a penhora de "créditos futuros e incertos", porquanto "o crédito tem de existir quando da penhora".

O STJ entendeu a declaração como significando que o crédito penhorado ainda não se havia constituído por não ter sido celebrado o contrato prometido. Houve, porém, reconhecimento do contrato-promessa, e da projetada celebração do contrato definitivo emergiria para a executada um crédito equivalente à prestação que lhe seria devida. Ocorria, pois, reconhecimento dum crédito futuro. Por conseguinte, o direito de crédito constituiu-se logo que foi celebrado o contrato prometido, não obstante a permuta inicialmente contratada ter sido substituída por uma promessa de compra e venda, com alienação do mesmo imóvel que dera origem ao crédito penhorado.

Também este entendimento do STJ merece concordância.

A ARBITRABILIDADE DE LITÍGIOS ENVOLVENDO DIREITOS DE PERSONALIDADE

Pelo Dr. Daniel Bessa de Melo([1])

Sumário:

1. Introdução. O problema da arbitrabilidade enquanto contingência histórica. 2. Noção de arbitrabilidade. 2.1. Arbitrabilidade e pretensão jurídica. **2.2.** Arbitrabilidade e política legislativa. **2.3.** Critérios de arbitrabilidade e favor arbitrandum. **3. Os critérios de arbitrabilidade na lei portuguesa. 3.1.** Os antecedentes: o critério da disponibilidade da LAV de 1986. *3.1.1.* Noção de direitos disponíveis. *3.1.2.* Disponibilidade em sentido forte e em sentido fraco. O sentido do critério da disponibilidade. *3.1.3.* As debilidades do critério da disponibilidade. **4. Direito atual: a LAV de 2011. 4.1.** Visão geral. **4.2.** Delimitação negativa. **4.3.** Delimitação positiva. **4.4.** Critério da patrimonialidade. *4.4.1.* A relevância do interesse como objeto do juízo de patrimonialidade. *4.4.2.* A tríplice tutela dos direitos de personalidade (e dos direitos subjetivos em geral). *4.4.3.* A arbitrabilidade de litígios que envolvam negócios jurídicos sobre direitos de personalidade. **4.5.** O critério da transigibilidade dos interesses não patrimoniais. *4.5.1.* A disponibilidade dos direitos de personalidade.

Resumo:

A arbitrabilidade é um pilar fundamental na construção do edifício jurídico da arbitragem, ao ser através dela que se enunciam as pretensões suscetíveis de serem apreciadas por árbitros. Em exegese aos critérios de arbitrabilidade previstos na Lei da Arbitragem

---

([1]) Advogado Associado do Departamento de Civil da Cerejeira Namora, Marinho Falcão. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Pós-graduando em Direito da Arbitragem pelo Centro de Investigação de Direito Privado. Associado da Associação Lusófona de Arbitragem e de Mediação (ALAM). Autor de vários artigos jurídicos e de duas monografias. Contacto profissional: <dbm@cnmf.pt>.

Voluntária de 2011, o estudo pretende analisar a suscetibilidade de litígios envolvendo direitos de personalidade constituírem objeto arbitral. Concretamente, será dado enfoque às pretensões pelas quais se pretenda a efetivação da tutela ressarcitória dos direitos de personalidade e às que contendam com os ditos "negócios de personalidade", concluindo-se pela arbitrabilidade de ambas.

Palavras-chave:

Arbitrabilidade; arbitragem voluntária; patrimonialidade; direitos de personalidade; limitação voluntária.

1. Introdução. O problema da arbitrabilidade enquanto contingência histórica

A história da arbitragem parece compaginar-se com a história da civilização(2). A resolução de litígios por privados é uma instituição com antecedentes nas sociedades mais remotas e que, em vários casos, precedeu a atribuição a um Juiz empossado pelo poder público da tarefa de resolver controvérsias(3).

Não surpreende que, num momento em que o monopólio da autoridade ainda não havido sido reclamado pelo poder político central(4), o

---

(2) Cf. a bibliografia citada em Diamvutu, Lino, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, polic., Lisboa, 2019, p. 25, ss., e Menezes Cordeiro, António, *Tratado da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 20, ss. Não nos iremos imiscuir nos prolegómenos por detrás da redação da Lei da Arbitragem Voluntária de 2011, doravante designada por LAV. Uma visão geral pode ser confrontada em Ribeiro Mendes, Armindo, "A Nova Lei de Arbitragem Voluntária — Evolução ou Continuidade?", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano V, 2012, p. 7, ss.

(3) Pereira de Miranda, Agostinho, e Ferreira Matias, Célia, "*Regresso ao Futuro*: Apontamentos sobre a História da Arbitragem", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano I, 2008, p. 25. Além das manifestações deste tipo de atividade na primogénita civilização assíria, "[entre] os povos que recorriam a esta forma de resolução de litígios contam-se ainda os árabes pré-islâmicos, os hebreus, os habitantes da Irlanda ou os da Índia antiga" (*idem*, pp. 26-27).

(4) Mesmo as leis gizadas e impostas pelos autocratas helenos e romanos não eram a emanação de um poder político isolado e contingente, antes eram objeto de uma veneração religiosa. A estrutura social destes povos radicava numa deidade soberana ("*tout-puissant, souvent unique et maître de l'Univers*") em face da qual os reis e governantes eram seus representantes na terra (Eliade, Mircea, *Traité d'Histoire des Religions*, 2.ª ed., Payothèque, Paris, 1975, em especial p. 62, ss.). As leis advinham dos deuses e, ainda que pudessem historicamente resultar da vontade de um homem ou do sufrágio de um povo, estes estariam a interceder por um comando divino que os antecede e supera. Os caprichos ritualísticos do Direito Romano primitivo, manifestados tanto no extremo formalismo do processo como na solenidade que deveria acompanhar a celebração de contratos, explicavam-se diante

exercício da função jurisdicional não se apresentava como uma incumbência própria de um Tribunal publicamente legitimado, podendo ser atribuída a um *iudex privatus*(5). No decurso da experiência jurídica romana, o ponto de partida da cultura jurídica europeia, a justiça arbitral beneficiou de um ambiente fértil para desabrochar — ilustra-o a afirmação de Clay que "após o Digesto de Justiniano todo o direito da arbitragem não tem sido mais do que repetição"(6). No *Corpus Iuris Civilis*, a génese contratual da arbitragem e os limites funcionais daí decorrentes surgem perfeitamente expostos através de máximas que poderiam ser extraídas da manualística mais recente(7).

O espaço de liberdade adquirido pela justiça arbitral em vários momentos sofreu os reveses do poder estadual. Este, reclamando para si o monopólio da função jurisdicional, olhava desconfiadamente para a arbitragem privada. Apoquentada por esses devaneios autoritários, a arbitragem assistiu a períodos de estagnação ou mesmo de retrocesso institucional.

---

o caráter religioso da lei. Cf. De Coulanges, Fustel, *A Cidade Antiga*, trad. portuguesa, 11.ª ed., Clássica Editora, Lisboa, 1988, p. 229, ss. Aos olhos dos antigos Mesopotâmios, refere-nos Bottéro, Jean, *No Princípio Eram os Deuses*, trad. portuguesa, Edições 70, Lisboa, 2006, p. 91, "se pensava que os deuses, vistos como criadores e governantes do mundo, tinham criado — tal como os reis terrenos — e proclamado todas as obrigações e interdições que orientavam os seus súbditos em todos os domínios da vida e do comportamento".

(5) Sabe-se, inclusive, como a primeira forma de justiça institucionalizada, seja ela civil ou penal, consistia em permitir que o corpo do ofensor se colocasse à mercê do ofendido. A primeira garantia do credor era o corpo do devedor e não o seu património. Em caso de incumprimento, o credor poderia apoderar-se do devedor, reduzindo-o à escravidão ou matando-o (era a *manus iniectio* do Direito Romano arcaico: cf. Almeida Costa, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 101). Os §§ 228-230 do Código de Hamurabi, reunião de sentenças régias que mediante um processo de abstração alcançaram o estatuto de comandos gerais, estipulavam que, caso o pedreiro não assegurasse a solidez do edifício e, por força do desmoronamento, morresse o proprietário, o pedreiro seria executado; se morresse o filho do proprietário, seria executado o filho do pedreiro (Bottéro, Jean, *No Princípio Eram os Deuses*, *cit*., p. 90). Se este modo de expiar as ofensas pode hoje merecer a nossa maior e profunda repugnância, ela mostrava-se como uma evolução à anterior barbárie e desproporção que caracterizava a vingança privada; isto porque nela já estava presente uma ideia de equivalência, ainda que "em lugar de um benefício que compensasse directamente o dano causado (em lugar de dinheiro, bens, etc.)" fosse concedido ao credor uma "certa satisfação de exercer impunemente o seu poderio com respeito a um ser reduzido à impotência" (Nietzsche, Friedrich, *A Genealogia da Moral. Uma Polémica*, trad. portuguesa, 10.ª ed., Guimarães Editores, Lisboa, 2008, p. 55).

(6) *Apud* Pereira de Miranda, Agostinho, e Ferreira Matias, Célia, "*Regresso ao Futuro*: Apontamentos sobre a História da Arbitragem", *cit*., p. 25.

(7) Em D. 4,8,32,15 surge-nos a seguinte passagem de Paulus: "Quem se ocupa da função de árbitro deve basear-se inteiramente no mesmo compromisso, porque a nenhum árbitro é lícito que possa fazer mais do que ali está previsto. Assim, o árbitro não poderá resolver o que quiser nem sobre qualquer assunto, senão relativamente ao que é objecto do compromisso e até onde este alcançar" (*apud* Diamvutu, Lino, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit*., p. 27).

Um dos teatros de guerra onde deflagrou esse combate situa-se, precisamente, no problema da arbitrabilidade dos litígios. Uma visão favorável à arbitragem propugnará um alargamento do círculo de litígios passíveis de solução arbitral; um sentimento contrário tenderá a coartar o âmbito da arbitrabilidade, nem que para isso recorra a subterfúgios tais como acusações — ainda carentes de prova — de que os árbitros seriam incapazes de cabalmente interpretar e aplicar normas de "interesse público".

Na Idade Média, onde a autoridade política se encontrava dispersa por várias células sociais, a via arbitral era o modo normal de resolução de conflitos. Todas as matérias, inclusive as do foro pessoal, familiar, público-administrativo, eclesiástico e penal, podiam ser objeto de apreciação por árbitros(8). A centralização do poder político submeteu a arbitragem a maiores restrições e a uma instância de controlo traduzida na possibilidade de recurso das decisões arbitrais para os Tribunais estaduais. Identificada a administração da Justiça como uma *res publica* que apenas poderia ser corretamente conduzida pelo Estado, "a arbitragem é integrada no sistema judicial régio e submetida à sua hegemonia"(9). A Revolução Francesa inverteu esta marcha, mas a ditadura bonapartista retomou o seu curso.

Atualmente, experienciamos uma conjuntura favorável à arbitragem, sobretudo no plano económico internacional. A generalidade das economias desenvolvidas contém disposições específicas acerca deste meio alternativo de resolução de litígios, acolhendo-o enquanto elemento normal do seu sistema jurídico. A tal se deve certamente as pressões dos agentes económicos nacionais e estrangeiros, cujas necessidades financeiras e empresariais não se compadecem com a morosidade e ineficácia que, por vezes, caracteriza a jurisdição estadual. Adicionalmente, não se tem ignorado como o fortalecimento da democracia e das liberdades individuais, matrizes do nosso estado civilizacional, cria um ambiente propício à arbitragem(10).

---

(8) Pereira de Miranda, Agostinho, e Ferreira Matias, Célia, "*Regresso ao Futuro*: Apontamentos sobre a História da Arbitragem", *cit*., p. 30. Em Portugal, a referência aos *alvidros* enquanto "juiz investido pelas partes no poder de decidir litígios" começa a surgir no Livro de Leis e Posturas, no Código Visigótico e nas Sete Partidas. Subsequentemente, as Ordenações Afonsinas sistematizaram esta forma embrionária da arbitragem. Sobre esta evolução, *idem*, pp. 31-33.

(9) *Idem*, p. 30.

(10) Cf. Diamvutu, Lino, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit*., pp. 30-31.

2. Noção de arbitrabilidade

A arbitrabilidade designa a vocação de uma determinada pretensão de ser apreciada e decretada por um Tribunal arbitral(11).

O seu posicionamento enquanto aspeto lapidar da arbitragem não merece grandes dúvidas. Primeiro, por ser um requisito fundamental (da validade) da convenção de arbitragem(12). Como apenas um litígio arbitrável pode ser submetido à decisão de árbitros, a convenção de arbitragem cujo objeto seja inarbitrável padecerá do vício da impossibilidade originária (art. 401.º, n.º 1, do Código Civil, doravante designado por CC)(13). Segundo, a arbitrabilidade é um limite à jurisdição do Tribunal arbitral dado que os seus poderes de cognição são reservados aos assuntos enumerados na convenção de arbitragem e, dentro desse espetro, aos que forem

---

(11) Reportamo-nos à arbitrabilidade *stricto sensu*. A ela contrapõe-se um sentido lato utilizado para designar toda a problemática atinente à jurisdição do Tribunal arbitral, incluindo aspetos relativos à validade e ao âmbito da convenção de arbitragem [Quinke, David, Anotação ao Art. V(2)(*a*), *in* Wolff, Reinmar, *New York Convention. Article-by-Article Commentary*, 2.ª ed., Beck/Hart/Nomos, New York, 2019, p. 394]. Dentro daquela, focamo-nos na arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae*, que analisa a aptidão do Tribunal arbitral para dirimir um determinado litígio em virtude da natureza dos interesses envolvidos e do conteúdo da pretensão. Em coordenadas internacionais, vem sendo igualmente identificada por *subject matter arbitrability* [*vide*, por exemplo, Mills, Alex, "Arbitral Jurisdiction", *in* Schultz, Thomas, e Ortino, Federico (coord.), *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 86]. Dela se distingue a arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*, em que os limites da jurisdição arbitral são definidos em razão da qualidade das partes envolvidas. A arbitrabilidade subjetiva contende, essencialmente, com a resolução de litígios envolvendo o Estado e outras entidades públicas (Pinto Monteiro, António Pedro, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, reimp., Almedina, Coimbra, 2023, p. 163, e Sampaio Caramelo, António, "A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Vol. III, 2006, § 1). Por todos, Perestrelo de Oliveira, Ana, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 36, ss. Na arbitragem internacional é geralmente aceite que um Estado não pode invocar uma disposição do seu Direito interno a fim de se eximir de uma convenção arbitral (Fortier, L. Yves, "Arbitrability of Disputes", *in* AA.VV., *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, Paris, 2005, p. 270, e Gaillard, Emmanuel, e Savage, John, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 322). Também não iremos abordar a problemática de saber qual a lei aplicável à determinação da arbitrabilidade de um litígio (*law applicable to the arbitrability question*). Para indicações, cf. Diamvutu, Lino, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit*., p. 258, ss.

(12) Pinto Monteiro, António Pedro, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit*., p. 163, e Pereira Barrocas, Manuel, *Lei de Arbitragem Comentada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 29.

(13) O facto de a inarbitrabilidade conduzir à invalidade da convenção de arbitragem, tornando-a *null and void*, não atribui veracidade à tese inversa, de que a invalidade da convenção de arbitragem esgota-se apenas no problema da inarbitrabilidade. A convenção arbitral pode padecer de outras patologias, como vícios da vontade. Para ideias gerais, veja-se Quinke, David, Anotação ao Art. V(2)(*a*), *cit*., pp. 396-397.

arbitráveis. Por último, a arbitrabilidade condiciona a validade e reconhecimento da sentença arbitral(14).

Neste encalço, ter-se-á de acompanhar a visão daqueles tratadistas que encaram "a arbitrabilidade como um *conceito chave* no que respeita ao direito arbitral" e que, por conseguinte, veem na questão de saber quais os litígios arbitráveis "uma pergunta omnipresente que antecede todas as outras: se a natureza arbitral de um determinado litígio não se verificar, nem existirá lugar à jurisdição do Tribunal arbitral"(15).

2.1. Arbitrabilidade e pretensão jurídica

Enunciamos a pretensão — que definiremos como a solicitação de tutela jurídica, traduza-se esta num efeito condenatório, constitutivo ou meramente declarativo (art. 10.º, n.º 3, do Código de Processo Civil) — como o fragmento da realidade por referência ao qual se testará a bitola da arbitrabilidade. Afastamo-nos do entendimento da grande maioria da doutrina que vê no "litígio" ou "questão controvertida" o objeto da arbitrabilidade(16).

---

(14) Cf. Pinto Monteiro, António Pedro, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit*., p. 164. A incidência da sentença arbitral sobre matérias não arbitráveis é fundamento para anulação da mesma [art. 46.º, n.º 3, als. *b*), *i*), da LAV], a qual é passível de conhecimento oficioso (Menezes Cordeiro, António, *Tratado da Arbitragem*, *cit*., pp. 442-443). A inarbitrabilidade é igualmente fundamento para recusar o reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral [cf. o art. 56.º, n.º 1, als. *b*), *i*), da LAV, o art. 36.º, n.º 1, als. *b*), *i*), das UNCITRAL, e o art. V, n.º 2, al. *a*), da CNI]. *Vide*, por todos, Quinke, David, Anotação ao Art. V(2)(*a*), *cit*., p. 393, ss., e Gaillard, Emmanuel, e Bermann, George A., *Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2017, p. 239, ss.

(15) Pinto Monteiro, António Pedro, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit*., p. 165.

(16) Sampaio Caramelo, António, "Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema", *in* Vieira da Silva, António (coord.), *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 13 (= "A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio", *cit*., § 1), Menezes Cordeiro, António, *Tratado da Arbitragem*, *cit*., p. 94, Ventura, Raúl, "Convenção de Arbitragem", Ventura, Raúl, "Convenção de Arbitragem", *cit*., p. 317, Nunes de Matos, Federico, "Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico-Comparada", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 7, n.º 4, 2021, p. 472, Pinto Monteiro, António Pedro, "Da Ordem Pública no Processo Arbitral", *in* AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 622, Diamvutu, Lino, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit*., p. 249, e Pereira Barrocas, Manuel, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 42. Em latitudes internacionais, empregando expressões como "*classes of dispute*" ou "*particular subject matter of a dispute*", cf. Blackaby, Nigel, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 110, Fortier, L. Yves, "Arbitrability of Disputes", *cit*., p. 270, e Quinke, David, Anotação ao Art. V(2)(*a*), *cit*., p. 394.

A nossa dissonância não é caprichosa, como passaremos a explicar. O mesmo litígio poderá englobar uma série de pretensões distintas do demandante. O pedido principal de condenação do empreiteiro-demandado na realização de uma obra pode ser acompanhado de um pedido de tutela acessória, como a adstrição do devedor a uma sanção pecuniária compulsória em caso de atraso imputável na conclusão da obra; aquele que se sentir lesado na sua boa imagem por um artigo difamatório em jornal de circulação negocial pode, igualmente sem qualquer risco de sobreposição de vias de tutela, solicitar a retirada desse artigo, um retratamento público do seu autor e uma indemnização por eventuais danos morais ou reputacionais.

Ora, a arbitrabilidade deverá ser aferida por referência a cada uma das pretensões deduzidas, identificadas pelos factos essenciais que a sustentam (*causa petendi*) e, sobretudo, pelo efeito prático-jurídico pretendido (*petitum*). Consequentemente, a mesma controvérsia que polariza os subscritores da convenção de arbitragem pode conter fragmentos passíveis de apreciação arbitral e outros insuscetíveis de serem dirimidos por árbitros. Se nada impedirá a arbitrabilidade de um litígio envolvendo os direitos do dono da obra face a uma empreitada defeituosa, é questionável se esse mesmo Tribunal arbitral pode, mesmo que a convenção de arbitragem o preveja, condenar uma das partes numa sanção pecuniária compulsória(17).

O desvalor da inarbitrabilidade pode pender sobre o *thema controversum* em si considerado, sem ser necessário perscrutar pelo sentido da concreta tutela judicial solicitada pelo demandante. A esta *avaliação temática da arbitrabilidade de um litígio* dirigem-se os critérios plasmados no art. 1.º, n.os 1 e 2, da LAV. A sua infração determina aquilo que designaremos por inarbitrabilidade *per se*. Percorrida essa primeira etapa e concluindo-se perfuntoriamente pela arbitrabilidade do litígio, haver-se-á de indagar se a concreta tutela jurídica solicitada pelo demandante pode ser decretada por árbitros. Nesta averiguação intervirão essencialmente aspetos relativos à génese contratual da arbitragem voluntária, que a tornam institucionalmente inapta a produzir decisões que, para terem o seu efeito útil, carecem de uma solução centralizada e oponível *erga omnes*(18) ou de ser sustentado ou reafirmado num *ius imperii*(19).

---

(17) Não nos iremos pronunciar a este respeito. *Vide*, em resposta positiva mas dando nota dos argumentos em sentido contrário, Pinto Monteiro, António Pedro, "Sanções por Comportamento Desleal de Parte/Advogado", *in* Menezes Cordeiro, António (coord.), *Arbitragem Comercial. Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Tomo I, reimp., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 90-93.

(18) Como observa Sampaio Caramelo, António, "Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios", *cit*., p. 37, a insusceptibilidade de resolução de alguns litígios por árbitros pode resultar, não da natu-

Embora não sejam legalmente explicitadas, também estas modalidades de inarbitrabilidade constituem fundamentos para a anulação da sentença arbitral nos termos do art. 46.º, n.º 3, als. *b*), *i*), da LAV.

2.2. Arbitrabilidade e política legislativa

Existe um consenso inquestionável que nem todos os litígios podem ser decididos por meio de um mecanismo privado como é a arbitragem voluntária([20]). A exclusividade atribuída à jurisdição estadual na apreciação de um certo leque de litígios, independentemente do modo de preenchimento e da dimensão dessa área reservada, torna necessário o conceito de arbitrabilidade. Apenas se admitindo não haver "uma admissibilidade plena de arbitragem de todos os conflitos"([21]) se torna inteligível a presença de critérios de arbitrabilidade.

Procurar por uma solução universalmente válida para o problema da arbitrabilidade seria como ver no vendedor de banha da cobra o curandeiro de todas as doenças. Nenhuma definição globalmente acordada existe de quais os litígios arbitráveis([22]). Muito embora se entenda que a Convenção

---

reza do direito controvertido, mas "antes das características intrínsecas da arbitragem", concretamente da sua génese contratual. Aqueles litígios que, pela sua natureza, "exijam soluções centralizadas, capazes de serem impostas a todos os que por elas sejam afectados", encontram-se fora da orbita da arbitrabilidade. Tal limitação verifica-se em domínios como a propriedade intelectual, a insolvência e o Direito das sociedades.

([19]) O facto de os Tribunais arbitrais não disporem de poderes coercitivos implica a inarbitrabilidade das pretensões que suponham o exercício de tais poderes, como as ações executivas (Diamvutu, Lino, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit*., p. 294, e Ventura, Raúl, "Convenção de Arbitragem", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Vol. II, 1986, p. 329) e determinadas ações cautelares (para uma discussão, cf. Costa e Silva, Paula, "A Arbitrabilidade de Medidas Cautelares", *Estudos de Arbitragem*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 417-439). Com base nos poderes meramente declarativos dos Tribunais arbitrais, a doutrina italiana sustenta que, embora as ações possessórias sejam arbitráveis, as medidas de restituição ou de manutenção da posse não podem ser decretadas [Picardi, Nicola (coord.), *Codice di Procedura Civile*, Tomo II, 5.ª ed., Giuffrè, Milano, 2010, pp. 3841-3842].

([20]) Ventura, Raúl, "Convenção de Arbitragem", *cit*., p. 317, Morais Carvalho, Jorge, "O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e Noutros Negócios Jurídicos Processuais", *in* AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 832-833, Danovi, Filippo, *L'Arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 97, e Rubino-Sammartano, Mauro, *International Arbitration*, 2.ª ed., Kluwer Law International, The Hague, 2001, p. 171.

([21]) Pinto Monteiro, António Pedro, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit*., p. 165.

([22]) Quinke, David, Anotação ao Art. V(2)(*a*), *cit*., p. 398, e Cole, Tony, e Ortolani, Pietro, *Understanding International Arbitration*, Routledge, London/New York, 2020, p. 55.

de Nova Iorque, no seu desiderato de harmonização legislativa, reduz a discricionariedade dos Estados signatários na forma como excluem certas categorias de litígios da possibilidade de apreciação arbitral(23), a verdade é que nela não se descortinam critérios gerais de arbitrabilidade.

Compreende-se que assim o seja uma vez que, como referem Redfern e Hunter, a arbitrabilidade é uma "*matter of public policy*"(24). No apuramento do "grau de confiança" que tem "no sistema arbitral como modo de resolução de conflitos"(25), cada legislador autóctone lidará com preocupações próprias do ambiente político-social em que se insere, que numa jurisdição se podem revelar inócuas e noutras insupríveis. O único denominador comum é o facto de, na sua essência, o problema da arbitrabilidade convocar o delicado balanceamento entre o interesse público (real ou figurado…) de assegurar que certas matérias, ditas sensíveis, são reservadas à cognição dos Tribunais públicos e a liberdade reconhecida aos sujeitos privados de disporem sobre os seus assuntos isentos de ingerência alheia(26).

As justificações para a imposição de limites à arbitrabilidade têm sido várias(27) e não se têm mantido inalteradas ao longo do tempo.

Inicialmente, tais limites impor-se-iam diante a sensibilidade de certos tópicos, delineados por normas de ordem pública que — segundo se entendia — apenas os Tribunais estaduais poderiam devidamente interpretar e aplicar(28). A inarbitrabilidade de litígios que envolvessem disposições de Direito concorrencial ou de propriedade intelectual assentaria neste fundamento. Hoje, admitida pacificamente a competência dos Tribunais arbitrais para interpretar e aplicar normas imperativas(29), as restri-

---

(23) Quinke, David, Anotação ao Art. V(2)(*a*), *cit*., p. 403: "*Contracting States are permitted to stipulate non-arbitrability exceptions only to the extent that this is not in conflict with the NYC's basic structures and objectives*".

(24) Blackaby, Nigel, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *cit*., p. 112.

(25) Pinto Monteiro, António Pedro, "Da Ordem Pública no Processo Arbitral", *cit*., p. 622, que segue de perto Gaillard, Emmanuel, e Savage, John, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, *cit*., p. 331.

(26) Blackaby, Nigel, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *cit*., p. 111, e Sampaio Caramelo, António, "Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios", *cit*., p. 15.

(27) Cf. Mills, Alex, "Arbitral Jurisdiction", *cit*., pp. 86-87.

(28) Exemplo disto acontecia com o art. 2060.º do *Code Civil*.

(29) Menezes Cordeiro, António, *Tratado da Arbitragem*, *cit*., p. 95, Fonseca, Elena, *Lezioni di Diritto dell'Arbitrato*, Bononia University Press, Bologna, 2021, p. 67, e Pereira Barrocas, Manuel, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, *cit*., p. 46. Anteriormente, a questão não era líquida. Perante a anterior lei arbitral, no sentido de a convenção de arbitragem ser nula se for cometido ao Tribunal arbitral resolver uma questão jurídica envolvendo a violação de "normas de interesse e ordem pública", como as normas relativas à indemnização de clientela, *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 16.02.2005, proc. n.º 197/05-1.

ções que subsistem à jurisdição dos árbitros prendem-se com a raiz contratual e privada da arbitragem voluntária(30), que impede que os efeitos do caso julgado se estendam a terceiros que não hajam subscrito a convenção de arbitragem. Com base nesse fundamento se explica, pelo menos em parte, a inarbitrabilidade dos processos de insolvência e dos litígios nos quais seja contestada a existência e conteúdo de direitos *erga omnes*, como os direitos de propriedade intelectual (e, em geral, os direitos reais). Por fim, subsistem ainda zonas de inarbitrabilidade em litígios que pressuponham um desequilíbrio estrutural e económico de uma das partes, mercê de uma perceção de que, sendo menor o afã dos árbitros em aplicar normas internas de tutela do sujeito débil da relação contratual, a arbitragem defraudaria a intenção protecionista do legislador em certos setores da vida económica(31). Assim se explicaria a inarbitrabilidade de litígios envolvendo relações de consumo, de trabalho subordinado e de seguro(32).

A exclusão de certas categorias de litígios da jurisdição arbitral pode ainda dever-se a razões menos louváveis e desprovidas de qualquer fundamento técnico-jurídico, decorrendo de uma mera subserviência da política legislativa a interesses corporativos, setoriais ou protecionistas de agentes económicos internos(33) ou espelhando simples tendências autoritárias.

2.3. Critérios de arbitrabilidade e *favor arbitrandum*

O âmbito das matérias arbitráveis define-se ou através de critérios de natureza conceitual, legalmente previstos, ou mediante a formulação legal ou jurisprudencial de exceções a um princípio geral de livre arbitrabilidade do litígio(34).

---

(30) Pinto Monteiro, António Pedro, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit*., p. 165, Quinke, David, Anotação ao Art. V(2)(*a*), *cit*., p. 399, Cole, Tony, e Ortolani, Pietro, *Understanding International Arbitration*, *cit*., p. 10, e Blackaby, Nigel, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *cit*., p. 80.

(31) Mills, Alex, "Arbitral Jurisdiction", *cit*., pp. 86-87.

(32) No entanto, tem-se observado que outros sistemas jurídicos encorajam a arbitrabilidade nestes setores justamente por ela potenciar uma acrescida acessibilidade à tutela judicial das partes mais fracas e uma resolução mais célere dos litígios (*idem*, p. 87).

(33) Tem-se notado como muitos Estados árabes não permitem arbitragens sobre litígios que envolvam relações contratuais entre uma empresa internacional e um agente económico local. A exclusividade do foro estadual tem, naturalmente, em vista a proteção deste último (França Gouveia, Mariana, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., reimp., Almedina, Coimbra, 2023, p. 142, e Blackaby, Nigel, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *cit*., p. 111).

(34) Para uma visão geral, pode-se consultar Rubino-Sammartano, Mauro, *International Arbitration*, *cit*., p. 171, ss.

A maioria dos ordenamentos jurídicos, sobretudo os de matriz romano-germânica, acolhe o primeiro método([35]), embora variem nos critérios de arbitrabilidade que adotam, optando entre a disponibilidade do direito, a conexão do litígio com a ordem pública e a patrimonialidade da pretensão([36]). Que não estamos diante critérios estanques revela-o, desde logo, a lei portuguesa — em que o critério da patrimonialidade e da disponibilidade são combinados permitindo um âmbito generoso de arbitrabilidade.

Diversamente, não se logra identificar no Direito estadunidense critérios gerais de arbitrabilidade de fonte legal([37]). A jurisprudência apenas encontra um limite na presença de interesses públicos relevantes([38]). Nos mesmos termos, o § 1, al. *b*), do *Arbitration Act* inglês estipula que "[*the*] *parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest*". Sem haver linhas gerais de orientação, o problema da arbitrabilidade é resolvido num *case by case basis*([39]). Fora as evidentes exclusões da matéria criminal e familiar, as restrições à arbitrabilidade contendem com litígios que ponham em causa direitos de terceiros (*the public at large*; exemplo disso seria a anulação de patentes) e os que, de alguma forma, são contrários à ordem pública ou decorram de um contrato ilegal([40]).

Independentemente dos métodos carreados para definição da área de arbitrabilidade, verifica-se tanto nos sistemas continentais como de *common law* um alargamento das categorias de controvérsias passíveis de serem resolvidas por árbitros([41]). A generalidade dos conflitos comerciais apresenta-se como arbitráveis([42]) e "quer se trate da aplicação pelo árbitro de normas jurídicas injuntivas de interesse e ordem pública pertencentes à regulação do sector privado (*v.g.* as relativas à validade dos contratos),

---

([35]) Sampaio Caramelo, António, "Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios", *cit*., pp. 15-16.

([36]) França Gouveia, Mariana, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit*., pp. 137-138.

([37]) A única exceção prende-se com os litígios laborais, cuja inarbitrabilidade decorre de disposição expressa da lei.

([38]) *Idem*, p. 138. Para noções gerais sobre a arbitrabilidade nos Estados Unidos, cf. Diamvutu, Lino, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit*., pp. 256-257.

([39]) Rubino-Sammartano, Mauro, *International Arbitration*, *cit*., p. 174.

([40]) Diamvutu, Lino, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit*., p. 255.

([41]) Sampaio Caramelo, António, "Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios", *cit*., p. 16, Rubino-Sammartano, Mauro, *International Arbitration*, *cit*., p. 182, Gaillard, Emmanuel, e Savage, John, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, *cit*., pp. 337-338, Mills, Alex, "Arbitral Jurisdiction", *cit*., p. 87, Cole, Tony, e Ortolani, Pietro, *Understanding International Arbitration*, *cit*., pp. 55-58, e Pinto Monteiro, António Pedro, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit*., p. 166.

([42]) *Idem*, p. 166, Gaillard, Emmanuel, e Bermann, George A., *Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, *cit*., p. 247, e Quinke, David, Anotação ao Art. V(2)(*a*), *cit*., p. 394.

quer se trate de normas imperativas que integram o Direito público e protejam os interesses públicos considerados fundamentais (*v.g.* normas sobre a concorrência, mercados de capitais, controlo cambial, proibição de suborno e corrupção, *etc.*), observa-se um progresso no campo da arbitrabilidade"([43]). Esta ampliação da arbitrabilidade objetiva é uma clara projeção do princípio do *favor arbitrandum*([44]), o qual se sugere instituir uma presunção de arbitrabilidade de um litígio([45]).

A adoção de critérios amplos de arbitrabilidade, no entanto, não deixou de ser feita sem concessões noutros aspetos do regime jurídico. Não se encontra desmentido que a fim de assegurar a legitimidade institucional da arbitragem, para a qual é imprescindível garantir a sua conformidade aos princípios gerais do ordenamento jurídico, sempre terá de haver uma instância de controlo. Sucede que, enquanto o controlo público da arbitragem realizava-se tradicionalmente no momento *ex ante* da definição do objeto arbitral, ele atualmente passa a ser feito sobre a decisão arbitral, nomeadamente mediante a previsão da possibilidade da sua anulação em caso de ofensa à ordem pública([46]).

3. Os critérios de arbitrabilidade na lei portuguesa

3.1. Os antecedentes: o critério da disponibilidade da LAV de 1986

O art. 1.º, n.º 1, da LAV de 1986, estipulava que "[desde] que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros". A delimitação da área da arbitrabilidade em conformidade com o critério da disponibilidade do direito ou interesse objeto do litígio encontra chancela em vários ordenamentos jurídicos([47]). Concreti-

---

([43]) Diamvutu, Lino, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit*., p. 303.

([44]) *Vide* os dados citados em *idem*, pp. 32-33.

([45]) *Idem*, pp. 302-303, e Salgado, Catarina, "A Arbitragem Voluntária como Meio de Resolução Extrajudicial de Conflitos no Direito Angolano — Alguns Subsídios", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXIV, n.º 1, Tomo I, 2023, p. 450.

([46]) Morais Carvalho, Jorge, "O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e Noutros Negócios Jurídicos Processuais", *cit*., pp. 844-845, e Pinto Monteiro, António Pedro, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit*., pp. 166-167.

([47]) Cf., por todos, Diamvutu, Lino, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit*., p. 250, ss.

zações deste critério encontramo-los no art. 1.º, n.º 1, da LAV angolana, no art. 1.º da Lei Brasileira da Arbitragem, no art. 806.º, n.º 1, do *Codice di Procedura Civile*, no art. 2.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Espanhola e, na forma como são atualmente interpretados, nos arts. 2059.º e 2060.º do *Code Civil*([48]).

3.1.1. Noção de direitos disponíveis

Um direito diz-se disponível se as prerrogativas da sua constituição, transmissão e extinção([49]) forem exercíveis por ato de livre vontade do titular([50]). Os direitos indisponíveis, reversamente, são aqueles subtraídos

---

([48]) Acerca da arbitrabilidade objetiva no Direito francês, veja-se, por todos, Gaillard, Emmanuel, e Savage, John, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, *cit*., p. 330, ss. Se o art. 2059.º do *Code Civil* podia transparecer uma certa conexão da arbitrabilidade com a disponibilidade das situações jurídicas controvertidas, o art. 2060.º do *Code Civil* expressamente exclui do perímetro da arbitrabilidade "*les questions d'état et de capacite des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestation intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui interessente l'ordre public*". Diante esta formulação, "as relações entre a arbitragem e a ordem pública foram pautadas inicialmente pela rejeição da primeira pela segunda" (Sampaio Caramelo, António, "Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios", *cit*., p. 18). A presença de uma norma de ordem pública afastaria a arbitrabilidade do litígio. Esta conceção, sem grandes surpresas, deslocou a arbitragem para um espaço reduzido, pois "a simples invocação por uma das partes de uma norma de ordem pública, fosse ou não bem fundada essa invocação, basta para excluir a sujeição do litígio à jurisdição privada" (*idem*, p. 18). Avançou-se para um segundo modelo interpretativo segundo o qual o árbitro apenas não poderia apreciar litígios que envolvessem disposições injuntivas se as mesmas tivessem sido violadas pela operação ou contrato *sub judice*. Mas logo se evidenciou a impraticabilidade de um critério de arbitrabilidade assente no exame do mérito da causa. Chegou-se, assim, a um terceiro modelo: pode o Tribunal arbitral apreciar uma controvérsia que envolva normas de ordem pública mesmo que a operação económica haja ofendido tais disposições (Gaillard, Emmanuel, e Savage, John, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, *cit*., pp. 332-333, e Morais Carvalho, Jorge, "O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e Noutros Negócios Jurídicos Processuais", *cit*., p. 834). Atualmente, "pode afirmar-se que os limites decorrentes [da] concepção francesa de ordem pública internacional do Estado francês (nomeadamente, as questões relativas ao estado civil e à capacidade dos indivíduos e as atinentes ao direito penal) constituem a única restrição à arbitrabilidade dos litígios" (Sampaio Caramelo, António, "Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios", *cit*., pp. 21-22). Mantendo utilidade na definição da arbitrabilidade, a ordem pública, contudo, "só intervém mediante exclusões pontuais desta, segundo a natureza dos direitos (indisponíveis por razões de ordem pública) atribuídos às partes" (*idem*, p. 22; alertando como a reserva de ordem pública "só constitui um limite excepcional à arbitrabilidade", Lima Pinheiro, Luís, *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Imprensa FDUL, Lisboa, 2023, p. 118).

([49]) O traço mais saliente da disponibilidade em matéria de extinção de um direito prende-se com a possibilidade de livre renúncia.

([50]) Veja-se, a este respeito, Sampaio Caramelo, António, "Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios", *cit*., p. 24, Punzi, Carmine, *Il Processo Civile. Sistema e Problematiche*, Vol. III, 2.ª ed., Giappi-

ao domínio da vontade das partes, quer por existir determinação legal expressa, quer pela natureza da relação jurídica(51).

Essa qualificação deve ser feita numa base casuística, atendendo-se ao regime jurídico do direito em causa e ao concreto efeito processual pretendido pelo demandante(52). Uma análise panorâmica de cunhagem meramente institucional fará o intérprete-aplicador laborar em erro: mesmo nos setores normativos conotados pela indisponibilidade das posições jurídicas ativas, como as relações familiares(53) e sucessórias, de trabalho subordinado, de arrendamento habitacional, etc., poderão subsistir áreas em que o sujeito controla os destinos das situações jurídicas que lhe assistem. O mero facto de um direito ser regulado por normas imperativas não significa, só por si, que seja indisponível(54).

---

chelli, Torino, 2010, pp. 184-185, Lima Pinheiro, Luís, *Arbitragem Transnacional*, *cit*., p. 119, Perestrelo de Oliveira, Ana, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, *cit*., p. 34, Pinto Monteiro, António Pedro, "Da Ordem Pública no Processo Arbitral", *cit*., p. 623, Nunes de Matos, Federico, "Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico-Comparada", *cit*., pp. 478-479, e Pinto Monteiro, António Pedro, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit*., p. 170. A caracterização de um direito como disponível realiza-se num plano de abstração, perante uma determinada categoria idealizada e não perante o concreto direito objeto da demanda arbitral (que, em análise do mérito da causa, se pode concluir nem sequer existir). Neste expresso sentido, cf. Ventura, Raúl, "Convenção de Arbitragem", *cit*., p. 326.

(51) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03.06.2024, proc. n.º 5056/15.9T8MTS-A.P1.

(52) França Gouveia, Mariana, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit*., p. 144, Ferreira de Almeida, Carlos, "Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos", *in* Vieira da Silva, António (coord.), *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 86, Henriques Rocha, Filipe A., "A Arbitragem de Litígios sobre Dados Pessoais", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXIV, n.º 1, Tomo I, 2023, p. 692, e Costa e Silva, Paula, "Anulação e Recursos da Decisão Arbitral", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, Vol. III, 1992, p. 922.

(53) A grande generalidade das situações jurídicas que derivam do *status familiae* são, tal como ele, indisponíveis (*vide*, por exemplos, os arts. 1699.º, n.º 1, al. *b*), e 1878.º, n.º 1, do CC]. Além de o legislador prever para tais situações uma disciplina impermeável à autonomia privada das partes, elas são intransmissíveis e irrenunciáveis (cfr. Duarte Pinheiro, Jorge, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª ed., reimp., AAFDL, Lisboa, 2019, p. 61). A jurisprudência tem reconhecida a indisponibilidade do estado de filho (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03.06.2024, proc. n.º 5056/15.9T8MTS-A.P1), da ação de impugnação de paternidade (Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 13.06.2019, proc. n.º 5077/18.0T8BRG-A.G1) e da simples separação judicial de bens (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 31.05.2011, proc. n.º 2030/09.8TBCLD-B.L1-1). Ainda acerca da irrenunciabilidade do estado civil, Lebre de Freitas, José, e Alexandre, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 568-569. No entanto, a doutrina tem vindo a admitir a disponibilidade dos direitos patrimoniais decorrentes das relações pessoais e familiares, pelo menos quando o objeto da discussão se centrar apenas no *quantum* ou *quomodo* da obrigação (Punzi, Carmine, *Il Processo Civile. Sistema e Problematiche*, Vol. III, *cit*., p. 185).

(54) Fonseca, Elena, *Lezioni di Diritto dell'Arbitrato*, *cit*., p. 67, e Punzi, Carmine, *Il Processo Civile. Sistema e Problematiche*, Vol. III, *cit*., p. 185.

O conceito de (in)disponibilidade não apresenta uma caracterização única. Pelo contrário, estamos ainda perante uma realidade indefinida. Sem dados legais explícitos, a definição das situações jurídicas disponíveis e indisponíveis foi relegada para o ofício da doutrina e da jurisprudência — o que, embora tenha a vantagem de permitir o desenvolvimento da ciência jurídica independentemente da avareza da técnica legislativa, dificulta a cristalização do conceito em termos que o permitam constituir-se em *factispecie* de normas. Longe de apresentar um "sentido uniforme", o critério da disponibilidade "apresenta grandes dificuldades práticas" na sua operacionalização([55]); "*the notion of inalienability is in fact somewhat elusive*", conforme relatam uns tratadistas de renome([56]). A alocação das situações jurídicas em compartimentos estanques ignora que não estamos a lidar com uma caracterização maniqueística. Disponibilidade e indisponibilidade são, a bem ver, dois extremos de um amplo espetro (Level, por exemplo, enuncia três graus de indisponibilidade([57]).

3.1.2. Disponibilidade em sentido forte e em sentido fraco. O sentido do critério da disponibilidade

Entre nós, Sampaio Caramelo propugna uma distinção entre a disponibilidade forte e fraca do direito. Aquela consiste "na possibilidade de se renunciar ao direito, não só quando este já se constituiu na esfera jurídica do seu titular, mas também antes de tal ocorrer, ou seja, a sua renunciabilidade antecipada", enquanto esta última "se basta com a possibilidade de este [o direito] só vir a ser renunciável após a sua radicação na esfera jurídica do seu titular"([58]).

Partindo dessa destrinça, o Autor alerta que, em obséquio ao fundamento lógico que preside ao critério da disponibilidade, a convenção de

---

([55]) Nunes de Matos, Federico, "Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico-Comparada", *cit*., p. 479.

([56]) Gaillard, Emmanuel, e Savage, John, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, *cit*., p. 341.

([57]) Citado por Diamvutu, Lino, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit*., p. 250. São eles os (*i*) os direitos absoluta e definitivamente indisponíveis, onde se encontram radicadas as matérias relativas ao estatuto pessoal e à capacidade jurídica; (*ii*) os direitos parcialmente disponíveis, como os créditos pecuniários resultantes do Direito patrimonial da família (mormente o direito a alimentos); (*iii*) os direitos que apenas se tornam disponíveis aquando da sua constituição — como as pretensões a que o art. 809.º do CC alude — ou após a cessação das relações jurídicas do qual emergem — como os créditos laborais.

([58]) Sampaio Caramelo, António, "Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios", *cit*., p. 25.

arbitragem apenas surge inquinada se versar sobre um direito conotado pela sua *disponibilidade em sentido forte*([59]). O objeto arbitral terá de ser um direito disponível aquando da celebração da convenção de arbitragem([60]), em nada importando a possibilidade da sua disponibilidade futura.

Por conseguinte, segundo esta formulação do critério da disponibilidade, encontram-se expurgados do perímetro da arbitrabilidade os litígios referentes a direitos absolutamente indisponíveis — isto é, insuscetíveis de atos de disposição mesmo após a sua constituição na esfera do sujeito — e a direitos relativamente disponíveis, desde que, neste último caso, ao momento da celebração da convenção de arbitragem tais direitos, em face do seu regime substantivo, ainda não se tenham tornado disponíveis([61]).

3.1.3. As debilidades do critério da disponibilidade

Os críticos do critério da disponibilidade notam assertivamente como lhe subjaz uma premissa falaciosa, ao equiparar a interferência legalmente permitida aos sujeitos na constituição, modificação e extinção de uma relação jurídica com a possibilidade de a submeter a apreciação por árbitros([62]). Em abono dessa tese, Lima Pinheiro refere que o critério da dispo-

---

([59]) *Idem*, *ibidem*: "o que tem de ser relevante para este efeito não é a disponibilidade que o direito em causa assumirá porventura no futuro (numa sua configuração *eventual*), mas sim o facto de essa disponibilidade existir no momento em que se trate de celebrar a convenção de arbitragem (considerando-o enquanto situação jurídica *constituída e actual*)".

([60]) No sentido de o momento-chave para a verificação da disponibilidade ser o da celebração da convenção de arbitragem, Lima Pinheiro, Luís, *Arbitragem Transnacional*, *cit*., p. 123. Diversamente, considerando que o momento adequado é o do início da arbitragem, cf. Morais Carvalho, Jorge, "O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e Noutros Negócios Jurídicos Processuais", *cit*., p. 839.

([61]) Neste sentido, veja-se, por exemplo, Pereira Barrocas, Manuel, *Lei de Arbitragem Comentada*, *cit*., p. 30. Como exemplos de direitos relativamente disponíveis temos a indemnização de clientela do agente comercial (cf. Sampaio Caramelo, António, "A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio", *cit*., § 8.1) e os créditos laborais do trabalhador, cuja renunciabilidade apenas é possível após a cessação da relação contratual. Tais situações jurídicas não podem ser objeto de uma cláusula compromissória, mas apenas de um compromisso arbitral celebrado em momento após o qual se tornaram efetivamente disponíveis (*idem*, pp. 26-27, França Gouveia, Mariana, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit*., p. 147, e, ainda, Lima Pinheiro, Luís, *Arbitragem Transnacional*, *cit*., pp. 123-124, que admite a validade das convenções de arbitragem celebradas depois da cessação do contrato de trabalho). A mesma doutrina vale para os direitos contemplados pelo art. 809.º do CC [Esteves de Oliveira, Mário (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 45, Menezes Cordeiro, António, *Tratado da Arbitragem*, *cit*., p. 94, e Pereira Barrocas, Manuel, *Lei de Arbitragem Comentada*, *cit*., p. 30], embora nesse caso a lei substantiva desloque o momento da sua disponibilidade para o do surgimento dos próprios direitos.

([62]) Ventura, Raúl, "Convenção de Arbitragem", *cit*., p. 321.

nibilidade do direito justifica-se "porquanto é nas relações que dependem da vontade das partes, e só nestas, que se deve admitir o exercício de uma actividade jurisdicional por particulares"; mais referindo o insigne tratadista que "[a] sujeição a arbitragem de relações indisponíveis permitiria facilmente às partes tornear a indisponibilidade legal através da designação de árbitros que actuassem de acordo com a sua vontade"(63).

A tentativa de assimilar a convenção de arbitragem a um negócio de autocomposição de litígio, afeiçoando-o especialmente ao contrato de transação, deve ser recusada(64). Tal só se compreenderia diante um entendimento, hoje ultrapassado, que reduzia a arbitragem a um instituto de natureza contratual(65) e lhe recusava a mesma dignidade dos Tribunais estaduais; reconhecendo-se que a arbitragem é também ela uma forma de jurisdição e que os Tribunais arbitrais realizam uma atividade que, embora privada na sua origem, é pública no seu resultado(66), "é descabida qualquer tentativa de equiparação entre o instituto da convenção de arbitragem e o da transação"(67).

O contrato de transação é um negócio jurídico pelo qual as partes põem termo a um litígio mediante abandono ou concessões recíprocas (art. 1428.º, n.º 1, do CC)(68). Na convenção de arbitragem, diversamente, as partes limitam-se a confiar a um decisor privado a resolução de um litígio entre si existente(69). Nessa decisão não está presente nenhuma interferência no modo de solucionamento do litígio(70) nem muito menos uma renúncia ou alienação do direito controvertido(71).

---

(63) Lima Pinheiro, Luís, *Arbitragem Transnacional*, *cit*., p. 119.

(64) Sampaio Caramelo, António, "Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios", *cit*., pp. 25-26.

(65) No sentido de o critério da transigibilidade ser "herdeiro da ultrapassada concepção contratual da arbitragem", Ferreira de Almeida, Carlos, "Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos", *cit*., p. 87.

(66) Pinto Monteiro, António Pedro, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit*., p. 172.

(67) Nunes de Matos, Federico, "Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico-Comparada", *cit*., p. 486.

(68) Acerca do contrato de transação, veja-se Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XII (2.ª Parte), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 1054-1061. No Direito italiano, Schlesinger, Piero, e Torrente, Andrea, *Manuale di Diritto Privato*, 24.ª ed., Giuffrè, Milano, 2019, p. 831.

(69) Neste preciso sentido, cf. Sampaio Caramelo, António, "Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios", *cit*., p. 26.

(70) No sentido de ser errónea a visão que equipara o recurso a Tribunal arbitral a um ato de vontade ou de disposição de um interesse, *vide* Esteves de Oliveira, Mário (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, *cit*., p. 45.

(71) Moura Vicente, Dário, Anotação ao Art. 1.º, *in* Moura Vicente, Dário (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 30, e Morais Carvalho, Jorge, "O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e Noutros Negócios Jurídicos Processuais", *cit*., p. 836.

A estes reparos técnicos acrescem dificuldades de ordem prática. A adoção do critério da disponibilidade absoluta culmina num afunilamento do âmbito da arbitrabilidade([72]), arredando da resolução por árbitros um número amplo de controvérsias versando sobre interesses patrimoniais (como a indemnização de clientela nos contratos de agência, a generalidade dos litígios em matéria de arrendamento urbano e parte significativa do contencioso societário([73]). A optar-se, em vez, pela simples exigência da disponibilidade relativa dos direitos, o problema do estreitamento da arbitragem seria eliminado em prol de outro igualmente indesejável: a dilatação da arbitrabilidade a quaisquer litígios que incidissem sobre situações jurídicas que apresentassem algum grau, ainda que mínimo, de disponibilidade. Nesse espetro se incluiriam matérias relativas ao estado civil das pessoas, resultado esse inaceitável perante as opções axiológicas básicas do nosso sistema jurídico([74]).

4. Direito atual: a LAV de 2011

4.1. Visão geral

Num acolhimento mimético das soluções consagradas em legislações próximas, a opção da LAV para o problema da arbitrabilidade passou pela introdução de um critério geral coadjuvado pelo afastamento expresso de

---

([72]) Sampaio Caramelo, António, "A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária", *cit*., p. 12 (= "A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio", *cit*., § 7).

([73]) Sendo peticionada a declaração de nulidade de um ato, contrato ou deliberação social com base na infração de um requisito de salvaguarda de interesses que extravasam a esfera jurídica do demandante, gera-se o problema de saber *que direito* está a ser exercido. Cf. *idem*, pp. 29-30 (= "Arbitragem de Litígios Societários", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano IV, 2011, p. 11). Parece-nos que quem exige a declaração judicial da nulidade de um ato está apenas a exercer o seu direito de ação judicial. Ora, sendo proibido o *pactum de non petendo* no Direito português, o direito de ação é irrenunciável (Lebre de Freitas, José, *Introdução ao Processo Civil*, 4.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2017, p. 103). Daí que, sendo o campo da arbitrabilidade delimitado com base no critério da disponibilidade, as ações tendentes a obter a declaração da nulidade de contratos de sociedade ou de deliberações de órgãos sociais têm sido reputadas como inarbitráveis. A mesma conclusão se haverá de sufragar a respeito das ações que visem a declaração da nulidade de deliberações sociais por violação das normas que regem imperativamente a organização societária e das que protegem interesses de credores e outros terceiros ou de futuros sócios da sociedade, dado que dessas normas não emergem direitos que sejam disponíveis pelos atuais sócios da sociedade (cf. Sampaio Caramelo, António, "Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios", *cit*., p. 32).

([74]) Sampaio Caramelo, António, "A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio", *cit*., § 7.

determinadas matérias do objeto arbitral. A arbitrabilidade no Direito português é, desta forma, obtida mediante a conjugação de uma delimitação positiva e de uma delimitação negativa(75).

4.2. Delimitação negativa

O art. 1.º, n.º 1, da LAV, expressamente retira da possibilidade de decisão por árbitros duas categorias de litígios: os submetidos exclusivamente à jurisdição estadual ou a arbitragem necessária. Os litígios da primeira estirpe representam "domínios nos quais o Estado reclama o poder decisório para os tribunais estaduais, rejeitando a possibilidade de uma jurisdição privada, como é o caso da arbitragem, para decidir e apreciar os mesmos"(76). A afetação de um litígio à jurisdição exclusiva do Estado pode ser manifestada por formas diversas, seja por norma que o diga expressamente (como o art. 387.º, n.º 1, do Código do Trabalho), seja por uma proibição de submissão dessa controvérsia a arbitragem voluntária(77).

4.3. Delimitação positiva

O anterior critério da disponibilidade do direito tornou-se num recetáculo de inúmeras críticas por parte da doutrina portuguesa, cujos principais argumentos foram *supra* vertidos. Reagindo a tais críticas, o art. 1.º, n.º 1, da LAV, identificou na patrimonialidade dos interesses controvertidos o critério primário de definição da arbitrabilidade. Assim, salvas as exceções expressamente previstas, o Direito português reconhece a arbitrabilidade de todos os litígios que envolvam direitos patrimoniais, a tal não obstando o seu caráter indisponível(78) ou a sua injuntividade(79).

---

(75) Pinto Monteiro, António Pedro, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit*., p. 167.

(76) *Idem*, pp. 167-168. Cf. ainda Ventura, Raúl, "Convenção de Arbitragem", *cit*., p. 318.

(77) As ações criminais estão, naturalmente, fora do âmbito da arbitrabilidade. Contudo, a relevância penal do ato não conduz *per si* à inarbitrabilidade da pretensão, desde que esta diga respeito às consequências civis desse ato (como a obrigação de indemnizar os danos provocados). *Vide*, neste sentido, Picardi, Nicola (coord.), *Codice di Procedura Civile*, Tomo II, *cit*., p. 3844, e Punzi, Carmine, *Il Processo Civile. Sistema e Problematiche*, Vol. III, *cit*., p. 185.

(78) Esteves de Oliveira, Mário (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, *cit*., p. 45, e Henriques Rocha, Filipe A., "A Arbitragem de Litígios sobre Dados Pessoais", *cit*., p. 690. São arbitrá-

O art. 1.º, n.º 2, da LAV, alarga a arbitrabilidade aos litígios envolvendo interesses de natureza não patrimonial, desde que, quanto a eles, as partes possam celebrar transação. Emulando os passos do legislador alemão, o Direito luso combinou o critério principal da patrimonialidade com o da transigibilidade da pretensão em litígio([80]), alcançando aquele que possivelmente será o critério de arbitrabilidade mais amplo no plano internacional([81]). Essa combinação resulta no alargamento da jurisdição arbitral a todos os litígios respeitantes a interesses patrimoniais e mesmo não patrimoniais, desde que estes últimos sejam transacionáveis; enunciando a mesma regra pela negativa, apenas escapam ao âmbito da arbitrabilidade os interesses não patrimoniais que não possam ser objeto de transação.

Na definição dos litígios arbitráveis, o caráter injuntivo ou imperativo das normas que regulam a situação jurídica controvertida nada importa. São arbitráveis os litígios que observem os requisitos do art. 1.º, n.os 1 e 2, da LAV, mesmo que envolvam a aplicação de normas que não possam ser livremente derrogadas ou modificadas pelas partes([82]). A existência de soluções legais imperativas representa apenas um limite ao poder decisório dos Tribunais arbitrais, sem influir na amplitude da sua jurisdição([83]).

A lei não institui qualquer limite referente à tipologia da ação arbitral, a qual pode assumir um formato meramente declarativo, condenatório ou constitutivo([84]). Apenas se encontram excluídas as pretensões que requeiram o exercício de poderes executivos ou coercitivos. A arbitrabilidade estende-se não só às "questões de natureza contenciosa em sentido estrito", como também a "quaisquer questões jurídicas reais, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar, actualizar ou mesmo rever os contratos ou as relações jurídicas que estão na origem da convenção de arbitragem"([85]).

---

veis os litígios que envolvam os (raros) direitos patrimoniais que sejam indisponíveis (Dias Oliveira, Elsa, *Arbitragem Voluntária — Uma Introdução*, *cit*., p. 38, e Moura Vicente, Dário, Anotação ao Art. 1.º, *cit*., p. 30), de que são exemplos o direito de sequência previsto no art. 54.º do CDADC e com o direito de anulação de negócios jurídicos.

([79]) Dessa forma, são arbitráveis os litígios em matéria de indemnização de clientela e de arrendamento (Pereira Barrocas, Manuel, *Lei de Arbitragem Comentada*, *cit*., pp. 34-35).

([80]) Sampaio Caramelo, António, "A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária", *cit*., p. 12.

([81]) Pinto Monteiro, António Pedro, "Da Ordem Pública no Processo Arbitral", *cit*., p. 626.

([82]) Pereira Barrocas, Manuel, *Lei de Arbitragem Comentada*, *cit*., p. 28.

([83]) Ferreira de Almeida, Carlos, "Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos", *cit*., p. 86.

([84]) No mesmo sentido, para o Direito italiano, Mandrioli, Crisanto, e Carratta, Antonio, *Corso di Diritto Processuale Civile*, 2.ª ed., Giappichelli, Torino, 2015, p. 376.

([85]) Lima Pinheiro, Luís, *Arbitragem Transnacional*, *cit*., p. 131.

4.4. Critério da patrimonialidade

A submissão da arbitrabilidade ao barómetro da natureza patrimonial da causa controvertida foi primeiro acolhida no Direito suíço, ao dispor o art. 177.º, n.º 1, da Lei de Direito Internacional Privado de 1987, que "[*toute*] *cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage*"(86).

Embora coadjuvado por um critério adicional de transigibilidade de direitos, a patrimonialidade do interesse controvertido é, desde o fim do milénio, a matriz eleita pelo Direito alemão para definir o âmbito das matérias arbitráveis. Dispõe o § 1030, n.º 1, do ZPO, que "qualquer pretensão que envolve um interesse económico pode ser objeto de uma convenção de arbitragem. Uma convenção de arbitragem relativa a pretensões que não envolvam um interesse económico será juridicamente eficaz na medida em que as partes possam sobre elas concluir transacção"(87). A doutrina tem interpretado amplamente a norma, perfilando como litígios patrimoniais não apenas os que impliquem o pagamento de uma quantia em dinheiro, mas igualmente as ações declarativas e de modificação contratual(88). A adoção do critério da patrimonialidade "afasta totalmente a existência de uma relação entre arbitrabilidade e ordem pública ou normas imperativas", sem prejuízo da contrariedade à ordem pública subsistir enquanto fundamento de anulação da sentença arbitral (§ 1059.º, n.º 2, do ZPO)(89).

O critério da patrimonialidade do interesse controvertido permite maior amplitude na circunscrição das matérias arbitráveis. Esta vantagem pode, no entanto, revelar-se farisaica para o demandante, ao acarretar-lhe o risco de não poder executar a sentença arbitral fora da jurisdição onde fora proferida, para tal bastando que o país do reconhecimento adote uma posição mais conservadora em matéria de arbitrabilidade(90).

---

(86) A adoção do critério da patrimonialidade permitiu ao Direito suíço da arbitragem internacional a resolução pelo mecanismo arbitral de litígios que em outros países não seriam arbitráveis, nomeadamente em matéria de anulação de decisões de pessoas coletivas, validade de direitos de propriedade intelectual, consumo, arrendamento, contratos de trabalho, Direito da Concorrência e corrupção (Diamvutu, Lino, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit*., p. 252). Admite-se igualmente a arbitrabilidade de litígios que envolvam a discussão de direitos patrimoniais de herdeiros (Gaillard, Emmanuel, e Bermann, George A., *Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, *cit*., p. 250).

(87) Seguimos a tradução de Diamvutu, Lino, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit*., p. 253. Será de notar que o § 1030, n.º 2, do ZPO, declara nulas as convenções de arbitragem que versem sobre litígios relativos a arrendamentos.

(88) *Idem*, *ibidem*.

(89) Morais Carvalho, Jorge, "O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e Noutros Negócios Jurídicos Processuais", *cit*., p. 835.

(90) França Gouveia, Mariana, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit*., p. 138.

A ideia de patrimonialidade traduz a aptidão de um bem jurídico em reproduzir-se num valor pecuniário, ainda que carente de acertamento ou liquidação. Detêm natureza patrimonial todos os interesses "que respeitam a bens, direitos ou coisas que tenham em si mesmas, um valor económico, um valor pecuniário ou de troca"; processualmente, a condução de um litígio que envolva a discussão de interesses patrimoniais haverá de se traduzir num ganho ou perda "directos ou imediatos de uma coisa ou direito com valor patrimonial, susceptível de uma avaliação pecuniária objectiva"([91]). A fim da determinação da patrimonialidade do direito não é exigível que a lei permita a sua troca por dinheiro([92]).

No âmbito deste critério situam-se não apenas as pretensões com imediata expressão monetária ou pecuniária — aí se localizando, desde logo, os pedidos de condenação em quantia pecuniária —, como também as que, tendo tanto fonte contratual (nomeadamente transações económicas) como extracontratual, sejam suscetíveis de alterarem a situação económica dos sujeitos, ainda que o pedido deduzido consista no cumprimento de uma prestação de facto, na alteração de uma determinada realidade jurídica ou na declaração da validade ou invalidade de atos negociais([93]). A arbitrabilidade extravasa, por isso, a realidade comercial([94]). Neste critério estão igualmente contidos os litígios decorrentes de querelas contratuais entre particulares e de factos geradores de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa, bem como as controvérsias a respeito de direitos reais e de direitos patrimoniais decorrentes do *status familiae*([95]).

([91]) Esteves de Oliveira, Mário (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, *cit*., p. 46. Entendendo por patrimonialidade a característica de a pretensão ser suscetível de avaliação patrimonial ou económica, Dias Oliveira, Elsa, *Arbitragem Voluntária — Uma Introdução*, *cit*., p. 37, Lima Pinheiro, Luís, *Arbitragem Transnacional*, *cit*., p. 120, Pinto Monteiro, António Pedro, "Da Ordem Pública no Processo Arbitral", *cit*., p. 625, e Henriques Rocha, Filipe A., "A Arbitragem de Litígios sobre Dados Pessoais", *cit*., p. 692.

([92]) *Idem*, pp. 692-693. Contra, Menezes Cordeiro, António, *Tratado da Arbitragem*, *cit*., p. 94.

([93]) Cf. França Gouveia, Mariana, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit*., p. 143, e Pinto Monteiro, António Pedro, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit*., p. 168.

([94]) Lima Pinheiro, Luís, *Arbitragem Transnacional*, *cit*., p. 119.

([95]) Reportamo-nos, em concreto, ao direito a alimentos e ao direito à partilha de bens do casal (admitindo explicitamente a idoneidade deste último como objeto arbitral, Ferreira de Almeida, Carlos, "Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos", *cit*., p. 87). Aquele primeiro tem uma clara dimensão patrimonial, ao exprimir-se na faculdade de receber de outrem uma quantia pecuniária (art. 2005.º, n.º 1, do CC), e sempre se haveria de lhe reconhecer, à luz do regime substantivo dos arts. 2006.º e 2012.º do CC, a sua disponibilidade (Lebre de Freitas, José, e Alexandre, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, *cit*., p. 568). Não obstante, o facto de o direito a alimentos comprometer "interesses superiores da sociedade" tem funcionado como limite à sua arbitrabilidade (Henriques Rocha, Filipe A., "A Arbitragem de Litígios sobre Dados Pessoais", *cit*., p. 694). Quanto a nós, parece-nos que esse argumento apenas vinga perante o direito a alimentos devido a menores, a respeito

Desde que não penetre num domínio especificamente excluído pelo legislador ou incompatível com a natureza privada da arbitragem, qualquer realidade passível de se exprimir numa posição de vantagem ou desvantagem económica, ainda que inicialmente indefinida ou ilíquida, pode ser objeto de discussão por árbitros.

4.4.1. A relevância do interesse como objeto do juízo de patrimonialidade

Resulta da formulação do art. 1.º, n.º 1, da LAV, que a patrimonialidade é uma característica do *interesse* cuja realização se pretende através de uma forma de tutela jurídica. A doutrina toma a parte pelo todo e, nessa indevida sinédoque, analisa a questão da patrimonialidade por referência ao direito subjetivo que se encontra a ser exercido. Mas o modo como o art. 1.º, n.º 1, da LAV, se encontra redigido não representa nenhuma veleidade que deva ser desconsiderada pelo intérprete-aplicador. Demonstra, na verdade, uma superação da ideia tradicional que reduzia o sistema jurídico(-privado) e as situações jurídicas subjetivas aos direitos subjetivos(96).

O património da civilística moderna inclui a constatação de que o interesse — definido na lição do insigne mestre De Cupis como a "a relação que intercede entre o ente que satisfaz a necessidade e o ente idóneo à sua satisfação (o bem)"(97) — não se esgota no conceito de direito subjetivo nem identifica a sua estrutura.

O direito subjetivo, enquanto poder tendencialmente discricionário de exigir de outrem um dado comportamento(98), é meramente um dos

---

do qual pontificam uma ordem pública de valores atenta a condição pessoal do alimentando, carecendo de justificação onde se trate do direito a alimentos devido ao cônjuge ou ex-cônjuge (Diamvutu, Lino, *O Favor Arbitrandum. Ensaio de uma Teorização*, *cit*., p. 287). Na Alemanha, a opinião maioritária reputa como arbitráveis os litígios envolvendo o regime de bens e o direito a alimentos do cônjuge (*maintenance claims*). A mesma opinião favorável à arbitrabilidade das discussões acerca das situações patrimoniais de cunho familiar se verifica nos Países Baixos e na Suíça, sendo que nesta última jurisdição se admite mesmo a arbitrabilidade de controvérsias entre herdeiros [Quinke, David, Anotação ao Art. V(2)(*a*), *cit*., pp. 409-410]. Para maiores desenvolvimentos, cf. Kennett, Wendy, "It's Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. XXX, 2016, pp. 1-31.

(96) Cf. Gaillard, Emmanuel, e Savage, John, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, *cit*., p. 341, e Fonseca, Elena, *Lezioni di Diritto dell'Arbitrato*, *cit*., p. 63.

(97) Cupis, Adriano de, "Danno (Diritto Vigente)", *in* AA.VV., *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XI, Giuffrè, Milano, 1988, p. 626, tradução livre.

(98) Entendemos que é no facto de atribuir ao seu titular o poder de exigir dos sujeitos coloca-

(vários) veículos técnicos manuseados pelo sistema jurídico para realizar a sua denominada "função atributiva"([99]) de "ordenar os interesses humanos à luz dos valores e dos objetivos prevalecentes na sociedade"([100]). Permitindo a satisfação e tutela de um interesse legalmente reconhecido, nem o direito subjetivo se resume nele([101]) nem é o único meio legal para a sua realização. Prova disso são as inúmeras formas de proteção jurídica de um interesse que não passam pela atribuição de um poder tendencialmente livre de exigir de outrem um determinado comportamento.

Existem formas de tutela objetiva (e, por vezes, indireta) de interesses que não são acompanhadas da criação de "um espaço de livre intervenção, que permita ao sujeito prosseguir por si a defesa do seu interesse"([102]). Autorizam-no apenas a reagir contra a infração cometida caso da mesma lhe advier algum dano. A esta realidade se dirigem as normas de proteção a que alude o art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte, do CC, as quais permitem alargar a tutela delitual a interesses que não sejam protegidos segundo a estrutura de um direito subjetivo absoluto([103]). A norma que impõe a vacinação obrigatória protege reflexamente o interesse do sujeito na conservação da sua

---

dos no lado oposto da relação jurídica um comportamento positivo ou negativo de respeito pelo seu interesse (Capelo de Sousa, Rabindranath, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 181) e de colocar o exercício desse poder na discricionariedade do titular (Cupis, Adriano de, *Il Danno. Teoria Generale della Responsabilità Civile*, reimp., Giuffrè, Milano, 1954, p. 9) que se encontra o *quid specificum* do direito subjetivo enquanto categoria jurídica autónoma.

([99]) Nivarra, Luca, *Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 72, tradução livre.

([100]) Roppo, Vincenzo, *Diritto Privato*, 5.ª ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 47, tradução livre.

([101]) A necessidade de não se confundir "o meio com o fim, o morfológico com o teleológico" (Carvalho, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2021, p. 111) é a crítica comumente apontada à tese de Ihering (Carvalho Fernandes, Luís, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 5.a. ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 574). Essa confusão encontra-se, por exemplo, em Capitant, Henri, *Introduction à l'Étude du Droit Civil*, 5.ª ed., A. Pedone, Paris, [s. d.], p. 107, tradução livre, para quem o direito subjetivo "é um interesse de natureza material ou intelectual, protegido pelo Direito objetivo que, para esse efeito, confere à pessoa nele investida o poder de praticar os actos necessários para obter a satisfação desse interesse".

([102]) Oliveira Ascensão, José de, *Direito Civil — Teoria Geral*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 110.

([103]) A bibliografia referente ao tema é extensa: Miranda Barbosa, Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, Princípia, Cascais, 2017, p. 171, Menezes Leitão, Adelaide, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, polic. Lisboa, 2007, p. 545, Azevedo de Almeida, Margarida, *A Responsabilidade Civil do Banqueiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 61, Carneiro da Frada, Manuel A., *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, reimp., Almedina, Coimbra, 2018, p. 249, e Vasconcelos Pinto, Rui, "A Tutela Delitual dos Danos Patrimoniais Reflexos. Parte II: os Danos Puramente Patrimoniais e os Limites da Tutela Delitual", *O Direito*, Ano 150, Vol. II, 2018, pp 378-379. Na doutrina estrangeira, com enfoque na Alemanha, cf. Markesinis, Basil, *The German Law of Torts*, 4.ª ed., Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2002, p. 885, e Van Gerven, Walter, Lever, Jeremy e Larouche, Pierre, *Tort Law*, Hart Publishing, New York, 2000, p. 22.

saúde mas não lhe confere o poder de exigir que terceiros se vacinem(104). Consabidamente, não existe um direito subjetivo ao património *qua tale*(105), mas nem por isso deixam os interesses patrimoniais de um sujeito de ser protegidos por outras vias, como a previsão de normas penais para a burla e para a extorsão(106).

Paralelamente a estas normas objetivas, o ordenamento pode criar situações de vantagem que não se configuram como direitos subjetivos *proprio sensu*, quer por não atribuírem um poder de codeterminar o comportamento alheio, quer porque esse poder não é colocado na livre discrição do agente.

Sem nos embrenharmos noutras considerações, fica suficientemente demonstrado que *direito subjetivo* e *interesse* são conceitos jurídicos autónomos. Ora, seria um retrocesso jurídico desmentir as palavras do legislador, entendendo, à margem da literalidade do art. 1.º, n.º 1, da LAV, que a arbitrabilidade é definida pela patrimonialidade do direito que se encontra a ser acionado. Na verdade, sendo tal juízo realizado sobre o interesse, nada impede que direitos aos quais se reconheça a sua cunhagem primariamente não patrimonial possam, no específico caso concreto, servir de veículo para a realização de benefícios económicos. Em tais casos, porque o objeto do litígio contenderá com interesses patrimoniais, permitir-se-á o recurso à arbitragem voluntária como forma de solucionamento do mesmo.

4.4.2. A tríplice tutela dos direitos de personalidade (e dos direitos subjetivos em geral)

Os direitos de personalidade fornecem-nos o tubo de ensaio experimental que permite comprovar as nossas asserções. Ninguém questiona que a sua ligação ontológica à sensibilidade humana, ao serem manifestações da imanente dignidade do Homem(107), os impede de se converterem

---

(104) Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General)*, Vol. I, 2.ª ed., trad. castelhana, Bosch, Barcelona, 1950, p. 282.

(105) Para desenvolvimentos, Bessa de Melo, Daniel, "Da Ressarcibilidade dos Danos Puramente Patrimoniais no Direito Delitual Português", *Revista de Direito Civil*, Vol. VIII, n.º 2, 2023, pp. 308-315, e as referências aí contidas.

(106) Von Tuhr, A., *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán*, Vol. I, trad. castelhana, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998, pp. 59-60.

(107) Carvalho Fernandes, Luís, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 6.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p. 222.

num valor pecuniário. Os direitos de personalidade são, sem qualquer controvérsia, direitos extrapatrimoniais([108]).

A tal não obsta que, sobretudo naqueles momentos patológicos em que ocorra a sua violação, estes possam manifestar interesses patrimoniais. Os direitos de personalidade, como a generalidade dos direitos subjetivos, conhecem uma tríplice tutela([109]) que se desdobra numa vertente negatória — simples eliminação da violação existente, da sua continuação ou, preventivamente([110]), da sua ocorrência —, ressarcitória — destinada a afastar as consequências danosas da violação do direito (art. 483.º, n.º 1, do CC) — e restitutória — endereçada a corrigir um desvio patrimonial decorrente de uma ingerência ilícita no direito (art. 473.º, n.º 1, do CC).

As pretensões ressarcitória([111]) e restitutória que poderão encontrar na preterição de direitos de personalidade a sua fonte imediata têm indubitavelmente uma dimensão patrimonial([112]). A respeito da pretensão indem-

---

([108]) Neste sentido depõe a grande generalidade da doutrina, tanto lusa como estrangeira: *idem*, p. 225, Capelo de Sousa, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 414-415, Mota Pinto, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 209, Albaladejo, Manuel, *Derecho Civil*, Vol. I, 15.ª ed., Bosch, Barcelona, 2002, p. 475, Terré, François, e Fenouillet, Dominique, *Droit Civil. Les Personnes*, 8.ª ed., Dalloz, Paris, 2012, p. 59.

([109]) Por todos, cf. Carneiro da Frada, Manuel A., «"*Quando os Lobos Uivam…*". Sobre a Tríplice Tutela dos Direitos Subjectivos, a Respeito de um Trecho de Oliveira Ascensão (e de um Acórdão da Relação de Coimbra sobre Baldios)», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXIV, Tomo III, n.º 1, 2023, p. 1504, ss.

([110]) Sobre a tutela preventiva no Direito italiano, cf. Albanese, Antonio, "La Persona Fisica e i Diritti della Personalità", *in* Mazzamuto, Salvatore (coord.), *Manuale del Diritto Privato*, 4.ª ed., Giappichelli, Torino, 2022, pp. 144-145.

([111]) Para uma análise do problema específico da arbitrabilidade da indemnização devida pela violação de dados pessoais, Henriques Rocha, Filipe A., "A Arbitragem de Litígios sobre Dados Pessoais", *cit*., p. 693, ss.

([112]) No limite, pode-se mesmo defender que o direito a exigir a indemnização do dano ou a corrigir um indevido locupletamento é categoricamente diverso do direito de personalidade cuja ofensa desencadeia esse tipo de pretensões. É amplamente conhecida a discussão de saber se, no setor do incumprimento contratual, o dever de indemnizar é uma modificação objetiva do primitivo dever de prestar ou uma obrigação autónoma criada pelo inadimplemento (por todos, Miranda Barbosa, Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, *cit*., pp. 16-19). Fora desse âmbito, são vários os dados legais a suportar que o feixe de continuidade entre o direito indemnizatório e o direito preterido resume-se no facto de a ilicitude, cuja imagem passa sobretudo pela violação do "direito de outrem", ser um dos pressupostos para o surgimento do direito ao recebimento da indemnização. De resto, a conexão funcional não se traduz numa ligação estrutural nem muito menos desencadeia uma modificação objetiva da situação jurídica. O direito a receber a indemnização é "destacado" do direito originário, formando uma categoria própria e autónoma. Aquele é uma atribuição patrimonial que resulta da provocação de um dano à esfera de interesses protegidos do sujeito (art. 483.º, n.º 1, do CC), consistindo o seu conteúdo na prerrogativa de exigir do lesante a restauração *in natura* ou por equivalente da situação em que o lesado estaria caso o ato que obriga ao dever de indemnizar não tivesse ocorrido.

nizatória, se a tese facilmente se acolhe onde se trate da imputação ao lesante dos danos patrimoniais decorrentes da ofensa a direitos de personalidade([113]), ela é igualmente válida se o conteúdo do dever indemnizatório consistir na compensação de danos morais (art. 496.º, n.º 1, do CC). Esta compensação é precisamente configurada como um lenitivo monetário destinado a proporcionar ao lesado a satisfação económica possível perante uma lesão insuscetível de avaliação pecuniária([114]). O facto de o seu modo de cálculo passar por um juízo de equidade não lhe retira o caráter patrimonial (art. 496.º, n.º 4, do CC), inclusive confirmado pela circunstância dessa compensação ser, em certos casos, rendimento tributável([115]).

A arbitrabilidade das indemnizações devidas pela violação de direitos de personalidade é admitida pela doutrina([116]) e pela jurisprudência([117]), embora acedam a essa conclusão por via do critério da disponibilidade/ /transigibilidade.

A interferência em bens da personalidade pode igualmente desencadear a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa, a tal não obstando a extrapatrimonialidade dos direitos em causa([118]). O titular de tais direitos de personalidade que pretenda a correção do locupletamento

---

E as distinções de regime não são poucas: o direito de personalidade é imprescritível, enquanto o direito indemnizatório fundado na violação do direito de personalidade prescreve no prazo do art. 498.º, n.º 1, do CC (neste explícito sentido, Capelo de Sousa, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, *cit*., pp. 467-468); o direito de personalidade é inalienável e intransmissível, ao passo que o crédito indemnizatório, mesmo sendo litigioso, pode ser cedido; a tutela do direito de personalidade conhece um processo especial (art. 878.º, ss. do Código de Processo Civil), enquanto a ação indemnizatória segue a forma de processo comum; o direito indemnizatório tem eficácia *inter partes*, de forma que o ressarcimento apenas pode ser exigido de um sujeito concreto, enquanto o direito ofendido será sempre dotado de oponibilidade *erga omnes*. Defendendo que, no domínio extracontratual, o direito indemnizatório constitui um direito novo face ao direito ofendido, cf. Cupis, Adriano de, *Il Danno*, *cit*., pp. 339-340.

([113]) Pense-se, por exemplo, na perda de rendimentos adveniente de ofensas à integridade física.

([114]) Galvão Telles, Inocêncio, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 380.

([115]) Bessa de Melo, Daniel, "O Enquadramento das Indemnizações por Responsabilidade Civil no CIRS. Em Especial, os Juros de Mora", *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 6, 2024, pp. 479-481.

([116]) Se bem entendida, aparenta ser esta a posição de Pereira Barrocas, Manuel, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, *cit*., p. 46.

([117]) No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03.05.2007, proc. n.º 06B3359, admitiu-se a arbitrabilidade de um litígio envolvendo a indemnização por ofensa a direitos de personalidade. Justificou-se a posição afirmando-se que, embora os direitos de personalidade sejam direitos indisponíveis, o mesmo já não acontece com o "direito de acção tendente à indemnização por responsabilidade civil com fundamento na violação de qualquer desses direitos".

([118]) Por todos, cf. Menezes Leitão, Luís, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1996, pp. 745-747.

obtido pelo infrator — pensemos, por exemplo, nos lucros que um *tabloide* auferiu ao divulgar fotografias íntimas de uma celebridade(119) — exerce uma pretensão que contende com interesses de ordem patrimonial e, por isso, que é suscetível de resolução pela via arbitral.

4.4.3. A arbitrabilidade de litígios que envolvam negócios jurídicos sobre direitos de personalidade

Dentro dos limites da ordem pública, o art. 81.º, n.º 1, do CC, permite a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade. Tal compressão por ato de autonomia privada amiudamente faz-se num contexto negocial, no qual é atribuído a alguém um direito de exploração económica de bens da personalidade mediante contrapartida (monetária ou em espécie) ao seu titular. São exemplos desses "negócios de personalidade"(120) os contratos de cedência de imagem para fins publicitários e de participação em programas televisivos. Na medida em que certos direitos de personalidade — como a imagem, a reserva da intimidade da vida privada, a palavra ou o nome — podem, a despeito da sua inerente natureza extrapatrimonial, assumir relevância patrimonial tornando-se objeto de um acordo negocial oneroso(121), a doutrina tem alertado para uma crescente "patrimonialização dos aspetos da personalidade"(122).

Independentemente dos eventuais desafios ético-jurídicos que possam suscitar, estes "negócios de personalidade" são geradores de conse-

---

(119) Não vamos aqui discutir o lugar dogmático dessa solução, nomeadamente se deve ser enquadrada na teoria do conteúdo da destinação ou se ela acede a um fundamento autónomo de que a ninguém deverá ser permitido guardar para si os lucros de um facto ilícito. Cf., por exemplo, Carneiro da Frada, Manuel A., *Direito Civil — Responsabilidade Civil*, reimp., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 67-68. Com interesse, pode-se ainda consultar o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21.03.2012, proc. n.º 1139/09.2YXLSB.L1-2: "Findo um contrato que continha o consentimento da autora para a utilização comercial das gravações da sua voz — bem de personalidade patrimonial — que tinha feito para a ré, esta não pode continuar a fazer o aproveitamento económico dessas gravações, sob pena de enriquecimento injustificado no valor igual do da retribuição habitual".

(120) Como os denomina, por exemplo, Pais de Vasconcelos, Pedro, e Pais de Vasconcelos, Pedro Leitão, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 60.

(121) Para considerações à luz dos negócios que envolvam a cedência de dados pessoais, veja-se Cunha Pinto, Maria Benedita, "Dados Pessoais como Objeto Mediato de Negócios Jurídicos Onerosos", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 82, Vol. III/IV, 2022, em especial p. 628, ss.

(122) Bocchini, Fernando, e Quadri, Enrico, *Diritto Privato*, 9.ª ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 316, tradução livre. No mesmo sentido, alertando para como o quadro dogmático tradicional dos direitos de personalidade terá de ser adaptado à luz da evolução jurídico-social, Nivarra, Luca, *Diritto Privato*, *cit*., pp. 153-154.

quências patrimoniais([123]). Por via de tais contratos, certos aspetos dos bens jurídicos da personalidade são destacados da sua origem ontológica, convertidos em ativos económicos e inseridos num sistema de trocas e contraprestações. Ao envolverem-se em tais negócios, os bens de personalidade assumem uma dimensão económica. A peculiaridade do objeto contratual, com consequências ao nível da validade e da livre resolubilidade destes acordos negociais, não lhes retira o seu caráter essencialmente comercial e oneroso. Por mais reservas que possamos ter, é indeclinável que "a comercialização ocorre no mercado e constitui uma forma de aproveitamento dos bens da personalidade na actual sociedade económica"([124]).

Permitindo a lei que ocorra um *downgrading* do valor axiológico dos direitos de personalidade mediante a celebração de negócios jurídicos onerosos que disciplinem o seu modo de exercício, as pretensões decorrentes dessas relações contratuais são arbitráveis([125]) à luz do critério da patrimonialidade do interesse controvertido. Efetivamente, em tais casos o objeto do litígio não contende com a existência e conteúdo dos direitos de personalidade, mas com o seu modo de aproveitamento económico ao abrigo de uma relação contratual validada pelo ordenamento jurídico; em suma, em discussão estarão interesses de índole económica, a tal não obstando o facto de os mesmos se inserirem no panorama geral do exercício de direitos de personalidade.

Dessa forma, a admitir-se a licitude de um contrato de cedência da exploração comercial da imagem de um desportista profissional([126]), as partes poderão validamente estipular uma convenção de arbitragem. Claro que, diante o princípio da livre revogabilidade do consentimento, o Tribunal arbitral nunca poderá condenar o titular do direito de personalidade a obedecer à compressão que acordou([127]), mas apenas a condená-lo a ressarcir a contraparte do prejuízo causado às suas legítimas expetativas (art. 81.º, n.º 2, do CC). Essa contingência, no entanto, nada respeita ao problema da arbitrabilidade.

([123]) Cunha Pinto, Maria Benedita, "Dados Pessoais como Objeto Mediato de Negócios Jurídicos Onerosos", *cit*., p. 630.

([124]) Menezes Leitão, Luís, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*, *cit*., p. 747.

([125]) Cf. Sampaio Caramelo, António, "Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios", *cit*., p. 35.

([126]) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.10.2005, proc. n.º 05A2577.

([127]) No sentido de a incoercibilidade dos direitos de personalidade resultar tanto na inexistência de instrumentos de atuação coativa, sempre que a pretensão estiver dependente do consenso prestado pelo sujeito, como na invalidade de qualquer cláusula que torne excessivamente gravoso, nomeadamente pela estipulação de fortes penalidades, o exercício da livre revogabilidade do consentimento prestado, Bocchini, Fernando, e Quadri, Enrico, *Diritto Privato*, *cit*., pp. 315-316.

4.5. O critério da transigibilidade dos interesses não patrimoniais

Como verificamos, o art. 1.º, n.º 2, da LAV, estende a arbitrabilidade aos litígios que envolvam interesses de natureza não patrimonial, demonstrada a possibilidade de quanto a eles se poder celebrar transação.

O critério da transigibilidade, em tese, poderia culminar numa delimitação da arbitrabilidade distinta da que se obteria através do critério da disponibilidade. Em face do nosso sistema jurídico, qualquer diferença é inócua. Imperativos de interpretação sistemática instigam a generalidade da doutrina portuguesa a concretizar o conceito de transigibilidade por remissão para o regime substantivo do contrato de transação. Sucede que, interpretando-se *a contrario* o art. 1249.º do CC, apenas são suscetíveis de transação os direitos de que as partes possam livremente dispor([128]). Tal como sucede na maioria dos ordenamentos jurídicos, a distinção conceitual entre transigibilidade e disponibilidade não significa, na prática, um resultado distinto([129]).

Trajado numa nova indumentária, o art. 1.º, n.º 2, da LAV, vem resgatar o critério da disponibilidade([130]), ainda que para alcançar esse destino percorra inutilmente pelo trilho da transigibilidade. De facto, num ordenamento jurídico — como o nosso — em que as partes não podem transigir

---

([128]) O art. 1249.º do CC impede ainda a celebração de transações respeitantes a negócios jurídicos ilícitos. Como tal, há quem entenda que as partes não podem submeter a arbitragem litígios resultantes de negócios ilícitos (Dias Oliveira, Elsa, *Arbitragem Voluntária — Uma Introdução*, *cit*., p. 38). Conferindo uma interpretação mais restrita ao preceito, que merece o nosso beneplácito, Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XII (2.ª Parte), *cit*., p. 1059, entende que o legislador apenas pretendeu determinar que "não é possível, por transação, obter um resultado ilícito ou, se se quiser, conseguir um efeito que não seria possível através de um negócio inicial ou pré-litigioso".

([129]) Nunes de Matos, Federico, "Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico-Comparada", *cit*., pp. 483-484. O princípio geral de que a indisponibilidade dos direitos impede que quanto a eles se celebre transação (*vide*, em locais paralelos, o art. 1966.º, n.º 2, do *Codice Civile*) facilmente se explica atenta a "incongruência que representaria permitir às partes obter por via processual (pela via indireta da desistência do pedido, da confissão ou da transação judicial) um resultado que lhes seria proibido alcançar segundo a lei material" (Ferreira de Almeida, Francisco, *Direito Processual Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 619).

([130]) A doutrina não tem dúvidas a este respeito: Dias Oliveira, Elsa, *Arbitragem Voluntária — Uma Introdução*, *cit*., p. 37, Moura Vicente, Dário, Anotação ao Art. 1.º, *cit*, p. 30, Morais Carvalho, Jorge, "O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e Noutros Negócios Jurídicos Processuais", *cit*., p. 838, Pinto Monteiro, António Pedro, "Da Ordem Pública no Processo Arbitral", *cit*., p. 626, Nunes de Matos, Federico, "Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico-Comparada", *cit*., p. 492, Pedro, Ricardo, *Responsabilidade Civil do Estado pelo Mau Funcionamento da Administração da Justiça: Fundamento, Conceito e Âmbito*, polic., Lisboa, 2015, p. 514, nota 2095, Henriques Rocha, Filipe A., "A Arbitragem de Litígios sobre Dados Pessoais", *cit*., p. 691, Pereira Barrocas, Manuel, *Lei de Arbitragem Comentada*, *cit*., p. 28, e Pinto Monteiro, António Pedro, *et al.*, *Manual de Arbitragem*, *cit*., p. 169.

sobre direitos indisponíveis, "é inútil intercalar a transigibilidade para alcançar a disponibilidade"(131). Isso mesmo explicou a reforma que o art. 806.º do *Codice di Procedura Civile* sofreu em 2006: se antes se colocava ênfase na transigibilidade, afirmando-se que não podiam ser decididas por árbitros as controvérsias "*che non possono formare oggetto di transazione*", a atual formulação da norma dispõe estarem excluídas da arbitrabilidade as controvérsias que "*non abbiano per oggetto diritto indisponibili*". Conforme explica Danovi, ainda que ambas as fórmulas desembocassem na mesma consequência prática, o preceito atual acusa maior precisão técnica ao colocar a disponibilidade do direito como a real causa que deve consentir a possibilidade de um determinado litígio ser resolvido por árbitros, evitando a "dupla passagem" da anterior formulação(132).

O critério da transigibilidade/disponibilidade permite ampliar a arbitrabilidade a áreas que se furtam ao perímetro da patrimonialidade. Na configuração daquele critério, o legislador não impõe nenhuma graduação de ordem qualitativa. A disponibilidade, para efeitos de determinação da jurisdição arbitral, não tem de assumir a modalidade extrema de renunciabilidade antecipada e total, bastando que a lei substantiva atribua ao sujeito ativo alguma liberdade na modificação do conteúdo e na circunscrição do modo de exercício do direito. Se o âmbito da autonomia privada apenas for parcial, será essa dimensão disponível do direito suscetível de constituir objeto de uma arbitragem(133).

Em aplicação do critério da transigibilidade, a doutrina reconhece a arbitrabilidade dos litígios que respeitem ao aproveitamento económico dos direitos de personalidade ou à indemnização pela sua violação(134). Ao advertimos que, em situações desse tipo, estão em causa interesses de índole patrimonial e, assim, arbitráveis *ex vi* o art. 1.º, n.º 1, da LAV, o recurso ao critério da transigibilidade serve apenas propósitos retóricos.

---

(131) Ventura, Raúl, "Convenção de Arbitragem", *cit*., p. 321.

(132) Danovi, Filippo, *L'Arbitrato*, *cit*., p. 99.

(133) No sentido de que a compressão parcial dos poderes de alienação ou de renúncia de um direito não o tornam indisponível para efeitos de determinação da jurisdição arbitral, Fonseca, Elena, *Lezioni di Diritto dell'Arbitrato*, *cit*., p. 64.

(134) Dias Oliveira, Elsa, *Arbitragem Voluntária — Uma Introdução*, *cit*., p. 38, e França Gouveia, Mariana, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit*., p. 144. No mesmo sentido, admitindo que litígios envolvendo a indemnização por violação de direitos de personalidade são arbitráveis ao estarmos diante direitos disponíveis, cf. Henriques Rocha, Filipe A., "A Arbitragem de Litígios sobre Dados Pessoais", *cit*., p. 691.

4.5.1. A disponibilidade dos direitos de personalidade

Questão de interesse meramente académico — visto que sempre estariam sob a copa do critério da patrimonialidade — é a de saber se os litígios incidindo sobre os ditos "negócios de personalidade" seriam arbitráveis à luz do critério da transigibilidade.

A generalidade da doutrina continua a caracterizar os direitos de personalidade como indisponíveis(135). E, de facto, não colocamos em crise que a sua inseparabilidade(136) da pessoa humana, ao constituírem um núcleo irredutível da projeção da sua imanente dignidade, confere aos direitos de personalidade as características da irrenunciabilidade, da imprescritibilidade e da inalienabilidade. Sucede que, diante o facto de o art. 81.º, n.º 1, do CC, admitir a licitude de atos de limitação voluntária ao seu exercício(137), teremos obrigatoriamente de concluir que parte do conteúdo dos direitos de personalidade não se encontra "excluído da actividade negocial"(138).

Insistir na indisponibilidade enquanto elemento inexpugnável dos direitos de personalidade é ignorar a possibilidade, paulatinamente mais generosa, da sua compressão voluntária. Se a lei permite, sob certas condicionantes, a celebração de negócios jurídicos que disciplinem o modo de exercício desses direitos de personalidade, naturalmente que se haverá de lhes reconhecer uma disponibilidade pelo menos parcial.

O objetivo de preservação do valor axiológico acrescido dos bens de personalidade não é alcançado através de uma proibição *a priori* de disposição voluntária, antes se materializa nas condicionantes a que o ato de limitação ao exercício se submete:

(*i*) deve ser conforme à ordem pública portuguesa(139);

(*ii*) é revogável a todo o tempo, sem aviso prévio e de forma discricionária (art. 81.º, n.º 2, do CC)(140);

---

(135) *Vide*, por exemplo, Carvalho Fernandes, Luís, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, *cit*., p. 225, e Oliveira Ascensão, José de, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 84.

(136) Albaladejo, Manuel, *Derecho Civil*, Vol. I, *cit*., p. 475.

(137) Distinguindo entre as limitações ao exercício dos direitos de personalidade e as relativas ao seu gozo, Capelo de Sousa, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, *cit*., p. 407.

(138) Oliveira Ascensão, José de, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. I, *cit*., p. 85.

(139) De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.05.2019, proc. n.º 336/18.4T8OER.L1.S1, este conceito traduz "os valores e princípios do ordenamento que são inderrogáveis por serem base da coexistência social e garantes de um bem público".

(140) Cf. Vasconcelos, Joana, Anotação ao Art. 81.º, *in* Brandão Proença, José Carlos (coord.), *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2023, pp. 245-246, e Pais de Vasconcelos, Pedro, e Pais de Vasconcelos, Pedro Leitão, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit*., pp. 60-61.

(*iii*) não acarreta a alienação do próprio direito de personalidade(141) nem o conteúdo de exploração económica criado a favor da contraparte pode ser cedido a favor de terceiro(142).

O ordenamento jurídico assegura aos direitos de personalidade uma disponibilidade parcial, mediada pelas fronteiras da ordem pública e repleta de garantias que permitem uma reversão tendencialmente livre da situação criada(143). A extensão dessa disponibilidade, essencialmente dependente do património ético da sociedade em dado momento histórico, variará conforme o bem de personalidade em causa. Para certos direitos — socorremo-nos do exemplo mais evidente: o direito à vida(144) — qualquer restrição voluntária ofenderá os valores basilares do ordenamento jurídico. Outros, atentas as convicções dominantes na sociedade, podem ser objeto de uma compressão quase total, como o direito ao resguardo da vida privada(145) ou à imagem(146).

Por conseguinte, o caráter indisponível dos direitos de personalidade encontra-se francamente em crise, cedendo perante uma crescente reificação e comercialização dos aspetos da personalidade humana. Tal é-nos revelado Bocchini e Quadri, para quem tal caráter não deve ser entendido em termos excessivamente rígidos, uma vez que a respeito de certas dimensões da personalidade humana se admite limitações parciais e renúncias ao seu respetivo exercício, embora sob a chancela do respeito pela dignidade intrínseca da pessoa humana(147). Pelo menos quanto aos direitos de personalidade passíveis de compressão voluntária, deve-se reconhecer a disponibilidade de parte do seu con-

---

(141) Cf. Cunha Pinto, Maria Benedita, "Dados Pessoais como Objeto Mediato de Negócios Jurídicos Onerosos", *cit*., pp. 628-629.

(142) Dessa forma, mesmo que seja constituído um direito à exploração económica de um direito de personalidade alheio, como a imagem ou a voz, não será possível a sua transmissão (neste sentido, cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24.02.2005, proc. n.º 2788/04-3).

(143) Veja-se, a propósito, Vasconcelos, Joana, Anotação ao Art. 81.º, *cit*., p. 244.

(144) O próprio art. 135.º, n.º 1, do Código Penal, pune o incitamento ou ajuda ao suicídio. Mais controvertido é saber se existe um princípio de indisponibilidade do corpo humano, o que nos levaria para uma série de questões bioéticas, morais e sociais. *Vide*, por todos, Terré, François, e Fenouillet, Dominique, *Droit Civil. Les Personnes*, *cit*., p. 63, ss.

(145) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.09.2003, proc. n.º 03B2361.

(146) Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29.06.2021, proc. n.º 302/19.2T8MGL.C1. Admitindo a disponibilidade de um "litígio relativo ao nome profissional ou à imagem", com subsequente suscetibilidade de o mesmo ser resolvido por transação, Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XII (2.ª Parte), *cit*., p. 1057.

(147) Bocchini, Fernando, e Quadri, Enrico, *Diritto Privato*, *cit*., p. 315.

teúdo([148]), dentro dos limites qualitativos da ordem pública, e consequente suscetibilidade de constituir objeto arbitral.

([148]) Assim, reconhecendo a disponibilidade dos direitos de personalidade cuja limitação não ofenda a ordem pública, Ferreira de Almeida, Carlos, "Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos", *cit*., pp. 87-88. Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.04.2022, proc. n.º 1225/20.8YRLSB.S1: "O direito ao título nobiliárquico submete-se, em primeira linha, ao regime dos direitos de personalidade, particularmente no tocante à defesa, não podendo ser reconhecida a sua atribuição por arbitragem, pelo que também não pode a decisão arbitral ser reconhecida". No mesmo sentido, igualmente a respeito da titularidade de títulos nobiliárquicos, cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.11.2022, proc. n.º 1945/22.2YRLSB-6.

O DESPACHO LIMINAR NAS AÇÕES CONTRA A PARTICIPAÇÃO PÚBLICA

Pelo Dr. Fernando Silva Pereira([1])

Sumário:

1. Introdução. 2. Regras comuns em matéria de garantias processuais. 3. Indeferimento liminar de pedidos manifestamente infundados. 4. Transposição da Diretiva: desafios. 4.1. Enquadramento do problema. **4.2.** Âmbito de aplicação da Diretiva. **4.3.** Conteúdo e efeitos. **4.4.** Questões procedimentais. **4.5.** Recurso.

1. Introdução

O Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram uma Diretiva destinada à proteção das pessoas envolvidas na participação pública contra pedidos manifestamente infundados ou processos judiciais abusivos («ações judiciais estratégicas contra a participação pública») (Diretiva (EU) 2024/1069 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de abril de 2024 — doravante, a "Diretiva")([2]). Reconhecendo que o direito à liberdade de expressão e de informação consagrado no art. 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia 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([3]), a Diretiva estabelece um conjunto de regras comuns

---

([1]) Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Membro do CIJ — Centro de Investigação Jurídica.

([2]) Os artigos indicados sem referência ao diploma dizem respeito à Diretiva.

([3]) Cf. considerando 4 da Diretiva. Aí se salienta que é necessário atribuir ao art. 11.º da Carta

em matéria de garantias processuais, destinadas a proteger as pessoas singulares e coletivas dos processos judiciais abusivos contra a participação pública(4).

A aprovação da Diretiva insere-se no contexto da Resolução do Parlamento Europeu de 11 de novembro de 2021, através do qual este Parlamento instou a Comissão a propor um pacote de instrumentos jurídicos tanto vinculativos como não vinculativos para fazer face ao número crescente de ações judiciais estratégicas contra a participação pública (*strategic lawsuits against public participation*(5) contra jornalistas, organizações não-governamentais, membros da comunidade académica e a sociedade civil. O Parlamento referiu a necessidade de medidas legislativas nos domínios do direito processual civil e penal, tais como um mecanismo de indeferimento liminar para ações civis abusivas, o direito ao ressarcimento da totalidade das despesas incorridas pelo demandado e o direito à indemnização por danos.

Com efeito, os processos judiciais contra a participação pública podem ter um impacto negativo na credibilidade e na reputação das pessoas singulares e coletivas envolvidas na participação público e podem

---

o significado e o âmbito do correspondente art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos sobre o direito à liberdade de expressão, na interpretação dada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. "*O jornalismo independente, profissional e responsável, bem como o acesso à informação pluralista, constituem dois dos principais pilares da democracia*" (considerando 8).

(4) Conforme se salienta no considerando 9, a Diretiva não apresenta uma definição de «jornalista», uma vez que o objetivo da mesma é proteger toda a pessoa singular ou coletiva em razão do seu envolvimento na participação pública (sublinha-se, no entanto, que o jornalismo é praticado por um vasto leque de intervenientes, nomeadamente repórteres, analistas, colunistas e bloguistas, bem como outras pessoas que participam em formas de autopublicação impressas, na Internet ou noutros meios). O art. 1.º da Diretiva, que delimita o âmbito de aplicação da mesma, vai de encontro a esta ideia. No considerando 10 salienta-se o facto de os jornalistas de investigação e as organizações de comunicação social desempenharem um papel central na exposição da criminalidade organizada, do abuso de poder, da corrupção, das violações dos direitos fundamentais e do extremismo, bem como no combate aos mesmos.

(5) No considerando 15, salienta-se que as ações judiciais estratégicas contra a participação pública são geralmente instauradas por entidades poderosas, como indivíduos, grupos de lóbis, grandes sociedades comerciais, políticos e órgãos do Estado, numa tentativa de silenciar o debate público, envolvendo frequentemente um desequilíbrio de poderes entre as partes, com o demandante a ter uma posição financeira ou política mais poderosa do que o demandado (embora não seja uma componente indispensável deste tipo de processos, quando existe, tal desequilíbrio aumenta significativamente os efeitos prejudiciais e os efeitos dissuasores dos processos judiciais contra a participação pública). "*Quando existe, a utilização abusiva da vantagem económica ou da influência política do demandante contra o demandado, juntamente com a falta de mérito da causa, suscita especial preocupação no caso de os processos judiciais abusivos em questão serem financiados, direta ou indiretamente, por orçamentos de Estado e combinados com outras medidas estatais diretas e indiretas contra as organizações de comunicação social independentes, o jornalismo independente e a sociedade civil*".

esgotar os seus recursos financeiros e outros(6). Em resultado destes processos, a publicação de informações sobre uma questão de interesse público pode ser adiada ou totalmente impedida(7). Na verdade, estamos perante processos instaurados não, para exercício do direito de acesso à justiça, mas para silenciar o debate público. Estes processos envolvem geralmente táticas de litigância utilizadas pelo demandante de má-fé, como aquelas relacionadas com a escolha da jurisdição, a apresentação de um ou mais pedidos total ou parcialmente infundados, o pedido de indemnizações exageradas ou excessivas, o recurso a táticas dilatórias ou a decisão de pôr termo ao processo numa fase adiantada do mesmo, a instauração de processos múltiplos sobre matérias semelhantes e a prática de fazer com que o demandado incorra em custos desproporcionais durante o processo(8).

A Diretiva estabelece garantias contra pedidos manifestamente infundados ou processos judiciais abusivos em matéria civil com incidência transfronteiriça(9) (art. 1.º). Nos termos do art. 2.º, ela aplica-se a matérias de natureza civil ou comercial com incidência transfronteiriça em ações

---

(6) No considerando 29, salienta-se que os pedidos apresentados no âmbito de processos judiciais abusivos contra a participação pública podem ser totalmente infundados ou apenas parcialmente infundados, o que significa que uma ação não tem de necessariamente de ser totalmente infundada para que o processo seja considerado abusivo. Por exemplo, no caso de violação, de importância menor, de direitos de personalidade pode ser abusiva a ação de indemnização por perdas e danos, caso se solicite uma indemnização manifestamente excessiva.

(7) Considerando 16. Nele se salienta ainda que a duração dos processos e a pressão financeira podem ter um efeito dissuasor nas pessoas singulares e coletivas envolvidas na participação pública, contribuindo para a autocensura em antecipação de eventuais processos judiciais futuros, o que conduz ao empobrecimento do debate público em detrimento da sociedade no seu conjunto. As pessoas visadas por processos judiciais abusivos contra a participação pública (nota-se no considerando 17) podem enfrentar vários processos em simultâneo, por vezes instaurados em várias jurisdições. Para além disso, os demandantes em processos judiciais contra a participação pública podem também utilizar instrumentos processuais para aumentar a duração e os custos do litígio e instaurar processos numa jurisdição que considerem ser favorável ao seu caso, em vez de na jurisdição mais bem colocada para apreciar a ação («*forum shopping*»).

(8) Considerando 28. Nele se nota também que o comportamento passado do demandante e, em especial, quaisquer antecedentes em matéria de intimidação judicial deverão também ser tidos em conta para determinar se o processo judicial apresenta um caráter abusivo. Com efeito (sublinha-se), tais táticas de litigância são muitas vezes acompanhadas de várias formas de intimidação, de assédio ou de ameaças, antes do processo ou enquanto este corre termos. A definição de «processos judiciais abusivos contra a participação pública» encontra-se no art. 4.º, ponto 3.

(9) Nos termos do art. 5.º, n.º 1, para efeitos da Diretiva, considera-se que uma questão tem incidência transfronteiriça, a menos que ambas as partes estejam domiciliadas no mesmo Estado-Membro que o tribunal em que foi intentada a ação e todos os outros elementos pertinentes para a situação em causa estejam localizados unicamente nesse Estado-Membro. O domicílio é determinado nos termos do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 (art. 5.º, n.º 2).

cíveis, incluindo procedimentos para medidas provisórias e cautelares e pedidos reconvencionais, independentemente da natureza do órgão jurisdicional([10]). São várias as questões levantadas pela aplicação desta Diretiva. No presente artigo debruçamo-nos sobre a garantia processual relacionada com a existência de despacho liminar (possibilidade de indeferimento liminar de pedidos manifestamente infundados).

2. Regras comuns em matéria de garantias processuais

Nos termos do art. 6.º, n.º 1, da Diretiva, os Estados-Membros garantem que, caso sejam intentados processuais judiciais contra pessoas singulares ou coletivas devido ao seu envolvimento na participação pública, essas pessoas podem pedir, em conformidade com o direito nacional: *a*) uma caução, conforme previsto no art. 10.º([11]); *b*) o indeferimento liminar de pedidos manifestamente infundados, conforme previsto no capítulo III; e *c*) medidas corretivas contra processos judiciais abusivos contra a participação pública, conforme previsto no capítulo IV([12]). Nos termos

---

([10]) O art. 2.º esclarece que a Diretiva não abrange, em especial, matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas, nem a responsabilidade do Estado por atos ou omissões ocorridos no exercício da autoridade do Estado (*acta iure imperii*). Mais se afirma que ela não se aplica às matérias penais nem à arbitragem, sendo de aplicar sem prejuízo do direito processual penal. A este propósito, importa olhar para o considerando 19: "*(...) Se forem deduzidos pedidos civis no âmbito de um processo penal, a presente diretiva deverá aplicar-se sempre que a apreciação destes pedidos seja totalmente regida pelo direito processual civil. No entanto, não deverá aplicar-se sempre que a apreciação desses pedidos seja regida total ou parcialmente pelo processo penal*". O facto de a arbitragem se encontrar excluída justifica-se pelo facto de a competência do tribunal arbitral estar ligada à existência de uma convenção de arbitragem. Dificilmente as pessoas singulares ou coletivas envolvidas no debate público estão obrigadas com o demandante por um acordo com esta natureza.

([11]) Art. 10.º
(Caução)
Os Estados-Membros garantem que, nos processos judiciais intentados contra pessoas singulares ou coletivas devido ao seu envolvimento na participação pública, o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se possa exigir, sem prejuízo do direito de acesso à justiça, que o demandante preste uma caução para as custas estimadas do processo, que pode incluir as despesas da representação legal incorridas pelo demandado e, se previsto no direito nacional, uma indemnização.

([12]) Art. 14.º
(Condenação em custas)
1. Os Estados-Membros garantem que um demandante que tenha intentado um processo judicial abusivo contra a participação pública possa ser obrigado a suportar todos os tipos de custas do processo relativamente às quais o direito nacional preveja a possibilidade de condenação, incluindo as despesas de representação legal incorridas pelo demandado a não ser que essas despesas sejam excessivas.

do art. 6.º, n.º 2, os Estados-Membros podem prever que as medidas em matéria de garantias processuais previstas nos capítulos III e IV possam ser tomadas oficiosamente pelo órgão jurisdicional ao qual foi submetida a questão.

O art. 7.º, n.º 1, estatui, por sua vez, que os pedidos feitos nos termos do art. 6.º, n.º 1, als. *a*) e *b*) devem ser tratados com celeridade, em conformidade com o direito nacional, tendo em conta as circunstâncias do processo e o direito a um recurso efetivo e a um tribunal imparcial([13]).

3. Indeferimento liminar de pedidos manifestamente infundados

Para além das normas agora referidas, importa olhar para o capítulo III da Diretiva (arts. 11.º, ss.).

Aqui se dispõe que os Estados-Membros assegurem que os órgãos jurisdicionais possam, após uma análise adequada, indeferir pedidos contra a participação pública por serem manifestamente infundados, na face mais precoce possível do processo, em conformidade com o direito nacional (art. 11.º). Refira-se a este respeito que, nos termos do considerando 33 da Diretiva, a fim de assegurar que os pedidos de prestação de caução e indeferimento liminar sejam tratados com celeridade, podem ser fixados prazos para a realização das audiências ou para que o tribunal tome uma decisão. Podem também ser adotados regimes semelhantes aos procedimentos relativos a medidas de natureza cautelar.

---

2. Caso o direito nacional não garanta a condenação na totalidade das despesas de representação legal que excedam o previsto nas tabelas legais de honorários, os Estados-Membros asseguram que tais despesas, a menos que sejam excessivas, sejam cobertas na totalidade por outros meios previstos no direito nacional.

Art. 15.º

(Sanções ou outras medidas adequadas igualmente eficazes)

Os Estados-Membros asseguram que os órgãos jurisdicionais chamados a pronunciar-se sobre processos judiciais abusivos contra a participação pública possam impor sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas ou outras medidas adequadas igualmente eficazes, incluindo o pagamento de uma indemnização por danos ou a publicação da decisão judicial, quando previsto no direito nacional, à parte que intentou o processo.

([13]) No considerando 31, pode ler-se: "*(...) Tais garantias processuais deverão ser aplicadas em conformidade com o direito a um recurso efetivo e a um tribunal imparcial, consagrado no art. 47.º da Carta* (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia)*, dando-se ao tribunal discricionariedade, em casos específicos, para analisar devidamente a questão em apreço, permitindo assim o indeferimento célere de pedidos manifestamente infundados sem restringir o acesso efetivo à justiça*".

Nos termos do art. 12.º, n.º 1, o ónus da prova de que o pedido é fundamentado incumbe ao demandante. Para esse efeito (estabelece o n.º 2 do mesmo artigo), os Estados-Membros garantem que, se um demando tiver pedido o indeferimento liminar, caiba ao demandante fundamentar o pedido, de modo a permitir que o tribunal avalie se o mesmo não é manifestamente infundado([14]). Importa chamar à colação, a este propósito, o considerando 37. Nos termos do mesmo, a decisão que concede o indeferimento liminar deverá ser uma decisão quanto ao mérito, tomada após uma análise adequada. Para tal, os Estados-Membros deverão adotar novas normas ou aplicar as normas já previstas no direito nacional, de modo que o órgão jurisdicional possa decidir indeferir pedidos manifestamente infundados logo que receba as informações necessárias para fundamentar a decisão. Esse indeferimento deve ter lugar na fase mais incipiente possível do processo, mas pode ocorrer em qualquer fase do mesmo, em função do momento em que o tribunal tenha recebido as referidas informações, nos termos do direito nacional. Por fim, nota-se neste considerando que a possibilidade de conceder um indeferimento liminar não obsta à aplicação das normas nacionais que permitam aos órgãos jurisdicionais nacionais apreciar a admissibilidade de uma ação mesmo antes do início do processo.

Por último, estatui o art. 13.º que as decisões que dão acolhimento favorável a um pedido de indeferimento liminar, nos termos do art. 11.º, devem ser passíveis de recurso. Veja-se a este respeito o considerando 40: as decisões de provimento dos pedidos de indeferimento liminar deverão ser passíveis de recurso. As decisões de não provimento dos pedidos de indeferimento liminar poderão ser também passíveis de recurso, em conformidade com o direito nacional.

([14]) Atente-se também no considerando 39: "*Em consonância com os princípios gerais do processo civil, incumbe ao demandante que intenta uma ação contra uma pessoa singular ou coletiva envolvida na participação pública o ónus da prova de que o pedido é fundado. Se o demandado tiver pedido um indeferimento liminar, o demandante, a fim de evitar um indeferimento liminar, deverá ter de fundamentar o pedido pelo menos de forma a permitir ao tribunal concluir que este não é manifestamente infundado*".

4. Transposição da Diretiva: desafios

4.1. Enquadramento do problema

Nos termos do art. 22.º, n.º 1, os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à Diretiva até 7 de maio de 2026.

Do ponto de vista do direito interno português, importa perceber se a figura do despacho liminar, regulada, entre outros, pelos arts. 226.º, n.º 4, e 590.º, n.º 1, CPC, pode servir para garantir a posição do demandando nos termos previstos na Diretiva.

O despacho liminar consiste numa decisão do juiz imediatamente após o recebimento da petição inicial pela secretaria, antes, portanto, da citação do Réu (art. 226.º, n.os 1 e 4, CPC). Trata-se de apreciar se a ação tem um mínimo de viabilidade (ou seja, se a mesma não é manifestamente improcedente), ou se procede contra ela qualquer exceção dilatória insanável de conhecimento oficioso, antes de se perturbar o réu e de se criar, na sua esfera jurídica, o ónus de contestar. Noutros casos, está em causa apreciar a verificação dos requisitos de que depende a citação de terceiros para causa pendente, ou os requisitos da citação urgente [art. 226.º, n.º 4, als. *d*) e *f*), CPC]. Noutros, ainda, o despacho liminar prende-se com a possibilidade de diferimento do contraditório [arts. 226.º, n.º 4, al. *b*), e 366.º, n.º 1, CPC](15). Em todos estes casos, o despacho liminar constitui uma exceção à regra da oficiosidade da citação (art. 226.º, n.º 1 CPC), ou seja, trata-se de hipóteses em que a citação depende de despacho judicial prévio.

Com efeito, desde a revisão do CPC de 1995/1996, tal despacho tem lugar apenas nos casos especialmente previstos na lei (art. 226.º, n.º 4, CPC)(16).

---

(15) Existem outros casos, ainda: para além daqueles especialmente previstos na lei, os de ações cuja propositura deve ser anunciada, nos termos da lei, e os de despacho liminar (art. 226.º, n.º 4, als. *a*), *c*) e *e*), CPC).

(16) Art. 226.º

(Regra da oficiosidade das diligências destinadas à citação)

1. Incumbe à secretaria promover oficiosamente, sem necessidade de despacho prévio, as diligências que se mostrem adequadas à efetivação da regular citação pessoal do réu e à rápida remoção das dificuldades que obstem à realização do ato, sem prejuízo do disposto no n.º 4 e da citação por agente de execução ou promovida por mandatário judicial. (…)

4. A citação depende, porém, de prévio despacho judicial:
   - *a*) Nos casos especialmente previstos na lei;
   - *b*) Nos procedimentos cautelares e em todos os casos em que incumba ao juiz decidir da prévia audiência do requerido;
   - *c*) Nos casos em que a propositura da ação deva ser anunciada, nos termos da lei;
   - *d*) Quando se trate de citar terceiros chamados a intervir em causa pendente;

Além das hipóteses legalmente previstas, é possível que o próprio juiz determine que o processo lhe seja apresentado para despacho liminar([17]). Assim, e a título de exemplo, poderá a secretaria apresentar o processo ao juiz para prolação de despacho liminar quando suspeite da inviabilidade ou inadmissibilidade da petição inicial([18]).

Via de regra, portanto, o despacho liminar não tem lugar na ação declarativa sob a forma de processo comum. *Normalmente,* pois, *o juiz não intervém em qualquer momento da fase dos articulados*. Quando o despacho liminar se encontra previsto, configura o primeiro ato de "gestão inicial do processo" por parte do juiz (art. 590.º, 1 CPC), tendo lugar, não nessa fase da ação, mas logo na fase dos articulados.

4.2. Âmbito de aplicação da Diretiva

Nos termos do art. 2.º, a Diretiva aplica-se às ações civis, incluindo *procedimentos para medidas provisórias e cautelares e pedidos reconvencionais, independentemente da natureza do órgão jurisdicional*.

Olhando para a parte final da norma, e tendo presente que a arbitragem, nos termos do mesmo artigo, se encontra excluída do âmbito de apli-

---

e) No processo executivo, nos termos dos n.os 6 e 7 do art. 726.º;

f) Quando se trate de citação urgente.

Como exemplos da al. *a*) podemos ficar com os seguintes: processo especial de acompanhamento de maiores (art. 895.º CPC); ação de divórcio sem consentimento do outro cônjuge (art. 931.º, n.º 1, CPC); processo de aceitação da herança jacente (art. 1039.º, n.º 2, CPC); convocação da assembleia de sócios (art. 1057.º, 2 CPC); regime da ação popular (art. 15.º, n.º 1, da L 83/95, de 31/8); processo de insolvência (art. 29.º CIRE). A propósito da al. *b*), e como fundamento da mesma, veja-se o art. 366.º, n.º 1, CPC. Um exemplo da al. *c*) encontra-se nos casos em que deva proceder-se a citação edital (art. 240.º CPC). A al. *d*) aplica-se genericamente aos incidentes de modificação subjetiva da instância (isto é, de ingresso de novas partes): incidente de habilitação (art. 262.º, al. *a*), CPC; arts. 351.º, ss. CPC) e os diversos incidentes de intervenção de terceiros (arts. 262.º, al. *b*), CPC; arts. 311.º, ss. CPC). Quanto à al. *e*), note-se que o despacho liminar só tem lugar na forma ordinária da execução para pagamento de quantia certa, já não na forma sumária (cf. art. 855.º CPC). Por último, no que diz respeito à al. *f*), veja-se o art. 561.º CPC.

([17]) Art. 590.º

(Gestão inicial do processo)

1. Nos casos em que, por determinação legal ou do juiz, seja apresentada a despacho liminar, a petição é indeferida quando o pedido seja manifestamente improcedente ou ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias insupríveis e de que o juiz deva conhecer oficiosamente, aplicando-se o disposto no art. 560.º.

([18]) Esta possibilidade estava antes prevista no art. 234.º-A, n.º 5, CPC, anterior à reforma de 2013 (pode ver-se, Lebre de Freitas, ADC, p. 66, n.º 42-A; Lebre de Freitas /Isabel Alexandre, CPC Anotado, II3, 2 ad 590.º).

cação da Diretiva, podemos verificar que isto nos deixa com os tribunais judiciais e com os julgados de paz (com efeito, também nos processos que correm junto destes tribunais pode ser requerido o indeferimento liminar de um pedido manifestamente infundado, uma vez que as ações em causa cabem no âmbito de aplicação material destes tribunais — atendendo, no entanto, à regra do art. 8.º da Lei dos Julgados de Paz([19]), a importância prática desta questão não é muito grande([20]). Detenhamo-nos agora na parte inicial da norma:

A primeira parte, relativa a procedimentos para medidas provisórias e cautelares não levanta dificuldades. Aliás, a matéria das providências figura entre os casos, previstos no CPC, em que a citação depende sempre de despacho judicial prévio [cf. arts. 226.º, n.º 4, al. *b*), e 366.º, n.º 1, CPC]([21]).

O mesmo não se pode dizer da parte seguinte, onde se esclarece que a expressão "ações civis" abrange os pedidos reconvencionais. Isto marca uma diferença contextual entre a figura do indeferimento liminar, prevista na Diretiva, e a figura do despacho liminar do CPC. A norma do art. 2.º deve, aliás, ser tida em conta na interpretação do art. 6.º, n.º 1, al. *b*). Nos termos deste artigo, os Estados-Membros devem garantir que, caso sejam intentados processos judiciais contra pessoas singulares ou coletivas devido ao seu envolvimento na participação pública, essas pessoas possam pedir o indeferimento liminar de pedidos manifestamente infundados. A expressão, "*quando sejam intentados processos judiciais*" não pode, dada a norma do art. 2.º, ser interpretada em sentido literal. Com efeito, a Diretiva aplica-se quer, nos casos em que aquelas pessoas ocupam a posição de réus ou de requeridos no processo judicial abusivo, quer naqueles em que elas ocupam a posição de autores([22]). Mais concretamente, quando,

---

([19]) Lei n.º 78/2001, de 13 de julho. Nos termos do art. 8.º desta Lei, os julgados de paz têm competência para questões cujo valor não exceda (euros) 15.000.

([20]) Ainda assim, não pode desconsiderar-se a hipótese de uma ação processual abusiva, nos termos da Diretiva, ser intentada junto de um julgado de paz, ou de uma ação como esta ser intentada ao mesmo tempo que outra junto de tribunais judiciais desse ou de outro Estado (não obstante, a aplicação das regras de litispendência). Quanto à competência material, veja-se em particular o disposto no art. 9.º, n.º 1, al. *h*), da Lei 78/2001, de 13 de julho: os julgados de paz são materialmente competentes para apreciar e decidir ações que respeitem a responsabilidade civil contratual e extracontratual. Veja-se também a norma do art. 9.º, n.º 2, al. *c*), desta Lei.

([21]) A razão da existência deste despacho prende-se neste caso, como resulta da parte final da norma do art. 226.º, n.º 4, al. *b*), CPC, com a tutela da posição do requerente, dada a possibilidade, prevista no art. 366.º, n.º 1, CPC, de diferimento do contraditório, quando a audição prévia do requerido ponha em risco sério o fim ou a eficácia da providência.

([22]) De autores apenas, não de *requerentes*, uma vez que não se encontra prevista a possibilidade de um pedido reconvencional ser formulado no âmbito de uma providência cautelar.

ocupando esta posição, o réu deduza contra si, nos termos do art. 266.º, n.º 2, CPC, um pedido reconvencional abusivo. Note-se que estamos aqui perante um fenómeno de *pluralidade de ações dentro do mesmo processo*, e não perante o surgimento de um novo processo judicial(23).

O CPC não conhece a figura do indeferimento liminar do pedido reconvencional(24). Mas, não é sequer necessário falar na possibilidade de indeferimento deste pedido para compreender aquela diferença. Na verdade, o indeferimento liminar pode, nos termos da Diretiva, ser pedido pelo réu ou requerido (art. 12.º, n.º 2)(25). Não obstante a possibilidade de os Estados-Membros preverem o decretamento oficioso desta medida (cf. art. 6.º, n.º 2), esta será, de resto, a hipótese normal. Não se trata, portanto, de um controlo da petição inicial antes da citação do réu(26).

Esta diferença entre a figura do pedido de indeferimento liminar e o despacho liminar tem outra consequência (isso decorre diretamente da norma do art. 2.º): pode ser pedido o indeferimento liminar de um pedido apresentado por um interveniente principal (litisconsórcio sucessivo), nos casos em que o mesmo intervenha no processo através de um articulado próprio (cf. arts. 314.º e 319.º, n.º 3, CPC)(27).

---

(23) O art. 6.º, n.º 1, al. *b*), deve, portanto, ser interpretado de um modo amplo: as pessoas nele referidas são protegidas no caso de uma ação judicial ser movida contra si, seja no âmbito de um processo judicial contra si intentado (caso em que elas ocupam a posição de réu ou de requerido), seja no âmbito de um processo judicial que elas próprias intentaram (ocupando neste caso, a posição de autor-reconvindo).

(24) Como vimos, o despacho liminar corresponde, no direito interno português, a uma decisão do juiz antes de um ato de citação (controlando a regularidade ou viabilidade do pedido, os requisitos para a prática do ato ou a oportunidade do mesmo). No caso da citação do réu, trata-se de apreciar se a ação tem um mínimo de viabilidade (ou seja, se a mesma não é manifestamente improcedente), ou se procede contra ela qualquer exceção dilatória insanável de conhecimento oficioso antes de o mesmo ser perturbado e de se criar, na sua esfera jurídica, o ónus de contestar. Isto não tem aplicação no caso do pedido reconvencional.

(25) Ou do autor reconvindo.

(26) Note-se que não é totalmente desconhecido do direito da UE a possibilidade de defesa antecipada, mas não é isso, manifestamente, que o legislador tem em mente no plano da Diretiva. Veja-se a ressalva na parte final do considerando 37 da Diretiva: "*A possibilidade de conceder um indeferimento liminar não obsta à aplicação das normas nacionais que permitam aos órgãos jurisdicionais nacionais apreciar a admissibilidade de uma ação mesmo antes do início do processo*".

(27) Um dos casos, excecionais, em que a lei prevê a existência de despacho liminar é aquele em que se trate de citar terceiros para causas pendentes [art. 226.º, n.º 4, al. *d*), CPC]. É o que acontece nos casos em que a intervenção a título principal é provocada por uma das partes.

4.3. Conteúdo e efeitos

Esta diferença entre aqueles regimes não pode bastar, no entanto, para concluirmos se e em que medida a figura do despacho liminar pode servir para garantir a posição do sujeito passivo de um pedido abusivo, nos termos da Diretiva. Deve procurar entender-se se existe uma diferença quanto à natureza da decisão que o juiz é chamado a tomar em cada um dos casos. Vejamos.

Em termos gerais, o despacho liminar previsto nos arts. 226.º, n.º 4, e 590.º, n.º 1, CPC pode ter um de três conteúdos([28]): ordenar-se a citação do réu, indeferir-se liminarmente a petição inicial, e (caso assim se entenda)([29]) ordenar-se o aperfeiçoamento ou a correção do articulado apresentado (art. 590.º, n.º 1, CPC). No que diz respeito à decisão de indeferimento liminar da petição inicial, a mesma não corresponde, no entanto, a uma decisão de mérito. Conforme salienta a nossa melhor doutrina, o despacho liminar não é apto a adquirir o valor de caso julgado material, mesmo depois de esgotado o prazo de recurso([30]) (note-se, para além do mais, que o caso julgado abarca as partes da instância, e o réu, neste caso, ainda não integrou a relação processual)([31]).

Estamos em crer, aliás, que a decisão de indeferimento liminar se situa sempre no plano da admissibilidade([32]). Com efeito, não obstante a lei (art. 590.º, n.º 1, CPC) distinguir os casos de indeferimento liminar por manifesta improcedência do pedido e de indeferimento por ocorrência de exceções dilatórias insupríveis de que o juiz deva conhecer oficiosa-

---

([28]) O legislador não regula de forma sistematizada os conteúdos possíveis do despacho liminar. Ao contrário do que se verifica na ação executiva, "*falta, no Cód. Proc. Civ. atual, a sistematização minimamente organizada das atitudes que o juiz deve tomar perante a p. i. e dos fundamentos que as determinam (...)*": assim, Tavares de Sousa, Apontamentos, II (2014/2015), 266. Articulando as diferentes normas que regem a presente matéria (particularmente o art. 226.º, n.º 4, CPC, o art. 590.º, 1 CPC, assim como os princípios gerais que enquadram o poder do juiz no processo, nomeadamente o princípio da gestão processual: art. 6.º CPC), podemos concluir no sentido apresentado em texto.

([29]) Por princípio, não repugna que tal despacho seja já proferido, com vista a permitir um adequado exercício do contraditório por parte do Réu no seu articulado (diferentemente, Lebre de Freitas, *ADC,* p. 68; Lebre de Freitas/Isabel Alexandre, *CPC Anotado*, II, 5 *ad* 590.º).

([30]) Lebre de Freitas/Isabel Alexandre, *CPC Anotado*, II, 3 *ad* 590.º. Por outro lado, estabelece o art. 226.º, n.º 5, CPC que não cabe recurso do despacho que mande citar os réus ou requeridos, não se considerando precludidas (deve assinalar-se) as questões que podiam ter sido motivo de indeferimento liminar.

([31]) No caso de ser interposto recurso da decisão de indeferimento, o Réu é citado em simultâneo para o recurso e para a causa (art. 641.º, n.º 7 CPC).

([32]) Se o réu tivesse sido já citado, a decisão seria de absolvição do réu da instância não, do pedido…

mente(33), facto é que a falta de fundamentação do pedido, ou seja, a não observância do ónus previsto no art. 552.º, n.º 1, al. *d*), CPC, consubstancia uma situação de irregularidade processual(34). Note-se que este artigo se enquadra na chamada teoria da substanciação. No nosso sistema jurídico, com efeito, não basta ao autor individualizar a ação, é necessário que o pedido esteja (minimamente) fundamentado, através da alegação dos factos que integram a causa de pedir e daqueles que se destinam à prova destes factos. O momento da instrução da causa não pode, no nosso sistema jurídico — nisso ele não se distinguindo dos sistemas que integram a mesma família de Direito —, servir para obter, pela primeira vez, os fundamentos da ação.

É diferente o caso da Diretiva? Vejamos.

Estabelece-se no art. 12.º, n.º 2, que os Estados-Membros devem garantir que, se um demandado tiver pedido o indeferimento liminar, caiba ao demandante fundamentar o pedido, de modo a permitir que o tribunal avalie se o mesmo não é manifestamente infundado(35). Trata-se de uma expressão idêntica à utilizada no art. 590.º, n.º 1, CPC. Em princípio, as mesmas razões que referimos acima conduzem a que, também no caso da Diretiva, a decisão de indeferimento liminar não seja apta a produzir caso julgado material. Existem, no entanto, alguns argumentos que podem ser utilizados em sentido contrário. Em primeiro lugar, o facto de o réu ter já

---

(33) Por ex., a ineptidão da petição inicial, nos termos do art. 186.º CPC, ou a incompetência absoluta por infração das regras de competência em razão da matéria, da hierarquia ou competência internacional, conforme resulta dos artigos 96.º, al. *a*), e 97.º, n.º 1, CPC.

(34) Note-se que, nos termos do art. 590.º, n.º 1, CPC, em caso de indeferimento liminar, é de aplicar o art. 560.º CPC (norma relativa à recusa da petição inicial, por inobservância de requisitos legais). Nos termos do art. 560.º: "*Quando se trate de causa que não importe a constituição de mandatário, a parte não esteja patrocinada e a petição inicial seja apresentada por uma das formas previstas nas alíneas a*) *a c*) *do n.º 7 do art. 144.º, o autor pode apresentar outra petição ou juntar o documento a que se refere a primeira parte do disposto na alínea f) do art. 558.º, dentro dos 10 dias subsequentes à recusa de recebimento ou de distribuição da petição, ou à notificação da decisão judicial que a haja confirmado, considerando-se a ação proposta na data em que a primeira petição foi apresentada em juízo*". Já no caso de absolvição do réu da instância, podem aproveitar-se também os efeitos civis da citação (art. 279.º, n.º 2, CPC). O efeito civil próprio da propositura da ação é a interrupção da caducidade do direito (331.º, 1 CC); quanto ao efeito civil próprio da citação tenha-se em vista a cessação da boa-fé do possuidor [564.º, *a*) CPC], da prescrição (323.º, 1 CC), da usucapião (1292.º CC), e a constituição em mora nos termos do art. 805.º, n.º 3, CC. No que diz respeito à norma do art. 560.º CPC, deve notar-se que, desde o DL 97/2019, de 26/7, tal só é possível quando a causa não importe e constituição de mandatário, não esteja patrocinada e a petição inicial seja apresentada por uma das formas previstas no art. 144.º, n.º 4, als. *a*) a *c*), CPC. O regime perdeu assim grande parte do seu relevo.

(35) Nos termos do art. 12.º, n.º 1, o ónus da prova de que o pedido é fundamentado incumbe ao demandante que intenta a ação (deve acrescentar-se: ou ao autor que apresenta um pedido reconvencional).

sido citado para a ação, integrando a relação processual, podendo ter apresentado os seus elementos de defesa. Em segundo lugar, o facto de o considerando 37 da Diretiva salientar que a decisão que concede um indeferimento liminar deverá ser uma decisão quanto ao mérito, tomada após uma análise adequada([36]).

A alusão a uma "decisão quanto ao mérito" pode, contudo, ser vista no contexto da distinção entre indeferimento liminar por manifesta improcedência de pedido e indeferimento por ocorrência de exceções dilatórias insupríveis. Repare-se que esta distinção, feita no art. 590.º, n.º 1, CPC, não inibe a nossa doutrina de considerar que o despacho liminar não é apto, em geral, a adquirir o valor de caso julgado material. Neste sentido, saliente-se o seguinte esclarecimento, presente no considerando 37:

> "*(...) a possibilidade de conceder um indeferimento liminar não obsta à aplicação das normas nacionais que permitam aos órgãos jurisdicionais nacionais apreciar a admissibilidade de uma ação mesmo antes do início do processo*".

Existe um outro argumento que depõe no sentido de que não se procura, no âmbito da Diretiva, uma decisão apta a produzir caso julgado material. Com efeito, o considerando 29 salienta que os pedidos apresentados no âmbito de processos judiciais abusivos contra a participação pública podem ser totalmente infundados ou apenas parcialmente infundados([37]). Por ex., no caso de uma violação de direitos de personalidade de menor importância, pode ser abusiva a ação de indemnização por perdas e danos, caso se solicite uma indemnização manifestamente excessiva.

Este caso parece-nos muito elucidativo de que o que está em causa não é a tomada de uma decisão quanto ao mérito da causa (ou seja, uma decisão de absolvição do réu do pedido), mas o proferimento de uma decisão no plano formal. Com efeito, existindo fundamento para uma ação de indemnização por perdas e danos, não teria sentido que o réu fosse absolvido do pedido, no caso

---

([36]) Considerando 37 da Diretiva: "*A decisão que concede um indeferimento liminar deverá ser uma decisão quanto ao mérito, tomada após uma análise adequada. Os Estados-Membros deverão adotar novas normas ou aplicar as normas já previstas no direito nacional, de modo a que o órgão jurisdicional possa decidir indeferir pedidos manifestamente infundados logo que receba as informações necessárias para fundamentar a decisão. Esse indeferimento deverá ter lugar na fase mais incipiente possível do processo, mas pode ocorrer em qualquer fase deste, em função do momento em que o tribunal tenha recebido as referidas informações, nos termos do direito nacional. A possibilidade de conceder um indeferimento liminar não obsta à aplicação das normas nacionais que permitam aos órgãos jurisdicionais nacionais apreciar a admissibilidade de uma ação mesmo antes do início do processo*".

([37]) O que significa que uma ação não tem de ser totalmente infundada para que o processo seja considerado abusivo.

de este ser excessivo, uma vez que o caso julgado que se viesse a produzir impediria a propositura de uma ação para fazer valer o direito a uma compensação, qualquer que ela fosse (exceção de caso julgado).

Isto apesar de o art. 12.º poder parecer indicar o contrário: poderia ver-se nele a previsão de um procedimento abreviado condutor a uma decisão de mérito([38]) (voltaremos a este ponto, procurando entender por que razão o legislador fala de indeferimento a pedido da parte); estamos assim em crer que a intenção do legislador da UE não foi a de prever a tomada de uma decisão no plano do mérito (no sentido de se tratar de uma *absolvição do réu do pedido*). Para além dos argumentos expostos, outros podem ser apresentados.

Em primeiro lugar, o facto de o legislador falar em *indeferimento liminar* do pedido abusivo.

Em segundo lugar — aspeto relacionado com o anterior —, o facto de não se prever a possibilidade de o sujeito passivo ser condenado no pedido (no caso de se tratar de um procedimento abreviado conducente a uma decisão de mérito, não teria sentido limitar de antemão o sentido da decisão, admitindo a tomada de uma decisão apenas quando ela fosse favorável ao réu).

Em terceiro lugar, o facto de o legislador da UE salientar que podem ser adotados regimes semelhantes aos procedimentos relativos a medidas de natureza cautelar (cf. considerando 33 da Diretiva). Com efeito, o juízo realizado no âmbito das providências cautelares, no que diz respeito ao pressuposto da aparência de bom direito, é um juízo (meramente) provisório, sem qualquer influência no julgamento da ação principal (cf. art. 364.º, n.º 4, CPC).

Podemos assim concluir que a decisão de indeferimento liminar, a pedido do demandado ou resultante da iniciativa do tribunal, não é de molde a produzir um caso julgado material. Está em causa a natureza abusiva do pedido, ou seja, uma situação de má-fé processual [veja-se a norma do art. 542.º, n.º 2, al. *a*), CPC], contra a qual o sujeito passivo do pedido pode reagir pedindo ao tribunal, na fase mais precoce possível, que inter-

---

([38]) Note-se que o CPC admite que a causa seja decidida num momento precoce do processo, desde que o juiz tenha elementos para isso [cf. art. 595.º, n.º 1, al. *b*), e n.º 3, segunda parte — saneador-sentença]. A possibilidade de antecipar o juízo de mérito, no âmbito de um processo que nasceu com a estrutura de uma providência cautelar, não é também desconhecido da nossa lei. Estabelece-se, com efeito, no âmbito do Regime Jurídico do Contrato de Locação Financeira (DL n.º 149/95, de 24 de Junho), mais concretamente no art. 21.º, n.º 7, deste DL (note-se que o art. 21.º diz respeito a uma providência cautelar de entrega judicial da coisa objeto deste contrato) que, decretada a providência cautelar, o tribunal ouve as partes e antecipa o juízo sobre a causa principal, exceto quando não tenham sido trazidos ao procedimentos, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, os elementos necessários à resolução definitiva do caso. Estamos aqui perante um procedimento declaratório abreviadíssimo conducente a uma decisão definitiva da causa.

venha no sentido de, reconhecendo esse caráter abusivo, indeferir liminarmente o pedido formulado(39).

Que sentido atribuir, então, à norma do art. 12.º, n.º 2 da Diretiva, nos termos da qual, se o demandado tiver pedido o indeferimento liminar, deve caber ao demandante fundamentar o pedido, de modo a permitir que o tribunal avalie se o mesmo não é manifestamente infundado?

Do nosso ponto de vista, a estranheza causada por esta norma prende-se com o facto de a figura das "ações judiciais estratégicas contra a participação pública" (*strategic lawsuits against public participation*) ter origem em sistemas de matriz anglo-saxónica. Em particular no que diz respeito ao sistema norte-americano, deve notar-se que o mesmo se baseia na chamada teoria da individualização. Ao autor basta apresentar a pretensão, sendo as provas (factos secundários e elementos de prova em sentido estrito) adquiridos ao longo do processo. Trata-se de um sistema que conhece — paralelamente — um dever de exibição espontânea de prova (*disclosure*). Entende-se assim que, a pedido do réu, numa fase precoce do processo, o autor seja chamado a fundamentar o pedido por si formulado. Note-se que este é um sistema que conhece também a figura da *anti suit injuction* (com a qual o regime de indeferimento liminar previsto na Diretiva tem algumas afinidades). No nosso sistema jurídico, o ónus de o autor fundamentar o pedido por si formulado decorre da norma do art. 552.º, n.º 1, al. *d*), CPC. O tribunal já tem, portanto, os elementos de que necessita para decidir o pedido de indeferimento, por manifesta improcedência do pedido(40). Este aspeto é crucial do ponto de vista da transposição da Diretiva para o direito interno português.

---

(39) Apesar do silêncio da lei, o indeferimento liminar poderá ser meramente parcial (no âmbito do CPC, onde a matéria também não se encontra regulada, esta possibilidade é admitida por Lebre de Freitas/Isabel Alexandre, *CPC Anotado*, II, 4 *ad* 590.º; a possibilidade de despacho de indeferimento parcial está expressamente prevista na ação executiva: cf. o art. 726.º, n.º 3, 1.ª parte, CPC). Mas, no âmbito da Diretiva, esta hipótese tem pouco interesse prático. Outro aspeto que não se encontra regulado no âmbito da Diretiva, mas que tem previsão no CPC, diz respeito à aplicação ou não, no caso de o tribunal proferir um despacho de citação (leia-se, no contexto da Diretiva: no caso de o tribunal não deferir o pedido de indeferimento liminar), do princípio da preclusão relativamente às questões que podiam ter determinado o indeferimento liminar. Parece-nos que não, manifestamente. No âmbito do CPC, veja-se a norma do art. 266.º, n.º 5: não cabe recurso do despacho que mande citar os réus ou requeridos, não se considerando precludidas as questões que podiam ter sido motivo de indeferimento liminar.

(40) Poderia colocar-se a questão de saber se deve existir uma fase preliminar de produção de prova, antes de o tribunal decidir o pedido de indeferimento liminar. Acontece que, se é necessário a produção de prova, então o pedido não pode considerar-se manifestamente infundado. Note-se que o art. 12.º, n.º 2, utiliza a expressão "*cabe ao demandante fundamentar o pedido*", não parecendo aludir à realização de atividade de natureza instrutória. Por outro lado, pode notar-se que a norma do art. 12.º, n.º 1 (o ónus da prova de que o pedido é fundamentado incumbe ao demandante que intenta a ação) resulta inteiramente da aplicação, do ponto de vista do direito interno português, da norma do art. 342.º, n.º 1, CC.

4.4. Questões procedimentais

Nos termos do art. 11.º, os Estados-Membros asseguram que os órgãos jurisdicionais possam, após uma análise adequada, indeferir pedidos contra a participação pública por serem manifestamente infundados, na fase mais precoce possível do processo, em conformidade com o direito nacional.

Do ponto de vista do direito interno português, o momento mais precoce possível diz respeito ao despacho liminar([41]). Como vimos, este despacho é proferido imediatamente a seguir ao recebimento da petição inicial, antes de se citar o réu. Ele pode ser utilizado no caso de a decisão de indeferimento liminar resultar da iniciativa do tribunal. Mas não será esta a hipótese mais comum. Já no caso de ser apresentado pelo réu um pedido de indeferimento liminar, não se coloca a questão de aplicação deste despacho. O pedido deve ser decidido através de um despacho inominado.

No caso de uma providência cautelar, prevê a lei que o tribunal profira (sempre) despacho liminar [art. 226.º, n.º 4, al. *b*), CPC]. Apesar de a existência deste despacho se relacionar neste caso com a necessidade de o tribunal se pronunciar sobre a possibilidade de diferimento do contraditório, nada impede que seja proferida uma decisão de indeferimento liminar da providência requerida, por manifesta improcedência do pedido.

Nos casos em que seja decretado o diferimento do contraditório, o tribunal deve estar particularmente atento à existência de indícios de que a providência se possa inserir no contexto de uma estratégia contra a participação pública, na medida em que o momento em que o requerido é, nesta hipótese, chamado a exercer o contraditório (sendo a providência decretada), faz com que seja extemporâneo o pedido de indeferimento liminar desta providência.

No âmbito da ação declarativa, a previsão da existência de despacho liminar obrigatório tem cobertura pela norma do art. 226.º, n.º 4, al. *a*), CPC.

([41]) É este o momento mais precoce possível; veja-se a este propósito os considerandos da Diretiva: "*(o) indeferimento deverá ter lugar na fase mais incipiente possível do processo, mas pode ocorrer em qualquer fase deste, em função do momento em que o tribunal tenha recebido as referidas informações, nos termos do direito nacional*" (considerando 37). Como vimos, no nosso sistema existe o ónus de o autor fundamentar o pedido por si formulado [art. 552.º, n.º 1, al. *d*), CPC], pelo que o tribunal já dispõe, neste momento, de todos os elementos de facto necessários para a tomada de uma decisão — a demonstração de que assim é está no próprio facto de a nossa lei prever a possibilidade de indeferimento da petição inicial imediatamente a seguir ao recebimento da mesma. Em conformidade com o que dissemos acima, e em abstrato, pode o tribunal convidar o autor, através do despacho liminar, a aperfeiçoar a petição inicial (mas isto não obsta ao que acabámos de dizer).

O diploma de transposição da Diretiva pode prever a existência de despacho liminar (obrigatório) nas ações que contendam com a participação pública. Note-se, contudo, que são vastos os mecanismos processuais que podem ser utilizados no plano de uma estratégia contra a participação pública, e eles não servem formas processuais específicas. Desta forma, pode ser difícil, na prática, que a secretaria judicial afira se o caso se insere no âmbito daquela regra. É normal, por outro lado, que o demandado apresente argumentos relativos ao pedido de indeferimento liminar (ele dispõe de informações relevantes para a tomada de uma decisão sobre este pedido: por ex., aspetos relacionados com o comportamento do demandante, como o uso de formas de intimidação ou ameaça antes do processo ou enquanto este decorre(42).

Pode assim o demandado requerer o indeferimento. Note-se que não se trata de um indeferimento liminar em sentido técnico (nos termos do CPC), mas de uma intervenção do juiz numa fase precoce do processo, destinada a apurar se o pedido é manifestamente infundado ou se o mesmo, apesar de parcialmente fundado, prossegue uma finalidade abusiva, relacionada com uma estratégia contra a participação pública. Este pedido pode assim ser apresentado não apenas pelo réu, ou pelo requerido (no caso em que o contraditório não seja diferido(43), mas também pelo autor-reconvindo(44).

Deve colocar-se a seguinte questão: pode o réu pedir o indeferimento liminar se o tribunal proferiu oficiosamente despacho liminar (tendo ordenado a citação)?

Do nosso ponto de vista, a salvaguarda da posição do demandado obriga a que este possa pedir o indeferimento liminar mesmo neste caso (desde logo, porque o demandado pode dispor de informações, como referimos há pouco, relevantes para determinar se o processo judicial apresenta um caráter abusivo). Esta solução encontra apoio na nossa lei. Com efeito, dispõe o art. 226.º, n.º 5, CPC que: "*não cabe recurso do despacho que mande citar os réus ou requeridos, não se considerando precludidas as questões que podiam ter sido motivo de indeferimento liminar*".

---

(42) Este aspeto é mencionado no considerando 28 da Diretiva, nos termos do qual estes elementos devem ser tidos em conta para determinar se o processo judicial apresenta um caráter abusivo.

(43) Como vimos, se for decretado o diferimento do contraditório não tem sentido que, sendo decretada a providência, o requerido possa, quando for citado (tendo já ocorrido aquele decretamento e realizada a providência), pedir o indeferimento liminar desta providência.

(44) Repare-se que, conforme é salientado no considerando 37 da Diretiva, o indeferimento pode ocorrer em qualquer fase do processo.

Outro aspeto que deve ser questionado prende-se com o seguinte: o pedido de indeferimento liminar deve ser apresentado no articulado de defesa, ou o sujeito passivo do pedido deve poder requerer o indeferimento fora e antes do articulado de defesa, tendo a apresentação desse requerimento efeito no que diz respeito ao prazo de apresentação deste articulado?

Do nosso ponto de vista, é manifesto que o demandado deve poder apresentar o pedido antes da apresentação do seu articulado de defesa(45), com efeito sobre o prazo de apresentação deste articulado. A isso obriga a necessidade de proteção da sua posição jurídica. Tendo o demandado apresentado um tal requerimento, o prazo para o mesmo apresentar contestação ou deduzir oposição ou defender-se por meio de réplica (cf., respetivamente, arts. 569.º; 356.º, n.º 3, 293.º, n.º 2 e 366.º; 585.º e 586.º; e o art. 245.º, todos do CPC) deve assim começar a correr da data de notificação do despacho que tenha indeferido o requerimento ou da notificação da decisão do Tribunal da Relação que tenha revogado a decisão de indeferimento liminar proferida pelo tribunal de primeira instância.

Na verdade, sendo a ação abusiva, deve poupar-se o réu do encargo e do ónus de apresentar a sua defesa. Na verdade, pode notar-se que a transposição desta diretiva pode constituir um momento para o legislador regular de modo mais genérico o problema da propositura de ações abusivas (podendo prever-se a possibilidade de o demandado pedir o indeferimento liminar do pedido sempre que a ação possa ser qualificada desta forma, com as cautelas necessárias para não ferir o princípio da tutela jurisdicional efetiva)(46).

Existem outros aspetos que devem ser notados do ponto de vista procedimental. Vejamos.

A Diretiva não prevê que o demandante seja ouvido antes de o tribunal se pronunciar sobre o pedido de indeferimento liminar. O art. 12.º, n.º 2, estabelece que, no caso de o demandado pedir o indeferimento, *deve caber* ao demandante fundamentar o pedido, de modo a permitir ao tribunal avaliar se o mesmo não é manifestamente infundado. Mas, como vimos, no nosso sistema jurídico o autor deve apresentar na petição inicial

---

(45) Estaremos assim perante um caso de defesa antecipada – exceção ao princípio da concentração da defesa na contestação (cf. art. 573.º, n.º 1, CPC). De ve notar-se que isto não exclui, como é evidente, que o demandado opte por apresentar o pedido no seu articulado de defesa.

(46) No fundo, trata-se de antecipar os efeitos de uma litigância de má-fé [veja-se em particular a norma do art. 542.º, n.º 2, al. *a*), CPC], impedindo que o réu se veja forçado a defender-se, com os custos inerentes, num caso em que o pedido contra si deduzido é manifestamente infundado ou abusivo. Do regime da litigância de má-fé pode, com efeito, retirar-se a existência de uma cláusula geral de censura de comportamentos processuais abusivos.

os fundamentos do pedido. Existe a possibilidade de o tribunal convidar o autor a aperfeiçoar o seu articulado, mas esta possibilidade não obsta ao que agora dissemos. Mesmo assim, consideramos que ao autor deve ser dada a oportunidade de se pronunciar antes de o tribunal tomar uma decisão (art. 3.º, n.os 1 e 4, CPC). Isto cabe evidentemente na letra do art. 12.º, n.º 2 (mais: este artigo pode ser usado como argumento neste sentido). O pedido de indeferimento liminar dará assim lugar a uma tramitação incidental (incidente do caráter abusivo do processo), podendo prever-se prazos para a realização da audiência (se necessário([47]) ou para que o tribunal decida o incidente([48]). O incidente deve ser tramitado de modo urgente([49]).

Por último, deve notar-se que, ao demandante, não pode exigir-se a "aparência bom direito" — isso não teria sentido nesta fase do processo. Ele tem apenas, para evitar o proferimento de uma decisão de indeferimento liminar, de convencer o tribunal de que o pedido não é manifestamente improcedente([50]).

Deve notar-se, por outro lado, que o demandante não pode utilizar este momento para alegar factos que tinha o ónus de alegar na petição ou

---

([47]) Trataremos deste aspeto mais adiante.

([48]) Cf. considerando 33 da Diretiva. Quanto à possibilidade de fixação de um prazo para a decisão, pode servir de inspiração a norma do art. 363.º, n.º 2, CPC.

([49]) Nos termos do art. 7.º, n.º 1, os pedidos feitos nos termos do art. 6.º, n.º 1, als. *a*) e *b*) *devem ser tratados com celeridade*, em conformidade com o direito nacional, tendo em conta as circunstâncias do processo e o direito a um recurso efetivo e a um tribunal imparcial.

([50]) O ónus do demandante não deve ser tão grande, com efeito, como aquele que recai sobre o requerente de uma providência cautelar (referimo-nos ao requisito do *fumus boni iuris*, ou seja, à demonstração de que existe uma probabilidade séria da existência do direito). O tribunal deve indeferir liminarmente o pedido formulado no caso de o mesmo ser manifestamente infundado ou, no caso de o mesmo ser apenas parcialmente fundado, se for clara a natureza abusiva do mesmo. Para evitar uma decisão de indeferimento não deve, por isso, exigir-se que o demandante, nesta fase precoce do processo, demonstre a existência de bom direito. O princípio da tutela jurisdicional efetiva seria ferido se um ónus como este fosse imposto ao demandado, sem que o mesmo tivesse garantido o seu direito à prova. Para o tribunal poder indeferir liminarmente o pedido deveria do nosso ponto de vista existir a possibilidade de o autor requerer toda a prova necessária a essa demonstração, não podendo o tribunal decidir sem que essa prova fosse realizada (se o ónus recai sobre o autor — art. 12.º, n.º 1 — ele deve ter o direito de provar). Ora, a existência de um direito como este, ou seja, de o autor requerer a realização de toda a prova que considere necessária para a demonstração de que existe uma probabilidade séria da existência do direito, feriria de morte, do nosso ponto de vista, o propósito da Diretiva, i.e., evitar que uma pessoa singular ou coletiva se sinta condicionada, através de uma estratégia processual abusiva, a participar ou veicular informação na praça pública, uma vez que o tempo necessário para a produção dessa prova (em audiência de julgamento?) a isso se oporia. Daí que defendamos (veja-se em texto, já de seguida) que deve caber ao tribunal apreciar se a produção de prova é necessária. O contrapeso necessário, do ponto de vista da proteção dos interesses do demandante, encontra-se no que agora referimos: o pedido apenas deve ser liminarmente indeferido no caso de ele ser manifestamente improcedente. Esta solução é também mais coerente com a solução que defendemos acima, no sentido de que a decisão de indeferimento liminar não é apta a produzir um caso julgado material.

no requerimento inicial([51]) (factos principais e secundários), embora se possa aceitar que ele possa alegar alguns factos secundários não alegados inicialmente [acompanhando a regra do conhecimento oficioso destes factos, prevista no art. 5.º, n.º 2, al. *a*), CPC]. Isto constitui uma decorrência do princípio da preclusão.

Não nos repugna que o demandante possa requerer a produção de prova (esta ideia tem algum respaldo na norma do art. 12.º, n.º 1), mas, no nosso entendimento, o tribunal deve poder apreciar livremente se a produção de prova é necessária para determinar se o processo judicial apresenta um caráter abusivo (poder discricionário — art. 630.º, n.º 1, CPC)([52]). Um argumento para isto pode encontrar-se na norma do art. 367.º, n.º 1, CPC, relativo à tramitação das providências cautelares: "*findo o prazo da oposição, quando o requerido haja sido ouvido, procede-se, quando necessário, à produção das provas requeridas ou oficiosamente determinadas pelo juiz*" (é a expressão "*quando necessário*" que aqui pretendemos sublinhar)([53]).

4.5. Recurso

Estabelece o art. 13.º que as decisões que dão acolhimento favorável a um pedido de indeferimento liminar, nos termos do art. 11.º, devem ser passíveis de recurso. Trata-se da garantia de um segundo grau de jurisdição.

Note-se que esta solução não contraria aquilo que defendemos acima, quanto ao facto de a decisão sobre a necessidade de realização da prova ser tomada no uso de um poder discricionário (é esta decisão, e não a decisão do incidente, que se encontra excluída da possibilidade de modificação por parte de um tribunal superior).

Neste ponto, a nossa lei não precisa de ser modificada. Com efeito, resulta do art. 629.º, n.º 3, al. *c*), CPC que, independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admissível recurso até à Relação das

---

([51]) Ou na contestação (no caso de se tratar de um pedido reconvencional abusivo).

([52]) Caso contrário, ficaria em risco o objetivo prosseguido pela Diretiva: evitar que uma pessoa singular ou coletiva se sinta condicionada, através de uma estratégia judicial abusiva, a expressar-se livremente e a veicular informação na praça pública. Com efeito, o demandante poderia "arrastar o procedimento", mesmo nos casos de um pedido manifestamente infundado, através do requerimento probatório por si apresentado, o que nos parece ferir o propósito de proteção do demandando.

([53]) Note-se que o considerando 33 da Diretiva se refere à possibilidade de serem adotados regimes semelhantes aos procedimentos relativos a medidas de natureza cautelar.

decisões de indeferimento liminar da petição de ação ou do requerimento inicial de procedimento cautelar(54).

A Diretiva não estabelece, entretanto, que as decisões de recusa de indeferimento liminar sejam passíveis de recurso. Do ponto de vista do nosso direito interno, isso deixar-nos-ia com as regras gerais em matéria de admissibilidade do recurso ordinário, não fosse a norma do art. 226.º, n.º 5, CPC: "*não cabe recurso do despacho que mande citar os réus ou requeridos, não se considerando precludidas as questões que podiam ter sido motivo de indeferimento liminar*".

Deve começar por notar-se que esta norma não se aplica — na sua literalidade — ao caso de recusa de indeferimento (a pedido do demandado), porque não se trata, apesar de o tribunal indeferir o pedido, de ordenar a citação. Mas podia encontrar-se nela um argumento no sentido de se encontrar vedado o recurso neste caso. Do nosso ponto de vista, não é assim. Com efeito, esta norma diz respeito a um regime, o do CPC, em que o despacho liminar, por disposição da lei ou iniciativa do juiz, se situa no momento inicial do processo (logo a seguir ao recebimento da petição inicial). Antes mesmo, portanto, de ao réu ser dado conhecimento judicial de que a ação foi contra si intentada e de ao mesmo ser concedido um prazo para a contestar. O problema assume contornos diferentes no caso de a decisão do tribunal ser tomada a pedido do demandado(55). Na verdade, isto tido em conta, pode olhar-se para a norma do art. 226.º, n.º 5, CPC, mais concretamente para a segunda parte da mesma, com um sentido oposto: uma vez que o réu apenas agora tem conhecimento da ação, sobre a qual ainda não se pronunciou, não se consideram precludidas as questões que podiam ter sido motivo de indeferimento liminar (a norma destina-se, deste ponto de vista, a proteger a posição do demandado).

Isto deixa-nos mais uma vez com a norma do art. 629.º CPC. Ou seja, ou bem que o diploma de transposição não prevê a admissibilidade de um segundo grau de jurisdição em todos os casos (aplicando-se as regras gerais que regulam a matéria do recurso de apelação), ou tal é previsto. Com efeito, nos termos do art. 3.º, n.º 1 (requisitos mínimos), os Estados-Membros podem introduzir ou manter disposições mais favoráveis para

---

(54) Neste caso, deve o Réu ser citado em simultâneo para o recurso e para a causa (art. 641.º, n.º 7, CPC).

(55) Caso diferente é o de o tribunal não se pronunciar sobre o pedido de indeferimento liminar. Estamos aqui perante uma nulidade processual, nos termos da norma do art. 195.º, n.º 1, CPC, sendo admissível o recurso, nos termos gerais, do despacho que não reconheça a existência da nulidade, não obstante a norma do art. 630.º, n.º 2, CPC.

proteger as pessoas envolvidas na participação pública contra processos judiciais abusivos contra a participação pública ou pedidos manifestamente infundados em matéria civil, incluindo disposições nacionais que estabelecem garantias processuais mais eficazes relativas ao direito à liberdade de expressão e de informação. Por outro lado, estabelece o n.º 2 do art. 3.º que a aplicação da Diretiva não constitui, em caso algum, motivo para uma diminuição do nível de garantias já concedido pelos Estados-Membros nos domínios abrangidos pela Diretiva.

Não se encontra excluído, portanto, que o legislador português preveja a admissibilidade de recurso para a Relação, independentemente do valor da causa e da sucumbência, no caso de indeferimento do pedido apresentado pelo demandante. Para tal, pode prever-se, em termos gerais, que é sempre admissível recurso para a Relação do despacho que decide o incidente do caráter abusivo do processo, independentemente do valor da causa e da sucumbência.

Não temos uma posição vincada sobre este ponto. Trata-se de uma matéria de política legislativa. É também essa a posição do legislador da UE. Com efeito, pode ler-se no considerando 40: as decisões de provimento dos pedidos de indeferimento liminar deverão ser passíveis de recurso. As decisões de não provimento dos pedidos de indeferimento liminar *poderão ser* também passíveis de recurso, em conformidade com o direito nacional.

AS RECENTES ALTERAÇÕES AO REGIME DO DIREITO DE RETENÇÃO DE COISA IMÓVEL E O SEU IMPACTO NO DIREITO EXECUTIVO E DA INSOLVÊNCIA(*)

Pelo Dr. Henrique Marques Candeias(**)

Sumário:

1. Introdução. **2.** Aspetos gerais relevantes sobre o direito de retenção no direito civil português. **3.** Ao abrigo do regime pré-DL n.º 48/2024: o direito de retenção como um direito real de garantia e preferência face a hipotecas constituídas anteriormente. **4.** As alterações ao regime do direito de retenção provocadas pelo DL n.º 48/2024: *i.* Aspetos introdutórios. *ii.* Crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida. *iii.* A prevalência dada ao direito de retenção de coisa imóvel em confronto com direitos de crédito e em confronto com a hipoteca e a sua qualificação. *iv.* Direito de retenção em que o crédito do retentor não assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida no direito executivo e no direito da insolvência. **5.** Conclusão.

Resumo:

O Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho, trouxe novidades ao regime do direito de retenção presente no Código Civil. Neste artigo pretendemos dar uma primeira abordagem às alterações legislativas que o Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho, provocou.

(*) *In memoriam:* Professor Doutor Pedro Romano Martinez.

(**) Assistente convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; doutorando; investigador e bolseiro no Centro de Investigação de Direito Privado. Gostaria de agradecer publicamente ao Sr. Professor Doutor Rui Pinto e à S.ra D.ra Catarina Coelho por todas as discussões que tivemos sobre as matérias que este artigo versa.

Tentaremos compreender as soluções postas no Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho, na sequência da doutrina e jurisprudência sobre o regime do direito de retenção de coisa imóvel; abordar o conteúdo material das novidades legislativas; questionar a qualificação do direito de retenção de coisas imóveis ao abrigo do Código Civil alterado; e trabalhar o novo regime do direito de retenção em confronto com o direito executivo e da insolvência. Não nos versaremos sobre a solução dada pelo legislador à aplicação desta alteração legislativa no tempo.

Palavras-chave:

Decreto-Lei n.º 48/2024; direito de retenção; direito real de garantia; contrato-promessa; direito executivo; direito da insolvência.

1. Introdução

I. O Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho, (doravante, "DL n.º 48/2024") trouxe novidades ao regime do direito de retenção presente no Código Civil (doravante, "CC").

Em concreto, por força do art. 2.º, do DL n.º 48/2024, alterou-se a letra dos n.os 1 e 2 do art. 759.º, do CC. Se antes do DL n.º 48/2024, os n.os 1 e 2, do art. 759.º, do CC, estatuíam que:

> **Artigo 759.º**
> ***(Retenção de coisas imóveis)***
>
> *1. Recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respectivo titular, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de ser pago com preferência aos demais credores do devedor.*
>
> *2. O direito de retenção prevalece neste caso sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.*
>
> *3. ...*

Agora, os mesmos números determinam:

> **Artigo 759.º**
> ***(Retenção de coisas imóveis)***
>
> *1. Recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respetivo titular, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de, nos casos em que o crédito*

assegura o reembolso de despesas para a conservar ou aumentar o seu valor, ser pago com preferência aos demais credores do devedor.

2. Nos casos previstos na parte final do número anterior, o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.

3. ...

Ademais, o DL n.º 48/2024 esclarece, no seu art. 3.º, que se aplica aos direitos de retenção que sejam constituídos após a sua entrada em vigor, que ocorreu a 24 de agosto de 2024 (30 dias após a entrada em vigor do diploma, *v.* art. 4.º, DL n.º 48/2024).

2. Aspetos gerais relevantes sobre o direito de retenção no direito civil português

I. O direito de retenção configura uma situação jurídica ativa que atribui ao seu titular, detentor de uma coisa, o poder de a não restituir a quem lhe a possa exigir, enquanto este último não cumprir perante o detentor da coisa uma obrigação de alguma forma relacionada com ela([1]).

O direito civil português estabelece nos arts. 754.º a 761.º, do CC, um direito de retenção. Para esse direito de retenção surgir na esfera jurídica de um sujeito é necessário que se verifique conjugadamente os seguintes pressupostos positivos:

1) uma detenção de uma coisa *i*) suscetível de penhora, *ii*) direta ou através de representante, que *iii*) não pode resultar de meios ilícitos ou que, tendo resultado de meios ilícitos, o detentor não tivesse conhecimento da ilicitude sem culpa;
2) a existência de uma obrigação de entrega da coisa detida na esfera de quem a detém;
3) o devedor da obrigação de entrega da coisa ser credor de uma obrigação conexa com a coisa detida, cujo devedor é o credor da obrigação de entrega da coisa; e

---

([1]) *V.* António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, X, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, p. 821, e o nosso texto, Henrique Marques Candeias, "O abuso do direito de retenção: exercício desproporcional do direito de retenção", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, (homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão), n.º 1, Tomo 2, ano LXIV (2023), pp. 885-930, *passim*.

4) a obrigação conexa com a coisa vencer-se ou ter ocorrido alguma circunstância que cause a perda do benefício do prazo(2).

II. O direito de retenção é, em primeiro lugar, uma exceção de direito material(3), pois permite ao seu titular negar a restituição de uma coisa a quem, tendo o direito de a obter, não cumpriu uma obrigação cujo credor é o retentor. O direito de retenção, depois de invocado, exclui o retentor de mora do devedor relativamente à obrigação de entrega da coisa(4). Assim, materialmente, o direito de retenção é uma posição de força, justificada pelo facto de o credor da obrigação de entrega da coisa não ter cumprido uma obrigação que tem perante o retentor. Em razão disto, o direito de retenção, que pode ser exercido sem intervenção judicial, tem sido considerado como uma figura excecional ao princípio da proibição da autotutela(5).

A posição de força que o direito civil português atribui ao titular do direito de retenção afigura-se como um reduto de salvaguarda do crédito do retentor, protegendo o seu interesse no cumprimento dessa obrigação(6). Isto ocorre porque, de acordo com a natureza das coisas, reter a coisa exerce, pelo menos na grande generalidade dos casos, pressão sobre o devedor para que cumpra a obrigação que deve ao retentor (função compulsória do direito de retenção)(7).

---

(2) Sobre os pressupostos do direito de retenção — *v.* António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, X, …, *op. cit.*, p. 836, ss., Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito: em especial na exceção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação*, reimp., Coimbra, Almedina, 2019, p. 286, ss., e Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das garantias reais: a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 119, ss.

(3) Definindo uma exceção de direito material como a faculdade potestativa de paralisar o exercício de o direito de outrem — *v.* António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 740.

(4) Cf. Ana Taveira da Fonseca, "Artigo 757.º", *in* José Brandão Proença (org.), *Comentário ao Código Civil, direito das obrigações: das obrigações em geral*, reimp., Lisboa, UCP Editora, 2021, p. 1017.

(5) *V.* Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, …, *op. cit.*, pp. 351-356.

(6) *V.* Adriano Paes da Silva Vaz Serra, "Direito de retenção", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 65 (1957), pp. 103-261, p. 138, e Angelo Saturno, "Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura ed estensibilità", *Rassegna di diritto civile*, n.º 1 (1991), pp. 44-95, p. 64.

(7) Sobre a função compulsória do direito de retenção — *v.* Júlio Gomes, "Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz…)", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11 (jul.-set. 2005), pp. 3-25, p. 5, e Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito,* …, *op. cit.*, pp. 390-391.

Se imaginássemos o ordenamento português sem um direito de retenção, um ente com a obrigação de entrega de uma coisa não podia recusar legitimamente o cumprimento dessa obrigação a quem incumpriu para consigo uma outra obrigação relacionada com essa coisa. Estar-se-ia perante uma acentuação de um desequilíbrio na posição relativa destes sujeitos dentro do complexo regulativo que os envolve e que, originalmente, não é querido pelo direito, beneficiando invariavelmente quem incumpriu. Assim, o direito de retenção funciona para evitar uma acentuação desse desequilíbrio, possibilitando ao retentor a recusa da entrega da coisa. O direito de retenção vai, aliás, mais além, pois também pretende corrigir a assimetria na posição das partes, funcionando com elemento que constrange o devedor a cumprir a sua obrigação perante o retentor.

Deste modo, pensamos que é na boa-fé objetiva, ao abrigo do princípio da materialidade subjacente, que se encontra o fundamento do direito de retenção. Vejamos, o princípio da materialidade subjacente, em especial através da figura do *tu quoque*, exige uma reação do sistema para restabelecer o equilíbrio num complexo regulativo destruído por força da atuação não querida pelo direito provocada por um sujeito. Se o direito de retenção visa impedir a acentuação de um desequilíbrio entre as partes, assim como a corrigi-lo, então justifica-se materialmente no *tu quoque*, ou seja, na boa-fé(8).

III. O desequilíbrio da posição das partes que nos referimos acima circunscreve-se a um determinado espaço jurídico que é, naturalmente, delimitado. É nesse espaço jurídico que há um complexo regulativo a que o direito pretende um determinado equilíbrio base. No direito de retenção português, a enunciação dos polos desse complexo regulativo cabe aos arts. 754.º e 755.º, do CC, bem como às outras normas fora do CC que estabelecem específicos direitos de retenção(9). Essas normas consagram

---

(8) A doutrina tem procurado fundamentar o direito de retenção na equidade e na boa-fé, por todos — *v.* Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito,* …, *op. cit.*, pp. 391-394. Sobre o princípio da materialidade subjacente e o *tu quoque* — *v.* António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, …, *op. cit.*, pp. 837-852. Afirmando que um direito obrigacional de retenção pode ser apoiado na boa-fé, em especial na figura do exercício em desequilíbrio de posições jurídicas — *v.* Maria de Lurdes Pereira e Pedro Múrias, "Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.os 1-4, ano XLIX (jan.-dez. 2008), pp. 187-239, p. 198. A nossa opinião sobre o fundamento do direito de retenção é exposta com maior desenvolvimento no nosso "O abuso do direito de retenção: exercício desproporcional do direito de retenção", …, *op. cit.*, *passim*.

(9) Note-se que o direito de retenção não se esgota nos casos postos nos arts. 754.º e 755.º, do CC. Há diversas disposições especiais no ordenamento que também possibilitam a invocação de direito de retenção. É o caso, por exemplo, do direito de retenção do achador (art. 1323.º, n.º 6, do CC),

as situações em que, na visão do legislador, por haver uma determinada conexão entre a coisa e a obrigação incumprida de que o credor é retentor, pode ser invocado direito de retenção.

Nos termos do art. 754.º, do CC, há uma conexão entre o crédito do detentor com a coisa detida se o crédito resultar de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados. Esta conexão, a que se atribui a qualificação de material(10), deve ser interpretada no sentido em que apenas despesas feitas sobre a coisa detida ou danos por ela causados podem ser considerados materialmente conexos nos termos do art. 754.º, do CC(11). A jurisprudência, referindo-se a *conexão direta*, *conexão causal*, bem como ao brocardo *debitum cum re junctum*, tem afirmado a necessidade desta estreiteza entre a coisa e o crédito do detentor(12).

No art. 755.º, do CC, são elencados casos especiais de retenção. Atendendo ao conjunto de situações expostas na letra da norma, a coisa retida e o crédito do retentor relacionam-se por se integrarem no quadro da mesma relação jurídica, daí que se afirme que a conexão entre a coisa e o crédito do retentor exigida no art. 755.º, do CC, é de natureza jurídica(13).

Em tese, outras conexões entre a coisa e o crédito são possíveis. Por exemplo, o ordenamento alemão estabelece a possibilidade de se invocar direito de retenção nos casos que a relação entre o que é retido (que pode não ser necessariamente uma coisa, mas por exemplo, uma prestação) e a obrigação devida ao retentor é de uma outra ordem além de material e jurídica. Vejamos que o § 273 I BGB tem sido interpretado como exigindo apenas uma conexão natural e económica entre o que é retido e a obrigação incumprida para ser considerado lícito invocar direito de retenção(14). Se Vaz Serra propôs que, no ordenamento português, a retenção fosse possível para os casos em que a natureza da conexão fosse

---

do direito de retenção do agente comercial (art. 35.º, do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho), do direito de retenção do construtor de navio (art. 25.º, do Decreto-Lei n.º 201/98, de 8 de julho), do direito de retenção do salvador marítimo (art. 14.º, do Decreto-Lei n.º 203/98, de 10 de julho) e do direito de retenção do advogado (art. 101.º, n.º 3, da Lei n.º 145/2015).

(10) *V.* Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito, …*, *op. cit.*, p. 311.

(11) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, X, …, *op. cit.*, p. 837, e Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, …, *op. cit.*, p. 314.

(12) Por todos, *v.* Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 2 de maio de 2024 (proc. n.º 1913/19.1T8VNF-A.G1).

(13) *V.* Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito, …*, *op. cit.*, p. 315.

(14) Cf. Peter Gröschler, "§§273-274", Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert e Reinhard Zimmermann, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB,* 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 833.

natural e económica(15), os mesmos não ficaram consagrados diretamente no CC.

3. Ao abrigo do regime pré-DL n.º 48/2024: o direito de retenção como um direito real de garantia e preferência face a hipotecas constituídas anteriormente

I. Há um aspeto muito importante no estudo do direito de retenção que cabe referir, a sua qualificação como um direito real de garantia.

Nos termos do art. 604.º, n.º 2, do CC, o direito de retenção é posto como uma causa legítima de preferência no concurso de credores que apenas exibam a garantia geral, consagrando-se como uma derrogação do princípio da *par condicio creditorum*. Depois, agora fazendo referência aos arts. 758.º e 759.º, n.º 1, do CC, pré-DL n.º 48/2024, o direito de retenção conferia ao seu titular: (*i*) no caso de retenção de coisa móvel, os mesmos direitos atribuídos ao credor pignoratício (exceto no que se refere à substituição ou reforço da garantia), o que significava que, nos termos do art. 666.º, do CC, o retentor teria direito à satisfação do seu crédito pelo valor da coisa retida com preferência face aos demais credores do devedor; e (*ii*) no casos de retenção de coisa imóvel(16), o poder de o retentor executar a coisa nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, bem como de ser pago com preferência face aos demais credores do devedor. Assim, a doutrina elaborada após 1966 tinha, de forma quase unânime, afirmado que o direito de retenção no direito civil português seria um direito real de garantia(17/18).

Sendo um direito real de garantia, o direito de retenção não tinha apenas, pelo menos em abstrato, uma função compulsória, possuia igualmente uma função de garantia. No fundo, a coisa retida ficaria funcionalizada à garantia de uma obrigação. Há Autores que escrevem que, no direito de

---

(15) *V.* Adriano Paes da Silva Vaz Serra, "Direito de retenção", …, *op. cit.*, p. 247, ss.

(16) Para efeitos do regime do direito de retenção, o art. 759.º, do CC, apesar de referir coisas imóveis, tem de ser interpretado como se aplicando igualmente às coisas móveis que podem ser objeto de hipoteca, por igualdade de razão. É tendo como pressuposto este apontamento que utilizaremos a expressão coisa imóvel aquando da análise do art. 759.º, do CC.

(17) Ao abrigo do Código de Seabra, punha-se em dúvida a natureza real do direito de retenção. Defendendo a natureza real — *v.* Paulo Cunha, *Da garantia das obrigações*, Tomo II (lições publicadas por E. Pamplona Côrte-Real), 1938-1939, p. 155. Negando a natureza real — *v.* Luís da Cunha Gonçalves, *Tratado de direito civil*, V, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, p. 677.

(18) Cf. Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das garantias reais*, …, *op. cit.*, p. 101.

retenção, a função de garantia surja como resultado de um aprofundamento lógico da figura.

Justificam esta afirmação com a asserção que se o direito de retenção não fosse um direito real de garantia, ocorreria o risco de perdurar *ad aeternum* nos casos em que a coisa retida não possuísse um valor suficiente para dar efetiva força compulsória, colocando o retentor numa posição desvantajosa(19). Este desenvolvimento teve consequências a nível de regime, pois o direito de retenção é principalmente tratado no CC como uma garantia real(20). Veja-se, por exemplo, a sua consagração no chamado capítulo das garantias especiais das obrigações (Livro II, Título I, Capítulo VI), bem como, o art. 756.º, als. *c*) e *d*), do CC, que estabelecem não haver direito de retenção quando a coisa é impenhorável ou quando o devedor preste caução suficiente.

Ao abrigo do regime do CC pré-DL n.º 48/2021, certa doutrina mostrou um desconforto com a consagração unitária do direito de retenção como direito real de garantia, em confronto com a diferente natureza das conexões entre a coisa e o crédito do retentor exigidas pelos arts. 754.º e 755.º, do CC(21). Aliás, houve quem tivesse escrito que a própria natureza do direito de retenção devia ser diferente em função da conexão verificada. Se, nos casos em que a conexão é material, o direito de retenção devia ser um direito real de garantia, sendo a conexão jurídica, seria mais adequada uma natureza meramente obrigacional(22).

Nesta senda, Júlio Gomes pareceu levar esse *desconforto* a consequências de regime no direito de retenção, pois, da leitura do seu escrito, retira-se a tese de que é defensável a existência de dois regimes diferentes para a retenção, o aplicável aos casos de conexão material, enformado por prerrogativas aplicáveis aos direitos reais, e o das retenções em que a conexão é jurídica, que, não deixando de ser um direito real de garantia, seria regido pelo princípio da relatividade próprio das obrigações(23).

---

(19) *V.* Adriano Paes da Silva Vaz Serra, "Direito de retenção", …, *op. cit.*, p. 189, António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, X, …, *op. cit.*, p. 840, e Júlio Gomes, "Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz…)", …, *op. cit.*, p. 6.

(20) *V.* Francisco Rocha, "Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,* n.os 1 e 2, ano LI (2010), pp. 573-646, p. 590.

(21) Cf. Júlio Gomes, "Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz…)", ..., *op. cit.*, *passim*.

(22) É o caso de Ana Taveira da Fonseca e de Anne-Marie Stranart — *v.* Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito,* …, *op. cit.*, pp. 375-376, e Anne-Marie Stranart, *Comentário ao código civil: direito das obrigações*, "Les sûretés réelles traditionnelles: dévelopments recentes", *in Les droit des sûretés*, Bruxelles, Éditiones du Jeune Barreau, 1992, p. 71, ss.

(23) *V.* Júlio Gomes, "Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz…)", …, *op. cit.*, pp. 13-18. A tese do Autor não nega o direito de retenção como um direito real de garantia. Pelo contrário, "Seria,

II. O direito de retenção de coisa imóvel, ao abrigo da versão original do CC, também prevalecia sobre a hipoteca, mesmo que constituída anteriormente. Era o que resultava da letra do art. 759.º, n.º 2, do CC, pré-DL n.º 48/2024.

A consequência material da norma era a de conferir um grau hierárquico à retenção acima de qualquer hipoteca que incidisse sobre a coisa retida. Tecnicamente, o n.º 2, do art. 759.º, do CC, pré-DL n.º 48/2024, pretendia regular especificadamente a prevalência de direito de retenção de coisa imóvel face à hipoteca que incidissem sobre a mesma coisa, pondo-o num lugar bastante elevado, apenas abaixo dos privilégios imobiliários especiais (art. 751.º, do CC). O n.º 2 distinguia-se, deste modo, do já referido art. 759.º, n.º 1, do CC, pré-DL n.º 48/2024, que estabelecia a faculdade de o retentor de coisa imóvel ser pago com preferência face aos demais credores do devedor, por aqui se tratar de uma questão de prevalência de direitos reais face a direitos de crédito e não de direitos reais sobre outros direitos reais de garantia. Por outro lado, com o art. 759.º, n.º 2, do CC, pré-DL n.º 48/2024, pretendia-se excecionar o princípio que os direitos reais anteriores prevalecem sobre os posteriores, pois, mesmo que a hipoteca fosse registada antes do direito de retenção, a retenção prevalecia sobre a hipoteca.

A origem do preceito reporta-se aos estudos de Vaz Serra, que afirmava que nos casos em que a retenção era motivada por um crédito que resultasse de despesas que concorressem para o valor da coisa, *i.e.*, despesas que, por resultarem do fabrico, conservação e melhoramento da coisa, aumentam o valor da coisa, a retenção deveria "ter preferência sobre todos os credores que se locupletariam à sua custa", como seria o caso do credor hipotecário, mesmo que com base numa hipoteca registada anteriormente([24]). Na medida em que a hipoteca abrange as benfeitorias feitas sobre a coisa por terceiro que não o devedor do credor hipotecário [art. 691.º, n.º 1, al. *c*), do CC], se o credor hipotecário com hipoteca anterior tivesse preferência sobre o retentor, então beneficiaria em primeiro lugar dos investimentos que o retentor tivesse feito sobre a

---

à sua maneira, uma forma de conceptualismo afirmar que por se tratar de um direito real o titular do direito de retenção poderia agredir bens de terceiro inteiramente estranhos ao seu crédito" (p. 16).

([24]) *V.* Adriano Paes da Silva Vaz Serra, "Direito de retenção", …, *op. cit.*, p. 200. Note-se que, nos termos do art. 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 31/2022, de 6 de maio, as hipotecas anteriores que garantam os ativos de cobertura das obrigações cobertas prevalecem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários e, por isso, conjugando a leitura da norma com o art. 751.º, do CC, sobre o direito de retenção — *v.* Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito,* …, *op. cit.*, pp. 370-371.

coisa, enriquecendo-se indevidamente([25]). Por outro lado, o crédito do retentor é geralmente pequeno. Prejudicando o credor hipotecário, fazia-o apenas em pequena escala([26]).

Se esta justificação era aceite pela maioria da doutrina([27]), às situações de facto por ela latamente não abrangidas poder-se-ia, ao abrigo do CC, pré-DL n.º 48/2024, questionar o porquê de, havendo retenção sobre coisa imóvel, se atribuir igualmente preferência sobre hipotecas anteriores à retenção. Procurar o *porquê* da prevalência da retenção sobre hipotecas anteriores revelava-se essencial na medida em que o art. 759.º, n.º 2, do CC, pré-DL n.º 48/2024:

1) aplicava-se indiscriminadamente às retenções de coisas imóveis, independentemente da conexão pressuposta à retenção;
2) consubstanciava uma exceção ao princípio que os direitos reais anteriores prevalecem sobre os constituídos posteriormente; e
3) atingia a solidez da garantia dada pela hipoteca, essencial à sua função como motor do progresso económico.

Que casos seriam esses? Em primeiro lugar, o de retenção de coisa imóvel que, em abstrato, preenchendo o art. 754.º, do CC, o crédito não resultasse de despesa sobre a coisa que fizesse aumentar o seu valor; em segundo, o de retenção de coisa imóvel permitida por conexão jurídica presente no art. 755.º, do CC([28]).

III. O primeiro conjunto de situações captou menos atenção da doutrina. Muitos Autores, apesar de os distinguirem, estudaram o critério "despesas sobre as coisas" presente no art. 754.º, do CC, exclusivamente usando casos em que essas despesas trazem mais valias à coisa([29]), ou seja, aumen-

---

([25]) Cf. Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito,* …, *op. cit.*, p. 369.

([26]) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, X, …, *op. cit.*, p. 844.

([27]) Por todos — *v.* Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das garantias reais*, …, *op. cit.*, p. 176. Contudo, há doutrina que, mesmo assim, criticou a solução do art. 759.º, n.º 2, do CC pré-DL n.º 48/2024 — *v.* Miguel Lucas Pires, *Dos privilégios creditórios: regime jurídico e sua influência no concurso de credores*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 192.

([28]) É de esclarecer que as retenções do art. 755.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), do CC, ao contrário das restantes alíneas desse número, são exclusivamente retenções sobre coisas móveis.

([29]) Como exemplo — *v.* Adriano Paes da Silva Vaz Serra, "Direito de retenção", …, *op. cit.*, p. 200, escrevendo que "O direito de retenção, de que estamos a tratar, verifica-se quando há um crédito por despesas feitas com a coisa. Esse crédito resultará normalmente de despesas com a fabricação, conservação ou melhoramento de coisa alheia", passando depois a justificar a prevalência nos casos em que os credores podem locupletar-se à custa do retentor. A esta circunstância não pode ser olvidado

tos objetivos no seu valor ou a sua conservação, olvidando que pode haver despesas sobre a coisa sem esse resultado. Por exemplo, o empreiteiro que realize uma benfeitoria voluptuária sobre a coisa ou que objetivamente deteriore a coisa. Depois, as retenções motivadas por danos causados por causa das coisas, critério também presente no art. 754.º, do CC, verificam-se com maior primazia relativamente a animais ou coisas móveis.

Para Cláudia Madaleno, a conexão material pedida no art. 754.º, do CC, exigia que "da despesa feita resulte um benefício na coisa retida"([30]). Ou seja, não se pode verificar uma conexão material se a despesa na coisa não trouxe a esta mais valias, porque a *razão de ser* da norma "reside na necessidade de evitar o enriquecimento sem causa de outros credores", pois só assim se justifica a prevalência do crédito do retentor em relação a outros credores([31]). Deste modo, obstaculizava-se por consequência que créditos que resultassem de despesas feitas sobre a coisa que não se consubstanciassem em mais valias sobre a coisa materialmente retida pudessem ser objeto de uma garantia real que tinha preferência sobre as hipotecas anteriores, na medida em que que não se estaria perante um direito de retenção legalmente constituído. Esta opinião não foi seguida([32]). Em concreto, pensamos que a doutrina de Cláudia Madaleno é contraditada pela letra da lei, que não estabelece tamanha restrição no art. 754.º, do CC, assim como pelo facto de o direito de retenção fundado em conexão material não ser motivado pelo princípio da proibição do enriquecimento injustificado, apesar de poder garantir eventuais pretensões de enriquecimento sem causa (resultante de despesas efetuadas por outrem no incremento de valor em coisa alheia)([33]). O que se podia afirmar como teleologicamente motivado pelo princípio da proibição do enriquecimento injustificado é a solução do art. 759.º, n.º 2, do CC, pré-DL n.º 48/2024.

Depois, sobre os casos do art. 754.º, do CC, em que a conexão material se funda no dano que a coisa causou ao retentor, A. Luís Gonçalves, acompanhado por Cláudia Madaleno, defendeu que a preferência desta retenção sobre a hipoteca deve fundamentar-se na teoria do risco, da que resulta que se uma coisa causar danos, então o seu titular tem o dever de

---

que o direito de retenção parece ter surgido para proteger o possuidor que realizou benfeitorias — *v.* Júlio Gomes, "Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz…)", ..., *op. cit.*, p. 12.

([30]) Cf. Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das garantias reais*, ..., *op. cit.*, p. 93.

([31]) Cf. Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das garantias reais*, …, *op. cit.*, p. 94.

([32]) *V.* Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, …, *op. cit.*, p. 311.

([33]) *V.* Luís Menezes Leitão, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 798-803.

suportar os danos por ela causados(34). Contudo, somos da opinião que disto não resulta nenhuma justificação para a prevalência deste tipo de retenção sobre as hipotecas anteriores. Nem Vaz Serra logrou, a nosso ver, justificar o porquê de se conferir à retenção resultante de danos provocados pela coisa imóvel uma preferência face a hipotecas anteriores. Se, por um lado, diz "semelhante preferência (…) só poderia justificar-se pelo respeito a um sentimento vindicativo do ofendido", sentimento esse que não é tutelado pelo direito civil; por outro, escreve que "O crédito anterior pode ser privilegiado, não dependendo o privilégio de data certa. Esses créditos, acompanhados de garantia, não podem deixar de ser respeitados. E o que se diz para o privilégio, dir-se-ia para qualquer garantia real. Simplesmente, conforme se conclui do que se disse a propósito dos privilégios, um conflito desta natureza não é fácil, visto que os privilégios normalmente se extinguem com a saída da coisa de determinada situação local"(35), pois tal não acontece no caso das hipotecas.

Em conclusão, parece que a doutrina não encontrou nenhuma justificação válida para fundamentar a preferência da retenção sobre as hipotecas anteriores neste conjunto de situações.

IV. O segundo conjunto de situações foi, parcialmente, objeto de maior aprofundamento pela doutrina. Dizemos parcialmente porque a doutrina apenas se focou sobre a prevalência do direito de retenção sobre hipotecas anteriores no caso de direito de retenção de beneficiário de promessa de transmissão ou constituição de direito real, que obteve a tradição da coisa, pelo crédito que, nos termos do art. 442.º, do CC, resulta do não cumprimento imputável à outra parte [art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC]. Pelo contrário, os Autores não se versaram com pormenor relativamente à prevalência da retenção resultante das restantes alíneas do art. 755.º, n.º 1, do CC, sobre as hipotecas anteriores. Quiçá porque estas últimas retenções incidem tipicamente sobre coisas móveis(36).

A grande maioria da doutrina, com exceção de, entre outros, Jorge Ribeiro Faria(37), partilhava críticas à preferência do direito de retenção do

---

(34) *V.* A. Luís Gonçalves, "O direito de retenção e a sua aplicação aos contratos de promessa", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 3, ano XXX (jul.-set. 1988), pp. 273-284, p. 278, e Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das garantias reais*, …, *op. cit.*, p. 174.

(35) Cf. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, "Direito de retenção", …, *op. cit.*, pp. 201-202.

(36) Cf. Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das garantias reais*, …, *op. cit.*, pp. 173 e 234.

(37) Afirmando que a lei tomou uma boa posição em proteger o interesse do consumidor final face ao das instituições de crédito — *v.* Jorge Leite Areias Ribeiro Faria, *Direito das obrigações*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1990, p. 281.

promitente-comprador face a hipotecas anteriores([38]). De acordo com António Menezes Cordeiro, o art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC, quebrou o equilíbrio que se estabelecia entre a retenção e hipoteca consagrado no art. 759.º, n.º 2, do CC pré-DL n.º 48/2024, porque, para além de não ser justificada pelo princípio que proíbe o enriquecimento indevido, tendencialmente cobria créditos (os da restituição do sinal em dobro ou do valor do objeto do contrato, que derivam do art. 442.º, n.º 2, do CC), que podiam absorver a totalidade do valor das coisas retidas([39]). Pires de Lima e Antunes Varela acrescentaram que a prevalência desta retenção do promitente que obteve a tradição da coisa sobre as hipotecas anteriores afetava a segurança e solidez do crédito hipotecário, com consequências para a obtenção de crédito([40]), especialmente pelo facto do direito de retenção do promitente-comprador poder se consubstanciar numa garantia oculta. Por fim, o próprio promitente-comprador com tradição da coisa ficaria numa situação de tutela superior face ao comprador de um imóvel hipotecado([41]), para além de poder dar azo a simulações com o fim de prejudicar os credores hipotecários([42]).

Neste conjunto de críticas, divergiam as opiniões sobre como superar os problemas associados à preferência desta retenção sobre hipotecas anteriores. Luís Menezes Leitão restringiu o âmbito de aplicação da norma, defendendo, por referência ao art. 442.º, do CC, que "a retenção não deve ser exercida em relação ao crédito da restituição do sinal em dobro, mas apenas em relação ao aumento do valor da coisa, se o credor optar por essa alternativa", porque apenas este crédito teria uma conexão mais forte com a coisa retida([43]). L. Miguel Pestana de Vasconcelos pugnou, fundado num

---

([38]) Outra perspetiva nesta discussão foi a da bondade da própria atribuição de um direito de retenção ao promitente-comprador como mecanismo de defesa da sua posição. Apoiando a atribuição de um direito de retenção ao promitente-comprador — *v.* L. Miguel Pestana de Vasconcelos, "Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência", *Cadernos de direito privado*, n.º 33 (jan.-mar. 2011), pp. 3-29, p. 5.

([39]) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, X, …, *op. cit.*, p. 845.

([40]) Cf. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código civil anotado*, Vol. 1, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 778.

([41]) Cf. Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, Vol. I, 16.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 241, e Isabel H. Menéres Campos, "O direito português da hipoteca", *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXV (2009), pp. 725-742, p. 740.

([42]) Cf. Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, Vol. I, …, *op. cit.*, p. 241.

([43]) Cf. Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, Vol. I, …, *op. cit.*, p. 242. Acompanhando esta posição — *v.* António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, VII, reimp., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 401-402. Criticando esta posição — *v.* Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das garantias reais*, …, *op. cit.*, pp. 193-200, L. Miguel Pestana de Vasconcelos, "Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência", …, *op. cit.*, pp. 6-7, e M. Januário da Costa Gomes, "Sobre o direito de

argumento teleológico, pelo estabelecimento de critérios adicionais ao preenchimento do art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC. O Autor afirmou que, tendo em consideração vários elementos hermenêuticos, em particular o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de novembro, a introdução do direito de retenção do promitente-comprador teve como objetivo o da tutela dos consumidores, deste modo, este direito real de garantia apenas podia ser invocado por consumidores. Na verdade, só aos consumidores é que a tutela forte dada pelo direito de retenção se encontra justificada(44). Cláudia Madaleno apontou para uma interpretação que afirmou mais atualista e conforme com o regime constitucional, no sentido de restringir a aplicação do art. 759.º, n.º 2, do CC, pré-DL n.º 48/2024, a situações em que se justifique impedir o enriquecimento injustificado do credor hipotecário à conta do retentor(45/46). Carlos Pereira de Abreu argumentou que apenas no caso de ser o titular de o direito de retenção a tomar a iniciativa de executar o imóvel é que essa garantia real prevaleceria sobre hipotecas anteriores(47).

Sobre este tema, a jurisprudência não logrou encontrar uma posição uniforme, mas, tendencialmente, o Supremo Tribunal de Justiça não aderiu a nenhuma das posições elencadas(48). Contudo, é de assinalar os Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência n.os 4/2014(49) e 4/2019, que assumindo a aplicação do art. 442.º, do CC, aos casos em que o administrador de insolvência recusa o cumprimento de um contrato-promessa que não tenha eficácia real depois de declarada a insolvência do promitente-vendedor(50), afirmaram que apenas o consumidor (definido como o pro-

---

retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca", *in Revista de Direito Civil*, ano IX (2024), n.º 4, pp. 649-694, pp. 670-671.

(44) Cf. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, "Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência", …, *op. cit.*, pp. 7-9. Criticando esta posição — *v.* M. Januário da Costa Gomes, "Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca", …, *op. cit.*, pp. 671-673.

(45) *V.* Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das garantias reais*, …, *op. cit.*, pp. 236-237.

(46) Note-se que o Tribunal Constitucional já decidiu de forma constante como não inconstitucional a prevalência do direito de retenção do promitente-adquirente sobre hipotecas anteriores — *v.* Acs. do Tribunal Constitucional n.os 374/03, 365/2004, 466/2004, 73/2011, entre outros.

(47) *V.* Carlos Pereira de Abreu, *O direito de retenção como garantia imobiliária das obrigações*, Porto, Almeida e Leitão, Lda., 1998, p. 36.

(48) *V.* Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 2019, de 8 de fevereiro de 2022, de 28 de setembro de 2022, de 30 de novembro de 2022 e de 15 de outubro de 2024 (respetivamente, proc. n.os 503/16.5T8STB.E1.S1.S1, 1559/12.5TBBRG-R.G1.S1, 98/12.9TYVNG-C.P1.S1, 84/09.6TYVNG-F.P1.S1, e 1530/20.3T8CBR.C1.S1).

(49) Para análise das críticas a este acórdão de uniformização — *v.* M. Januário da Costa Gomes, "Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca", …, *op. cit.*, pp. 677-680.

(50) Posição depois contrariada no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 3/2021 —

mitente-comprador que destina o imóvel, objeto de *traditio*, a uso particular) gozava de direito de retenção estatuído no art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC. Esta uniformização de jurisprudência, apesar de elaborada apenas perante específicos casos de direito de insolvência(51), justificava a sua interpretação do art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC, com argumentos de natureza civil, que podiam ser usados na análise genérica de direito de retenção do promitente-comprador(52/53).

Na nossa opinião, as orientações acima expressas afastavam-se da letra da lei, sem um mínimo de correspondência verbal. Ademais, não pareciam pressupor que a atribuição do direito de retenção presente no art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC, foi motivada por fatores políticos e económicos conjunturais (inflação galopante), no sentido de proteger o promitente-comprador, e que a motivação legislativa de introdução do art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC, foi a de não haver dúvidas que a esse direito de retenção de imóvel devia ser conferida a preferência subjacente ao art. 759.º, n.º 2, do CC(54). Nesta senda, seguimos a posição de, por exemplo, Ana Taveira da Fonseca(55), de Pedro Romano Martinez e de Pedro Fuzeta da Ponte(56): qualquer restrição da prevalência do direito de retenção face a

---

v. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, pp. 426 e 472, e M. Januário da Costa Gomes, "Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca", …, *op. cit.*, pp. 683-684. Note-se que este último acórdão uniformizador pressupôs que o direito de retenção do promitente-comprador é conferido mesmo perante um crédito que não resulte das opções indemnizatórias postas no art. 442.º, do CC, não contradizendo diretamente o enunciado uniformizado nos Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência n.os 4/2014 e 4/2019.

(51) Muitos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça recusaram a restrição à aplicação do art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC, posta na jurisprudência uniformizada, por considerarem que não se estava num litígio em que o cumprimento do contrato-promessa havia sido recusado pelo administrador de insolvência — por todos, *v.* Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de de 8 de fevereiro de 2022 e de 28 de setembro de 2022 (respetivamente, proc. n.os 1559/12.5TBBRG-R.G1.S1, e 98/12.9TYVNG-C.P1.S1).

(52) Cf. Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito, …*, *op. cit.*, pp. 382-383. No mesmo sentido — *v.* Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de abril de 2015 e de 27 de novembro de 2019 (respetivamente, proc. n.os 1187/08.0TBTMR-A.C1.S1 e 1511/12.0TBBRG-E.G1.S1).

(53) Note-se, contudo, que a solução posta no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2014 foi fortemente influenciada "pelo facto de a insolvência implicar, a par da liquidação total da massa insolvente, a convocação universal dos credores" — cf. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de julho de 2015 (processo n.º 1242/10.6YYPRT-A.P1.S1).

(54) *V.* L. Miguel Pestana de Vasconcelos, "Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência", …, *op. cit.*, p. 6.

(55) Cf. Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito, …*, *op. cit.*, pp. 318-324.

(56) Cf. Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de cumprimento*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 230.

hipotecas anteriores apenas poderia ser cogitada *de iure condendo*, que devia ser realizada, porque os motivos conjunturais que levaram à tutela do promitente-adquirente nos termos feitos pelo regime do direito de retenção pré-DL n.º 48/2024 deixaram, desde a década de 1990, de se verificar. Ademais, na perspetiva da atual "crise da habitação", a exigência de medidas que incentivam a construção de novos fogos pede soluções que privilegiam mais construções, o que se faz diminuindo os entraves económicos ao financiamento bancário dos empreiteiros (como era exemplo a preferência da retenção do promitente-adquirente sobre hipotecas anteriores).

Sobre os outros casos de direito de retenção com conexão jurídica que não a posta no art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC, Cláudia Madaleno afirmou que não se justificava a preferência face a hipotecas anteriores, pois a mesma não visava evitar enriquecimentos injustificados(57). Duvidamos que assim seja, pois parece-nos haver certo tipo de casos de retenção de coisas imóveis que, incluindo-se apenas na previsão das als. *c*) a *e*), do n.º 1, do art. 755.º, do CC, a prevalência da retenção sobre hipotecas, mesmo que anteriores, se justifique ao abrigo do princípio de proibição do enriquecimento ilícito. Versar-nos-emos sobre este assunto abaixo, quando abordarmos o conceito de *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservar ou aumentar o valor da coisa*.

4. As alterações ao regime do direito de retenção provocadas pelo DL n.º 48/2024

i. Aspetos introdutórios

I. O DL n.º 48/2024 alterou o regime do direito de retenção sobre coisas imóveis.

Em primeiro lugar, nos termos da nova redação dada ao art. 759, n.º 1, do CC, apesar de se manter o poder na esfera do titular do direito de retenção sobre coisa imóvel de executar a coisa nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, restringe-se a possibilidade de o retentor ser pago com preferência face aos demais credores do devedor apenas aos casos em que a retenção seja relativa a um crédito que assegure o reembolso de despesas para conservar ou aumentar o valor da coisa retida.

---

(57) *V.* Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das garantias reais*, …, *op. cit.*, pp. 178-179.

Em segundo lugar, ao abrigo do art. 759, n.º 2, do CC, o direito de retenção sobre coisa imóvel passa apenas a poder prevalecer sobre hipotecas, ainda que registadas anteriormente, nos casos em que o crédito do retentor assegura o reembolso de despesas para conservar ou aumentar o valor da coisa retida.

II. Numa primeira observação, retira-se que o legislador pretendeu modificar o regime legal subjacente às preferências dadas ao direito de retenção no seu confronto com outras direitos, sejam direitos de crédito (art. 759.º, n.º 1, do CC), sejam hipotecas (art. 759.º, n.º 2, do CC).

Analisando o n.º 1, do artigo referido, se antes qualquer direito de retenção sobre coisa imóvel preferia sobre direitos de crédito, agora não, porque no caso em que o crédito do retentor não assegura o reembolso de despesas para conservar ou aumentar o valor da coisa retida (veremos em baixo que casos são esses), o titular do direito de retenção deixa de se poder fazer pagar em detrimento daqueles que apenas exibam a garantia geral. Depois, no n.º 2, se antes qualquer direito de retenção sobre coisa imóvel prevalecia sobre hipotecas, mesmo que constituídas anteriormente, agora não, pois tamanha prevalência apenas se confere aos direitos de retenção cujo crédito do retentor não assegura o reembolso de despesas para conservar ou aumentar o valor da coisa retida.

A abrangência desta alteração, apenas analisada a letra da lei, não transparece diretamente do preâmbulo do DL n.º 48/2024.

Ora vejamos, de acordo com o preâmbulo do DL n.º 48/2024, partindo-se de um contexto legal em que imperava "prevalência absoluta" do direito de retenção sobre a hipoteca, visou-se com a alteração legislativa proceder ao fortalecimento da hipoteca perante o direito de retenção. Consequentemente, alterou-se "o regime legal no sentido de condicionar a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca anteriormente registada à circunstância de o crédito garantido assegurar o reembolso de despesas feitas com o imóvel que tenham contribuído para o conservar ou para aumentar o respetivo valor"([58]).

Semelhante alcance também não era o que resultava da *Componente 18.3* do Plano de Recuperação e Resiliência ("PRR"), usada pelo legislador como uma das justificações para a modificação do regime do direito de retenção feita pelo DL n.º 48/2024, que apenas refere, no âmbito de entrada em vigor de um quadro jurídico revisto para a insolvência e

([58]) Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho.

recuperação a "revisão do regime de preferência do direito de retenção no confronto com a hipoteca".

É verdade que se entende que o preâmbulo, apesar de ter uma autoridade maior que a dada a outros elementos históricos não qualificados, não possui o mesmo valor que o texto da lei, pois apenas tem o sentido de esclarecimento da determinação legislativa. Deste modo, em caso de contradição entre o texto da lei e o seu preâmbulo, deve-se dar prevalência ao primeiro(59). Contudo, a diferença de amplitude entre a modificação ao regime do direito de retenção que o legislador apresentou no preâmbulo do DL n.º 48/2024 e a que parece resultar da letra da lei pode causar confusões aos operadores judiciários no momento de aplicar as normas alteradas, pelo que devia ter sido evitada.

ii. Crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida

I. O DL n.º 48/2024 introduziu um critério inovador ao regime do direito de retenção de coisa imóvel essencial para aplicação do art. 759.º, n.os 1 e 2 do CC.

No fundo, há que verificar se o direito de retenção é acessório a um *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Se a resposta for positiva, o titular da retenção pode ser pago com preferência face aos demais credores do devedor e a sua retenção prevalece sobre hipotecas, mesmo que constituídas anteriormente.

Dada a tamanha relevância atribuída legalmente ao critério referido, há que proceder então à sua análise mais pormenorizada.

II. Observamos no capítulo anterior que a prevalência concedida pelo art. 759.º, n.º 2, do CC, pré-DL n.º 48/2024, apenas encontrava justificação jurídica no princípio da proibição do enriquecimento indevido.

Assim, nos casos em que não ocorria o risco de se verificar o locupletamento do credor hipotecário à custa do retentor de coisa imóvel, não se alcançava uma razão que nos parecesse válida para a prevalência do direito de retenção de coisa imóvel sobre hipotecas constituídas anteriormente. Parte da doutrina, especialmente focada nos casos de prevalência

---

(59) Cf. José de Oliveira Ascensão, *O direito. Introdução e teoria geral*, 13.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, pp. 408-409.

do direito de retenção conferido ao promitente-comprador, sugeria que, *de iuri condendo*, o critério de prevalência dado na anterior redação do art. 759.º, n.º 2, do CC, devia ser restringido às situações em que efetivamente, pelo princípio da proibição do enriquecimento indevido, se justificava a preferência.

De uma análise da nova solução consagrada no art. 759.º, n.º 2, do CC, que condiciona a prevalência do direito de retenção sobre hipotecas, mesmo que anteriormente registadas, aos casos em que o direito de retenção tem por base um *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, retira-se que o legislador seguiu o repto dado por esta doutrina e restringiu a solução da antiga versão do art. 759.º, n.º 2, do CC, às situações em que o princípio da proibição do enriquecimento indevido o justificava — daí a referência à *conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Tal se conclui igualmente do preâmbulo do DL n.º 48/2024, pois um dos motivos do legislador nesta alteração legislativa foi o "da limitação da prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca anteriormente registada aos casos em que a não consagração desta solução conduz ao locupletamento do credor hipotecário à custa do titular do direito de retenção"([60]).

Constatámos igualmente que determinada doutrina escreveu que a própria natureza do direito de retenção devia ser diferente em função da conexão verificada. Se, nos casos em que a conexão é material, o direito de retenção devia ser um direito real de garantia, sendo a conexão jurídica, seria mais adequada uma natureza meramente obrigacional. Partindo do princípio que a expressão *crédito do retentor que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* preenche-se com maior naturalidade nos casos de conexão material do art. 754.º, do CC, e a sua verificação atribui prevalência à retenção de coisa imóvel sobre direitos de crédito (art. 759.º, n.º 1, do CC), podemos presumir que a intenção subjetiva do legislador foi a de aceder — um tanto quanto sem sucesso, como iremos ver ao longo do artigo — à orientação doutrinária elencada.

Analisando apenas a vontade presumida do legislador, pode-se questionar desde já o porquê de se impor uma dualidade de natureza ao direito de retenção de coisa imóvel, quando os mesmos motivos de se consagrar o direito de retenção derivado de conexão jurídica como um direito de retenção meramente obrigacional também se aplicariam à retenção de coisa móvel.

([60]) Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho.

Deixe-se desde já claro que pensamos que o legislador não pretendeu consagrar subrepticiamente no art. 759.º, n.º 1, do CC, o critério analisado como constitutivo de direito de retenção([61]). Se tal resulta da letra do art. 759.º, do CC, que regula o regime do direito de retenção já constituído, e da história que precedeu a solução legal do DL n.º 48/2024, também deriva do facto de o legislador não ter alterado os arts. 754.º a 757.º, do CC.

III. Será que apenas as retenções de coisa imóvel baseadas numa conexão material estão incluídas no conceito de *crédito do retentor que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida?* Em concreto, situações em que, conjugadamente: 1) o crédito garantido pela retenção resulta de *despesa feita por causa da coisa* (primeiro critério de conexão material posto no art. 754.º, do CC); e que 2) dessa despesa resulta uma *conservação ou aumento do valor da coisa retida*, verificado de forma objetiva. A letra da expressão posta no art. 759.º, n.º 1, do CC, não faz nenhuma referência ao art. 754.º, do CC, nem sequer utiliza exatamente a mesma terminologia. Ademais, pode haver casos não incluídos no art. 754.º, do CC, por não ter sido realizado uma *despesa feita por causa da coisa*, que o princípio da proibição do enriquecimento indevido pode justificar a prevalência da retenção de coisa imóvel sobre hipoteca registada anteriormente.

Normalmente, a expressão *crédito do retentor que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* aplicar-se-á aos casos em que a retenção de coisa imóvel preenche o primeiro critério de conexão material do art. 754.º, do CC, mas não necessariamente([62]). Na grande maioria dos casos, o valor da coisa imóvel conserva-se (face às deteriorações normais do tempo) ou aumenta de forma objetiva por consequência de ações realizadas sobre a coisa. Ou seja, como resultado de ações que se incorporam na coisa. Na lógica do direito de retenção, o crédito que reembolsa as despesas resultantes de ações sobre a

---

([61]) *V.* M. Januário da Costa Gomes, "Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca", …, *op. cit.*, p. 689.

([62]) Parecendo corresponder unilateralmente os casos em que o *crédito do retentor assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* ao direito de retenção posto no art. 754.º, do CC, se bem que abordando a questão apenas na ótica do direito de retenção do promitente-adquirente — *v.* M. Januário da Costa Gomes, "Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca", …, *op. cit.*, p. 689.

coisa é um crédito que advém de *despesas por causa da coisa*(63) e, se essas ações conservam ou aumentam o valor objetivo da coisa, então estamos perante um *crédito do retentor que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. É o caso em que, por exemplo, há um crédito indemnizatório do possuidor por benfeitorias necessárias que haja realizado na coisa imóvel (arts. 216.º e 1273.º, n.º 1, ambos do CC). Preenchendo-se os restantes requisitos constitutivos do direito de retenção, o possuidor pode reter a coisa ao abrigo do art. 754.º, do CC, e o seu crédito é, para efeitos do art. 759.º, do CC, um *crédito que assegura desembolso de despesas que deram azo à conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Note-se, no entanto, que não é por se considerar que se realizou uma benfeitoria(64), nem sequer uma simples intervenção direta sobre a coisa, que o crédito que assegura a despesa da sua realização se possa qualificar como um crédito que *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Em função da associação deste critério ao princípio de proibição do enriquecimento indevido que lhe subjaz, o crédito do retentor tem de corresponder ao desembolso de despesas para a conservação ou aumento objetivo do valor da coisa retida, considerações que, como vimos, não são tidas ao abrigo do art. 754.º, do CC.

Contudo, pensamos igualmente que pode haver casos em que o *crédito do retentor assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* e a conexão entre o crédito do retentor e a coisa retida, não sendo material, por não haver uma *despesa por causa da coisa*, é de natureza jurídica (art. 755.º, n.º 1, do CC).

Imaginemos os seguintes exemplos:

1. Cícero celebrou com Plínio um contrato de depósito de coisa imóvel oneroso. Cícero, o depositário, guarda a coisa, cumprindo o contrato. Vamos imaginar que Cícero não realizou qualquer despesa sobre a coisa, no entanto, o ato de guardar a coisa garantiu, objetivamente, a sua conservação. Plínio não cumpre a obrigação contratual de retribuição e, por isso, Cícero retém o imóvel.

---

(63) Não nos parece que seja possível que, sendo a conexão motivada por *danos causados pela coisa* (conexão material posta na parte final do art. 754.º, do CC), o crédito indemnizatório do retentor possa ser qualificado como *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*.

(64) Definindo benfeitorias como intervenções sobre coisas que implicam alguma forma de melhoramento, posição que aderimos — *v.* José Alberto Vieira, *Direitos reais*, 3.ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2022, p. 194, ss.

2. Octaviano, posto-socorro, remove um veículo automóvel acidentado de uma ravina da estrada e guarda-o nas suas oficinas, pois o seu proprietário, Pompeu, encontra-se hospitalizado por virtude do acidente(65). Enquadrando-se o caso no âmbito de aplicação do instituto da gestão de negócios, Octaviano não realizou qualquer despesa sobre o veículo, no entanto, o ato de guardar a coisa garantiu, objetivamente, a sua conservação. Porque a tarefa de remoção e guarda de um veículo constitui a tarefa profissional de um posto-socorro, a gestão de negócios seria remunerada. Pompeu não cumpre a obrigação de renumeração e, por isso, Octaviano retém o veículo(66).

A pergunta que se coloca é: consistindo o crédito devido pelo depositante, Plínio, ao depositário, Cícero, [art. 1199.º, al. *a*), do CC] um crédito que fundamenta direito de retenção por conexão jurídica, nos termos do art. 755.º, n.º 1, al. *e*), do CC, assim como também acontece com a retribuição devida pelo *dominus* ao gestor de negócios, por aplicação do art. 470.º, n.º 1, do CC [art. 755.º, n.º 1, al. *d*), do CC], podem estes créditos ser qualificados como créditos que *asseguram o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, mesmo não se integrando no art. 754.º, do CC?

Tendo em consideração a letra da lei, mas igualmente a *ratio* que é objetivamente subjacente ao conceito analisado (princípio da proibição do enriquecimento indevido), pensamos que a resposta deve ser positiva.

No caso de depósito oneroso, a retribuição do depositante é pensada no contrato como a compensação material da atividade de guardar a coisa que o depositário realiza(67). Estamos perante um negócio oneroso, que implica esforços económicos de ambas as partes, plasmados porque se perspetivam vantagens patrimoniais correspetivas(68). A retribuição é assim posta no depósito oneroso como elemento que reembolsa a desvan-

---

(65) *V.* Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de abril de 1986 (proc. n.º 073621).

(66) O exemplo configura-se como um caso de direito de retenção a que se aplica o regime da retenção de coisa imóvel, na medida em que os veículos automóveis podem ser objeto de hipoteca [art. 688.º, n.º 1, al. *f*), do CC], mas não de penhor (art. 666.º, do CC).

(67) *V.* Uwe Hüffer, "§ 693 BGB", *in* Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, *et. al.* (org.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 2005, p. 2875.

(68) *V.* Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), 5.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, p. 400, ss., António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, II, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 106, e Jörg Neuer, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 13.ª ed., München, C.H. Beck, 2023, pp. 353-354.

tagem (o substrato material da existência de uma despesa) que o depositário sofreria caso o depósito fosse gratuito, por causa da realização da prestação. Deste modo, se a realização da prestação do depositário garantiu a conservação, então a retribuição enquadra-se literalmente como um crédito que *assegura o reembolso de despesas para a conservação da coisa retida*. Este argumento não pode ser inteiramente aplicado no caso da gestão de negócios, na medida em que não é um contrato oneroso. Contudo, a retribuição do gestor posta no art. 470.º, n.º 1, do CC, visa evitar que o gestor, profissional na área gerida, fique privado de um lucro que conseguiria obter se não tivesse gerido o negócio([69]). Também há aqui um fenómeno de reembolso pela desvantagem (ou seja, pela despesa) que a atividade de gestão (atividade profissional do gestor), que deu azo à conservação da coisa, implica, incluindo-se igualmente na letra do conceito analisado([70]).

Curiosamente, noutro plano, os dois exemplos dados parecem evidenciar a tese de António Menezes Cordeiro sobre uma eventual proximidade entre os casos de conexão material e de conexão jurídica([71]), se bem que cada alínea do art. 755.º, n.º 1, do CC, tem de ser analisada de forma independente. Depois, reforça a ideia que um crédito que *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* não está necessariamente relacionado com a realização de benfeitorias na coisa retida, nem com o fabrico da coisa retida, pois não tem de resultar de intervenções do retentor sobre a coisa. Partindo da letra da lei, estamos nos dois casos perante efetivos créditos que *asseguram o reembolso de despesas para a conservação do valor da coisa retida* sem que a retenção seja constituída ao abrigo do critério da conexão material posto no art. 754.º, do CC.

Por outro lado, verificando que o conceito analisado foi introduzido pelo legislador no seguimento da ideia de que a prevalência do direito de

---

([69]) Cf. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, "Gestão de Negócios", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 66 (1957), p. 216.

([70]) Note-se que, assim, o conceito de *despesa* usado no art. 759.º, n.º 1, do CC, é mais amplo que o usado nos arts. 468.º, n.º 1, e 1199.º, n.º 1, al. *b*), ambos do CC. Por outras palavras, não é por estarmos perante um crédito de retribuição (no deposito oneroso) ou de renumeração (no caso de gestão de negócios) e não perante um crédito que seja derivado da obrigação de reembolso de **despesas** que fundamentadamente o depositário ou gestor de negócios tenham considerado indispensáveis [arts. 468.º, n.º 1, e 1199.º, n.º 1, al. *b*), ambos do CC], que pensamos que não se deva qualificar esse primeiro crédito como um crédito que *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida,* se a prestação principal do depósito oneroso ou a atuação do gestor renumerado, correspondendo à sua atuação profissional, der azo, por si só, à conservação ou aumento objetivo do valor da coisa.

([71]) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, X, …, *op. cit.*, p. 842.

retenção sobre hipotecas anteriores é materialmente justificada pelo princípio da proibição do enriquecimento indevido, então mais razão há para a inclusão dos exemplos apresentados na expressão créditos que *asseguram o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Efetivamente, parece-nos que neles existe efetivamente o risco de enriquecimento indevido do credor hipotecário se não for dada prevalência ao direito de retenção sobre hipoteca constituída anteriormente, pois não sendo dada, o valor resultante da venda judicial da coisa retida caberá em primeiro lugar ao credor hipotecário, que beneficia assim da conservação conseguida. A situação torna-se problemática se o valor da venda judicial for menor ou igual ao do crédito garantido pela hipoteca, pois o retentor depositário não verá o valor da coisa atribuído em primazia a si para satisfação do seu crédito intimamente relacionado com a conservação da coisa.

Deve também deixar-se claro que há pelo menos um caso de retenção fundada numa conexão jurídica do art. 755.º, n.º 1, do CC, em que excluímos a possibilidade de o crédito do retentor ser qualificado como um *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Referimo-nos à retenção do promitente-adquirente posta no art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC. A bem ver, não pensamos que o crédito do retentor, resultante do não cumprimento do contrato-promessa pelo promitente-transmissário, possa ser literalmente qualificado como um crédito que *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Depois, os requisitos constitutivos desta retenção não evidenciam que seja possível haver casos em que, pela não prevalência do direito de retenção face a hipotecas, mesmo que constituídas anteriormente, se verifique um risco de locupletamento do credor hipotecário à custa do retentor de coisa imóvel. Em função do debate sobre a prevalência do direito de retenção do promitente-adquirente relativamente às hipotecas anteriores, aplaudimos esta solução.

No cômputo global, o DL n.º 48/2024 optou bem por não consagrar um critério para a atribuição das prevalências elencadas ao direito de retenção de coisa imóvel que funcionasse em razão da aplicação dos arts. 754.º ou 755.º, ambos do CC, acabando por abranger casos de retenção do art. 755.º, do CC, em que se justificava efetivamente a preferência da retenção sobre hipotecas anteriores, apesar de, eventualmente, essa não ter sido a intenção subjetiva do legislador([72]).

([72]) Que, no domínio da interpretação, tem apenas um relevo subalterno — *v.* José de Oliveira Ascensão, *O direito. Introdução e teoria geral*, …, *op. cit.*, p. 401.

IV. O segundo aspeto que pensamos ser de interesse abordar pode ser introduzido com o exemplo do direito de retenção do empreiteiro.

Não discutiremos aqui se o regime civil concede um direito de retenção ao empreiteiro. A maioria da doutrina e da jurisprudência concluem que sim, afirmando que o preço da empreitada é uma despesa feita por causa da coisa, integrando-se, assim, como um exemplo de conexão material do art. 754.º, do CC([73]). Esta é uma solução que seguimos. Aliás, dizemos mais, o art. 754.º, do CC, não afasta da sua aplicação os casos em que ambos os créditos correspetivos (crédito do retentor e crédito de entrega da coisa retida) derivem do mesmo contrato, desde que se verifique uma conexão material entre a coisa e o crédito do retentor([74]).

Ora, sobre o ponto que nos interessa, saber se o crédito do empreiteiro pode ser considerado um *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* depende do resultado da empreitada no valor objetivo da coisa. Normalmente, tal será o caso perante empreitadas de conservação, melhoramento e construção. Aliás, quando a lei se refere a *despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa* não pressupõe que a coisa exista antes da despesa ser realizada([75]). Ademais, sabendo que a hipoteca que tem por objeto uma coisa rústica sem construção estende-se à construção posterior que se faz sobre essa coisa([76]), a qual, aliás, aumenta normalmente e de forma objetiva o valor da coisa, excluir o crédito do empreiteiro que reteve a coisa construída da qualificação *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa* potenciaria o risco de locupletamento do credor hipotecário à custa do retentor. Isto aconteceria a não ser que, estando preenchidos os pressupostos da redução judicial da hipoteca, o empreiteiro, interessado na redução, a requeresse [art. 720.º, n.º 2, al. *b*), do CC].

Outro problema interessante põe-se porque o preço nestas empreitadas não corresponde materialmente às despesas que o empreiteiro teve na obra.

([73]) Em pormenor, sobre este debate — *v.* Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das garantias reais*, …, *op. cit.*, pp. 241-261.

([74]) Cf. Ana Taveira da Fonseca, "Artigo 754.º", *in* José Brandão Proença (org.), *Comentário ao Código Civil, direito das obrigações: das obrigações em geral*, reimp., Lisboa, UCP Editora, 2021, pp. 1007-1008.

([75]) Por referência à possibilidade de direito de retenção do empreiteiro — *v.* L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, p. 396.

([76]) Sobre a extensão do objeto das hipotecas a construções, equiparando-as a benfeitorias para os efeitos do art. 691.º, n.º 1, al. *c*), do CC — *v.* Isabel Menéres Campos, "Artigo 691.º", *in* José Brandão Proença (org.), *Comentário ao Código Civil, direito das obrigações: das obrigações em geral*, reimp., Lisboa, UCP Editora, 2021, p. 923.

Inclui igualmente o *lucro* do empreiteiro. Assim, podem surgir reservas na aplicação do regime de preferências associado ao *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* à parte do preço que corresponda apenas ao lucro do empreiteiro.

Vejamos, o lucro não se configura como *despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Depois, a lógica do princípio da proibição do enriquecimento indevido favorece uma visão que deixa o lucro *de fora da equação*, pois a prevalência da hipoteca anterior face à retenção no que se refere à parte do crédito do retentor que é lucro não propicia o risco de locupletamento do credor hipotecário à custa do retentor.

Contudo, pensamos que a resposta pode ser encontrada no pensamento de Calvão da Silva. Este Autor, abordando a possibilidade de direito de retenção do empreiteiro, escreveu que não se justificava estar, dentro do preço, a separar aquilo que seria os custos dos materiais, retribuição dos serviços prestados e lucro do empreiteiro para efeitos de atribuição do direito de ser pago com preferência pelo valor da coisa objeto da empreitada(77). Primeiro porque, "dificilmente se saberá onde acaba a retribuição do trabalho e serviços incorporados na coisa (…) e onde começa o lucro"; depois porque a lei "fala de *crédito resultante de despesas feitas por causa da coisa e não propriamente do crédito das despesas*"(78). O primeiro argumento é inteiramente aplicável ao problema que temos em mãos. O segundo tem de ser confrontado com a expressão *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*.

Bem vistas as coisas, parece-nos que o legislador, ao se referir ao crédito que *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, está a nele incluir o lucro da empreitada. Consideramos que a resposta deve ser esta pois a lei não faz referência direta ao *crédito das despesas*, mas sim ao *crédito que assegura o reembolso de despesas* e, na lógica contratual da empreitada, negócio oneroso, o lucro do empreiteiro inclui-se no preço, todo ele considerado materialmente pelo empreiteiro que celebrou o contrato como a vantagem económica mínima para o reembolsar das despesas psicológicas, materiais, temporais, etc., que a realização da sua prestação principal implica. Se o cumprimento da pres-

---

(77) *V.* João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Separata do Vol. XXX do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1987, p. 342, ss. Esta posição foi seguida no Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de janeiro de 2014 (proc. n.º 1407/09.3TBAMT.E1.S1). Tomando uma posição contrária — *v.* Ana Taveira da Fonseca, "Artigo 754.º", …, *op. cit.*, p. 1008.

(78) Cf. João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, …, *op. cit.*, p. 343.

tação principal da empreitada deu azo à conservação ou aumento do valor da coisa, então todo o preço constitui o crédito que *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa*.

Note-se que este raciocínio não se aplica apenas ao direito de retenção do empreiteiro. Ele tem igual importância perante todas as retenções integradas no quadro de uma relação jurídica que deriva de contratos onerosos sinalagmáticos ou de uma gestão de negócios remunerada, independentemente de estarmos num caso de retenção do art. 754.º, do CC, ou do art. 755.º, do CC. Veja-se que a dúvida na qualificação do lucro como *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* pode ser colocada, por exemplo, no caso de depósito oneroso ou da gestão de negócios remunerada que acima apresentámos, aplicando-se, a nosso ver, a mesma resposta que coube ao lucro no preço da empreitada para solucionar a contenda.

iii. A prevalência dada ao direito de retenção de coisa imóvel em confronto com direitos de crédito e com a hipoteca e a sua qualificação

I. Tratado o critério que faz espoletar o novo regime de preferência do direito de retenção de coisa imóvel, é chegado o momento de analisar as preferências que a lei retira ao direito de retenção de coisa imóvel no seu confronto com os direitos de crédito e com a hipoteca.

II. Como vimos, a alteração que o DL n.º 48/2024 realizou no CC restringiu a preferência dada ao direito de retenção de coisa imóvel em confronto com direitos de crédito, pois, no regime atual, o retentor pode ser pago com preferência aos demais credores do devedor apenas quando o *crédito do retentor assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. O mesmo aconteceu na prevalência dada ao direito de retenção de coisa imóvel em confronto com a hipoteca, mesmo que constituída anteriormente. Tal não era o caso no regime anterior, no qual o retentor de toda a retenção sobre coisa imóvel fundada no CC podia ser pago, com o valor da venda judicial da coisa, em preferência face aos demais credores do devedor e tinha sempre preferência sobre a hipoteca, mesmo que constituída anteriormente.

Contudo, há um aspeto da norma que se mantém intocado pela alteração legislativa analisada: o retentor de coisa imóvel, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar tal como o credor hipote-

cário, independentemente de o crédito do retentor *assegurar o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*.

Esta é a interpretação que resulta do confronto entre as duas versões do art. 759.º, do CC, respetivamente, prévias e posteriores ao DL n.º 48/2024.

III. Cabe resolver uma pelo menos aparente contradição existente no art. 759.º, n.os 1 e 2, do CC.

A que contradição nos referimos? O CC afirma que em todos os casos de retenção de coisa imóvel, o retentor, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar tal como o credor hipotecário. Por outro lado, só nas situações em que o crédito do retentor de coisa imóvel *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* é que o retentor tem o direito a ser pago pelo valor da coisa com prevalência face aos demais credores do devedor e face a hipotecas, mesmo que registadas anteriormente. O problema é que o credor hipotecário tem o direito a ser pago com preferência face aos demais credores do devedor pelo preço da venda judicial da coisa hipotecada, bem como em preferência face aos demais credores hipotecários que tenham, sobre a mesma coisa, hipotecas registadas posteriormente à sua.

Numa primeira observação, pensamos que esta contradição é meramente aparente, pois o objeto a que estas três partes do art. 759.º, n.os 1 e 2, do CC, se referem é distinto. A primeira parte, alude à faculdade de execução da coisa, *i.e.* o poder de requerer a penhora da coisa e o poder de promover a sua venda judicial de modo a realizar o valor da obrigação incumprida(79), nos termos próprios em que o pode fazer o credor hipotecário; a segunda e a terceira parte, apontam para as normas de direito material que estabelecem a preferência do credor retentor sobre os restantes credores do devedor, assim como sobre o credor hipotecário, na distribuição do valor da venda judicial da coisa retida.

Ao aludir à faculdade de execução da coisa tal como o credor hipotecário, pensamos que, essencialmente, o artigo faz referência ao disposto no art. 752.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (doravante, "CPC")(80).

---

(79) *V.* António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, X, …, *op. cit.*, pp. 614-615.

(80) Admitindo-se a retenção de coisa de terceiro e a oponibilidade do direito de retenção contra o terceiro adquirente da coisa fora da execução, a referência à *faculdade de execução da coisa tal como o credor hipotecário* remeterá nestes casos o intérprete, não para o art. 752.º, n.º 1, do CPC, mas sim para o art. 54.º, n.º 2, do CPC, que atribui legitimidade passiva ao terceiro proprietário do bem objeto de garantia não titular da obrigação na ação executiva. Sobre o art. 54.º, n.º 2, do CPC — *v.* Rui Pinto, *A ação executiva*, reimp., Lisboa, AAFDL Editora, 2023, pp. 286-289.

De acordo com a letra do art. 752.º, n.º 1, do CPC, se o retentor interpuser uma ação executiva contra o devedor, para execução da dívida que fundamentou a retenção, a penhora iniciar-se-á pela coisa retida, desde que esta pertença ao devedor. O artigo mencionado tem uma íntima relação com a norma estatuída no art. 697.º, do CC, que confere ao devedor dono da coisa hipotecada o direito de se opor a que outros bens sejam penhorados na execução enquanto não se reconhecer a insuficiência da coisa objeto da garantia([81]). Ambos são manifestações da chamada subsidiariedade forte invertida: havendo garantia real, só se pode executar o bem objeto da garantia; apenas se passa para o património do devedor na insuficiência daquela([82]). Aliás, por mera referência à letra da lei atual, esta característica é aplicável à hipoteca, ao penhor (art. 678.º, do CC), e consequentemente, à retenção de coisas móveis (art. 758.º, do CC), e também a todas as retenções de coisas imóveis (n.º 3, do art. 759.º, do CC). Nesta lógica, faz sentido que o legislador tenha mantido o pressuposto negativo presente no art. 756.º, al. *c*), do CC, i.e., que não há direito de retenção relativamente a coisas impenhoráveis, para o direito de retenção que analisamos.

Ao referir que só nos casos em que o crédito do retentor de coisa imóvel *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* é que o retentor tem o direito a ser pago pelo valor da coisa retida com prevalência face aos demais credores do devedor, o art. 759.º, n.º 1, do CC, visa recusar aos restantes casos de direito de retenção sobre coisas imóveis a qualidade de causa legítima de preferência no concurso de credores, integrando estes retentores no seio do princípio geral da *par condicio creditorum*. Pensamos que esta estatuição legal, confrontada com o regime do direito executivo, não é tão óbvia como a norma quer fazer parecer, mas trataremos melhor em baixo sobre este ponto.

Ao estabelecer que só nos casos em que o crédito do retentor de coisa imóvel *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* é que o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada, pretende-se restringir os casos

---

([81]) Contudo, apesar de o art. 697.º, do CC, visar proteger o devedor, consagrando na sua esfera uma exceção em sentido próprio, o art. 752.º, n.º 1, do CPC, consagra esta tutela de uma outra forma, pois obriga a que a penhora se inicie pelos bens do devedor executado objeto de retenção realizada pelo exequente — *v.* António Menezes Cordeiro, "Artigo 697.º", *in* António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, Vol. II, Lisboa, Almedina, 2021, p. 859, e José Lebre de Freitas, Armindo Ribeiro Mendes e Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. 3.º, Coimbra, Almedina, 2022, p. 567.

([82]) *V.* António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, X, …, *op. cit.*, pp. 188-189.

excecionais de prevalência de um direito real constituído posteriormente sobre um direito real anterior ao direito de retenção de coisa imóvel que o crédito do retentor *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Na linha do que escrevemos acima, houve a intenção de limitar os casos abrangidos por esta exceção aos em que o princípio do enriquecimento indevido pede efetivamente uma preferência da retenção de coisa imóvel sobre hipotecas anteriores. Ademais, o art. 759.º, n.º 2, do CC, vai mais além: rejeita a prevalência do direito de retenção de coisa imóvel sobre qualquer hipoteca, posterior ou anterior, quando o crédito do retentor de coisa imóvel não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, até porque não faria sentido não prevalecer sobre os credores comuns do devedor e preferir sobre hipotecas anteriores(83).

Na esteira de M. Januário da Costa Gomes, o que agora parece ocorrer é que o direito de retenção analisado "claudica em sede de preferência em situações de graduação de créditos, mormente perante a hipoteca"(84), apesar do art. 604.º, n.º 2, do CC, continuar a referir o direito de retenção como uma causa legítima de preferência, sem distinguir os diversos tipos de retenção. A natureza enunciativa(85) e dispensável do art. 604.º, n.º 2, do CC, que agrupa causas legítimas de preferência estabelecidas no regime próprio dos direitos reais de garantia referidos, assim como o carácter excecional das normas que estabelecem uma causa legítima de preferência no concurso de credores em confronto ao princípio geral da *par condicio creditorum*, impedem que deste artigo se retire uma orientação contrária à expressa. Contudo, teria sido útil, para evitar dúvidas, que o legislador tivesse igualmente modificado o art. 604.º, n.º 2, do CC, adequando-o às alterações consagradas pelo DL n.º 48/2024.

IV. Será que, assim, um direito de retenção de coisa imóvel nos casos em que o crédito do retentor de coisa imóvel não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da*

---

(83) Contra — v. Isabel Cristina Vasconcelos, *Hipoteca e direito de retenção em face da insolvência do promitente-vendedor*, Coimbra, Almedina, 2025, p. 100.

(84) Cf. M. Januário da Costa Gomes, "Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca", …, *op. cit.*, p. 689.

(85) António Menezes Cordeiro usa a expressão "enumerar" ao comentar o art. 604.º, n.º 2, do CC — *v.* António Menezes Cordeiro, "Artigo 604.º", *in* António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, Vol. II, Lisboa, Almedina, 2021, p. 669.

coisa retida continuaria a poder ser qualificado como um direito real de garantia?

Vejamos as definições de direito real de garantia apresentadas pela doutrina portuguesa. De acordo com algumas dessas definições, os direitos reais de garantia são, em traços gerais, direitos que conferem uma preferência sobre todos os credores comuns do devedor relativamente ao valor de uma coisa, para pagamento de um crédito do seu titular(86). Deste modo, este direito de retenção não poderia continuar a ser qualificado como um direito real de garantia, pois não atribui esta preferência. No entanto, para outros a preferência do titular do direito real de garantia sobre o valor da coisa face aos credores comuns do devedor é apontada não como um elemento da sua definição, mas como uma característica do seu regime(87), ou consequência do conceito de direito real(88), associada à afetação da coisa ao titular do direito real de garantia(89). É o caso dos Autores que qualificam os direitos reais de garantia como os direitos que conferem o poder de, mediante um ato de disposição da coisa (nos termos da lei processual), assegurar a realização de uma obrigação à custa do valor dessa coisa(90).

Por exemplo, para António Menezes Cordeiro, um direito real de garantia constitui uma permissão normativa específica de aproveitamento de uma coisa corpórea, em termos de assegurar o cumprimento de uma obrigação(91). Porque o aproveitamento de uma coisa visa assegurar o cumprimento de uma obrigação (função de garantia), isto significa que esse aproveitamento é limitado, variando, aliás, em concreto, em função do direito em causa(92). O direito real de garantia proporciona sempre a faculdade de execução de uma coisa para realização de um crédito. Contudo, são as prerrogativas reais associadas à natureza real do direito que justificam a

---

(86) *V.* Carlos Mota Pinto, *Direitos reais*, (por Álvaro Moreira e Carlos Fraga), Coimbra, Almedina, 1971, p. 135, ss, Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 255, A. Santos Justo, *Direitos reais*, 7.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2020, p. 57, Luís Menezes Leitão, *Direitos reais*, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 96, e L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, …, *op. cit.*, p. 68.

(87) *V.* Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações reais e ónus reais*, Coimbra, Almedina, 1990, *Obrigações reais e ónus reais*, …, *op. cit.*, p. 78, José Alberto Vieira, *Direitos reais*, ..., *op. cit.*, p. 303.

(88) Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito civil: reais*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 629.

(89) *V.* José Alberto Vieira, *Direitos reais*, ..., *op. cit.*, p. 303.

(90) *V.* Pires de Lima, *Lições de direito civil: direitos reais*, (por David Augusto Fernandes), 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1958, p. 59, Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações reais e ónus reais*, …, *op. cit.*, p. 76, e José Alberto Vieira, *Direitos reais*, …, *op. cit.*, p. 100.

(91) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, X, …, *op. cit.*, p. 614.

(92) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, X, …, *op. cit.*, p. 614.

atribuição de uma prevalência na realização da coisa face aos credores que apenas exibam a garantia geral(93). Por outras palavras, por ser inerente a uma coisa corpórea, um direito real prevalece sobre os direitos de crédito(94).

O que pretendemos discernir é a inclusão da prevalência dos direitos reais de garantia sobre os direitos de crédito como um elemento essencial de um direito real de garantia — achamos que tal não deve ser o caso. O fenómeno de prevalência está de facto associado ao conteúdo do regime de cada um dos direitos reais de garantia perante um conflito com outros direitos, conteúdo esse que é justificado pela característica da inerência, presente nos direitos reais. Por exemplo, para Paulo Cunha, um direito real de garantia seria o direito que atribui ao seu titular os poderes necessários para que o valor de uma coisa fique adstrito à garantia de um crédito do titular do direito(95). Um desses poderes consiste na possibilidade de o seu titular dar a coisa, objeto do direito real de garantia, diretamente à execução. Outro, o de pelo valor da coisa, o credor fazer-se pagar preferencialmente(96). Para Pires de Lima, "O direito real **confere** ao seu titular o direito de excluir em primeiro lugar todos aqueles que têm somente um direito de crédito e em seguida todos os que têm um direito real posterior" (sublinhado nosso)(97). Tudo conjugado, o direito real de garantia não o é por ser prevalente, mas concede prevalência. No entanto, analisados os regimes específicos de figuras comummente qualificadas como direitos reais de garantia, verificamos que não seguem à risca a preferência típica dos direitos reais sobre outros direitos, sem haver consequências de maior para a sua qualificação como direito reais de garantia: é o caso dos privilégios mobiliários gerais do art. 736.º, do CC, que, não sendo direitos reais, prevalecem sobre privilégios creditórios especiais, direitos reais de garantia [art. 747.º, n.º 1, al. *a*), do CC](98).

Perante este estado de coisas, parece-nos que não há obstáculo à qualificação do direito de retenção de coisa imóvel nos casos em que o crédito do retentor de coisa imóvel não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* como um direito real de garantia apenas por não este conferir ao seu titular uma causa legítima de prevalência no concurso de credores. Voltando à definição de António Menezes Cordeiro, a qualificação como um direito real de garantia depen-

---

(93) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, X, …, *op. cit.*, p. 615.

(94) Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito civil: reais*, …, *op. cit.*, pp. 628-631, e António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, XIII, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 271-273.

(95) Cf. Paulo Cunha, *Da garantia das obrigações*, Tomo II, …, *op. cit.*, p. 123.

(96) Cf. Paulo Cunha, *Da garantia das obrigações*, Tomo II, …, *op. cit.*, p. 132.

(97) Cf. Pires de Lima, *Lições de direito civil: direitos reais*, …, *op. cit.*, pp. 54-55.

(98) *V.* Luís Menezes Leitão, *Direitos reais*, …, *op. cit.*, p. 53.

derá sim deste direito traduzir-se numa permissão normativa específica de aproveitamento de uma coisa corpórea, em termos de assegurar o cumprimento de uma obrigação. Os direitos reais de garantia asseguram o cumprimento de uma obrigação atribuindo ao seu titular os poderes de requerer a penhora da coisa objeto do direito e de "promover a sua venda judicial, de modo a realizar o valor correspondente ao da obrigação inadimplida"([99]). Agora, o grau em que se efetivamente *assegura* o cumprimento de uma obrigação varia conforme o regime de cada direito real de garantia e também da realidade da situação concreta. Na prática, a existência de um direito real de garantia pode até não assegurar o cumprimento de uma obrigação se existirem sobre a mesma coisa outros direitos reais de garantia graduados acima do primeiro que, se exercidos, consomem na totalidade o valor da coisa. Não é pela variação deste grau que estas figuras deixam de ser qualificadas como direitos reais de garantia.

Vendo bem a coisa, o direito de retenção de coisa imóvel em que o crédito do retentor não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, confere os poderes de requerer a penhora da coisa objeto do direito e de promover a sua venda judicial, de modo a realizar o valor correspondente ao da obrigação inadimplida. Por referência à expressão legal *faculdade de executar a coisa, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário*, este retentor pode promover diretamente a venda judicial do específico bem objeto da retenção, de modo a realizar o valor correspondente ao da obrigação incumprida. Ou seja, sendo patente que este direito de retenção consiste na permissão normativa específica de aproveitamento de uma coisa, esse aproveitamento visa assegurar o cumprimento de uma obrigação, consagrando-se como um direito real de garantia.

Por outro lado, este direito de retenção assegura o cumprimento da obrigação porque, normalmente e como acima referido, a retenção da coisa tem associado a si uma função compulsória([100]), que se propõe a tutelar o interesse do credor no cumprimento.

([99]) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, X, …, *op. cit.*, pp. 614-615.

([100]) Por vezes qualificada como uma garantia indireta — *v.* Inocêncio Galvão Telles, "O direito de retenção no contrato de empreitada", *O direito*, anos 106 a 119 (1987), pp. 13-34, pp. 16-17. Esta discussão é tida face à exceção de não cumprimento. Afirmando que, por força da sua função compulsória, a exceção de não cumprimento constitui uma garantia indireta — *v.* Luís de Menezes Leitão, *Garantias das obrigações: relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 309-310. Negando a sua qualificação como garantia, porque a exceção não alarga nem refina a massa patrimonial responsável — *v.* M. Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 79.

V. Definido este direito de retenção como um direito real de garantia, será que constitui uma garantia real? A pergunta pode parecer sem utilidade, porque é hoje prevalente na doutrina a ideia de que sempre que existe um direito real de garantia há uma garantia real. Contudo, pensamos que há interesse em colocar a questão perante um direito de retenção de coisa imóvel nos casos em que o crédito do retentor de coisa imóvel não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, até porque os conceitos de direito real de garantia e de garantia real não são coincidentes(101). É que chegados ao ponto em que concluímos estar perante um direito real de garantia, podemos não estar perante uma garantia real.

O busílis da interrogação parte da ideia de que toda a garantia real tem a si associado um título de preferência. Apesar de indicar, como escrevemos em cima, que um direito real de garantia seria o direito que confere ao seu titular os poderes necessários para que o valor de uma coisa ficasse adstrito à garantia de um crédito do titular do direito, Paulo Cunha afirmava que uma garantia real existe quando encontramos a vinculação ou afetação de bens quer do próprio devedor quer de terceiro ao pagamento preferencial de certas dívidas(102). Por sua vez, M. Januário da Costa Gomes indicou que uma garantia real deve corresponder à reserva de um objeto de satisfação preferencial(103). Este pensamento vem na esteira de um outro que defende que "Falar em *garantia* (…) supõem necessariamente que haja um aumento da possibilidade ou da probabilidade da satisfação do crédito", que se consegue, por exemplo, através da *reserva* de determinado bem(104). Sendo que a ideia de *reserva* de uma coisa está associada à preferência que o titular da garantia real tem sobre o valor do bem objeto da garantia(105). No fundo, para esta visão, é através de um título de preferência que uma garantia real se constitui como uma garantia, pois, só assim, se refina a massa patrimonial responsável, de modo a aumentar a probabilidade da receção da prestação devida(106).

---

(101) Cf. Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, …, *op. cit.*, p. 255.

(102) Cf. Paulo Cunha, *Da garantia das obrigações*, Tomo II, …, *op. cit.*, pp. 9-11, 113, 117-118.

(103) *V.* M. Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 18, 46-47.

(104) Cf. M. Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, …, *op. cit*., p. 1212.

(105) Cf. Fritz Baur, *Lehrebuch des Sachenrechts*, 10.ª ed., München, C.H. Beck, 1978, p. 300, e L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, …, *op. cit.*, p. 71.

(106) Utilizando a expressão "posição jurídica adicional" e "refinar a massa patrimonial responsável" — *v.* M. Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, …, *op. cit.*, pp. 47 e 79.

Como vimos, o direito material não atribui uma preferência genérica do retentor sobre o bem retido quando estamos perante um direito de retenção de coisa imóvel em que o crédito do retentor não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Por causa disto, o reforço qualitativo que este direito de retenção dá ao seu titular na probabilidade de satisfação do seu crédito é diminuto face ao tipicamente, e em abstrato, dado pelas restantes garantias reais(107).

Contudo, existe algum aumento de probabilidade de satisfação do crédito por causa da retenção de coisa imóvel em que o crédito do retentor não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* em comparação com um simples credor comum do devedor. Se o art. 759.º, n.º 1, do CC, continua a conferir a esta retenção a *faculdade de executar a coisa, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário*, a penhora (aqui a da coisa imóvel retida) constitui legalmente uma causa legal autónoma de preferência (art. 822.º, do CC), sendo que os restantes credores comuns do devedor não são chamados à execução(108). Ademais, o retentor desta retenção vê tutelado o controlo material da coisa imóvel retida(109), continuando a ser um *direito sobre uma coisa*(110), e, pode materialmente protegê-la de deteriorações. É verdade que a preferência posta no art. 822.º, do CC, reporta-se à penhora, não ao direito de retenção, mas é por força deste direito de retenção que se tem juridicamente tutelada uma certa posição sobre a coisa que faculta ao retentor o seu controlo e a sua proteção fáctica e lhe possibilita que *leve a coisa* à ação executiva, na qual gozará, depois da penhora da coisa retida, a preferência posta no art. 822.º, do CC, em prejuízo dos restantes credores comuns do devedor e de quem apresente garantia real sobre a coisa posterior à penhora.

Por isso, pensamos que este direito de retenção pode ser categorizado como atribuindo ao seu titular uma garantia real, pelo menos, *num sentido*

---

(107) Utilizando a expressão de L. Miguel Pestana de Vasconcelos — *v.* L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, …, *op. cit.*, p. 67, ss.

(108) Cf. Carolina Cunha, *A* par condicio creditorum *como igualdade formal dos credores: expectativa vs. realidade: do cumprimento voluntário à insolvência-liquidação*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 52-53.

(109) Gozando inclusivamente de mecanismos de tutela do possuidor — *v.* Luís de Menezes Leitão, *Garantia das obrigações*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 240.

(110) Qualificando *garantias reais* como as garantias que consistem na atribuição de um direito sobre uma coisa por forma a assegurar um crédito — *v.* Peter Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten: Sachen und Rechte, Personen*, 10.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2021, pp. 4-5.

amplo(111), o que não lhe retira a qualificação de um autêntico direito real de garantia, pois a definição de direito real de garantia acima seguida, uma permissão normativa específica de aproveitamento de uma coisa corpórea, *em termos de assegurar o cumprimento de uma obrigação*, faz apenas depender a qualificação de um direito real de garantia da funcionalização do aproveitamento da coisa à diminuição do risco de uma obrigação, e tal é realizado em parte pelo que indicámos ser o substrato subjacente à garantia real definida *num sentido amplo*.

V. Se esta distinção de referências do novo art. 759.º, n.º 1, do CC, e a natureza do direito de retenção de coisa imóvel em que o crédito do retentor não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* como direito real de garantia parece ser formalmente correta, ela pode suscitar a seguinte dúvida material.

A subsidiariedade forte invertida, apesar de tutelar o devedor, justifica-se porque há uma coisa sua especialmente afeta ao cumprimento de uma obrigação(112), ou seja, é uma manifestação da inerência própria de um direito real de garantia. Também o parece ser a prevalência do direito real sobre um direito de crédito, pelo menos de acordo com Oliveira Ascensão e com António Menezes Cordeiro. Podem então estas duas expressões da inerência não coexistir na mesma figura real?

Pensamos que sim. Na verdade, as manifestações da inerência própria de um direito real de garantia que elencámos revelam o grau de ligação com a coisa que o regime jurídico do direito real em causa transmite. A verificação de uma não implica necessariamente a outra, o grau de inerência próprio do direito em causa é que é menor. Este direito real de garantia é expressão disso mesmo, pois, pelo seu regime, o direito de retenção de coisa imóvel em que o crédito do retentor não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* não tem uma ligação com a coisa objeto do direito tão intensa como outros direitos reais de garantia, por exemplo, a hipoteca ou uma retenção de coisa móvel.

---

(111) Usando a expressão *garantia em sentido amplo* — *v.* L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, …, *op. cit.*, pp. 685-686.

(112) Cf. José Lebre de Freitas, Armindo Ribeiro Mendes e Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. 3.º, Coimbra, Almedina, 2022, p. 566.

VI. A atribuição de natureza real a este direito de retenção traz algumas valências na análise de certos aspetos desta figura. Em concreto, sobre a sua oponibilidade *erga omnes*: deve este direito de retenção, depois de constituído, manter-se com todas as suas características mesmo que a coisa retida seja alienada a terceiro fora do quadro de uma ação executiva?

Vejamos, um direito real é um direito inerente a uma coisa. Este direito de retenção continua a ser um direito a que se pode indubitavelmente dizer como inerente a uma coisa, existindo sempre em conexão com a coisa retida e extinguindo-se, por exemplo, quando a coisa retida se destrói na sua totalidade(113). Consequência dinâmica da inerência está a sequela, que nos diz que havendo a conexão entre a coisa e o direito, o titular pode atingir a coisa onde ela estiver(114).

Contudo, vimos igualmente em cima que as manifestações de inerência com a coisa que este direito perpassa é menor face aos outros direitos de retenção. Ademais, Júlio Gomes argumenta que apenas nos casos em que a conexão entre a coisa e o crédito do retentor é de ordem material (art. 754.º, do CC) é que se justifica a oponibilidade *erga omnes* do direito de retenção, porque só aí há uma relação direta entre a coisa e o crédito retido, a ponto de se poder quase dizer que o crédito do retentor deve "seguir" a coisa, independentemente de já não ser propriedade do devedor(115). Fundada numa mera relação contratual, seria mais difícil aceitar uma retenção oponível *erga omnes* e, a ser defendida, serviria para, na prática, substituir um devedor sem um fundamento justificado para o efeito, pois o novo proprietário da coisa, não sendo o devedor do retentor, teria de realizar a prestação do devedor perante o retentor para poder ver a sua coisa restituída(116).

O que dizer sobre isto? Em primeiro lugar, este direito de retenção continua a conter manifestações de inerência, próprias de um direito real que é(117). Por outro lado, apesar de apelativa, a argumentação de Júlio

---

(113) Cf. Francisco Rocha, "Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria", …, *op. cit.*, p. 616.

(114) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, XIII, …, *op. cit.*, p. 268, e *Tratado de direito civil*, X, …, *op. cit.*, p. 615

(115) Cf. Júlio Gomes, "Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz…)", …, *op. cit.*, p. 13.

(116) Cf. Júlio Gomes, "Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz…)", …, *op. cit.*, p. 16.

(117) Maria de Lurdes Pereira e Pedro Múrias parecem defender que, se não é dada oponibilidade *erga omnes* a um direito de retenção é porque aquele direito não se chegou a constituir como um direito real de garantia, apenas pode ser um direito de retenção obrigacional — v. Maria de Lurdes Pereira e Pedro Múrias, "Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento", …, *op. cit.*, p. 190.

Gomes não pode ser totalmente transcrita para este direito de retenção, pois, de acordo com o suprarreferido, não há uma total correspondência entre a aplicação dos arts. 754.º e 755.º, ambos do CC, e o crédito do retentor, respetivamente, assegurar ou não assegurar *o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Ademais, a oponibilidade *erga omnes* garante igualmente a eficácia funcional do direito de retenção, especialmente a sua função compulsória que se mantém neste direito de retenção. Por fim, o facto deste direito de retenção não conceder prevalência sobre os direitos de crédito não pode ser um argumento contra a oponibilidade *erga omnes*, pois aqui estamos perante o domínio da sequela, manifestação da inerência diferente da prevalência sobre os direitos de crédito.

Desta forma, independentemente de aquisições posteriores da coisa, este direito de retenção aparenta prevalecer sempre que a alienação da coisa a terceiro for contemporânea ou posterior à constituição do direito de retenção fora do quadro da ação executiva([118]). Esta resposta também podia ser justificada com o princípio que os direitos reais anteriores prevalecem sobre os posteriores([119]/[120]).

([118]) Cf. M. Januário da Costa Gomes, "Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca", …, *op. cit.*, p. 689, e, antes do DL n.º 48/2024, Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, …, *op. cit.*, p. 299.

([119]) Cf. Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, …, *op. cit.*, p. 300.

([120]) Outra questão muito próxima com a da oponibilidade *erga omnes*, e, por isso, por vezes tratada em conjunto, é a de saber se se pode invocar direito de retenção quando a coisa retida é, ao momento da constituição do direito de retenção, de terceiro que não é o devedor. O problema é distinto porque agora não é sobre a amplitude da sequela no direito de retenção, mas sim sobre a eventual admissibilidade para constituição do direito de retenção ou legitimidade para oneração da coisa. A letra da lei parece permitir a invocação de direito de retenção nesses casos, não especificando que a coisa retida tenha de ser do devedor. Por outro lado, a eficácia funcional do direito de retenção exigiria que a retenção fosse admissível quando o dono da coisa não é o devedor. Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, X, …, *op. cit.*, p. 839, Pedro Romano Martinez, *Direito das obrigações (parte especial): contratos*, 2.ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 378-379, e Francisco Rocha, "Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria", …, *op. cit.*, pp. 627-630. Negando o direito de retenção sobre coisas de terceiro, porque o proprietário não deu o seu consentimento à oneração da coisa — *v.* Ana Taveira da Fonseca, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito,* …, *op. cit.*, pp. 299-301. Não aderimos a esta última posição, pois o direito de retenção é de constituição *ex lege*.

iv. Direito de retenção em que o crédito do retentor não assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida no direito executivo e no direito da insolvência

I. O novo regime posto para o direito de retenção de coisa imóvel nos casos em que o crédito do retentor de coisa imóvel não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* pode trazer algumas dúvidas sobre a aplicação de determinadas normas de direito executivo: será que este direito de retenção caduca com a venda judicial do bem retido? Será que o titular do direito de retenção pode pedir embargo de terceiro se, não sendo parte da ação executiva, for penhorado o bem retido? Será que este retentor pode reclamar os seus créditos na ação executiva?

A doutrina debateu a caducidade do direito de retenção, em geral, com a venda judicial do bem retido([121]). António Menezes Cordeiro defendeu que o direito de retenção não caducava com a venda judicial do bem retido([122]). No entanto, a maioria da doutrina e jurisprudência é a favor da posição inversa, que, no nosso entender, é a que mais se adequa ao sistema executivo vigente([123]). Assim, o direito de retenção, como um direito real de garantia, caduca com a venda judicial da coisa retida, nos termos do art. 824.º, n.º 2, do CC. O titular de um direito de retenção tem aliás, o ónus de reclamar na execução o pagamento dos créditos garantidos (art. 788.º, do CPC). Se o bem objeto da retenção penhorado for vendido judicialmente, o valor da venda dessa coisa é distribuído ao titular do direito de retenção que reclamou de acordo com a ordem estabelecida na sentença de reclamação de créditos([124]).

No caso de estarmos perante uma retenção em que o direito de retenção de coisa imóvel é relativo a um crédito que não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, pensamos que também é de aplicar o mesmo regime, ou seja, este direito de retenção caduca com a venda executiva. Consequentemente, não constitui

---

([121]) Sobre esta contenda — *v.* Luís Menezes Leitão, *Direitos reais*, …, *op. cit.*, p. 515, e L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, …, *op. cit.*, p. 429.

([122]) *V.* António Menezes Cordeiro, "Da retenção do promitente na venda executiva", *Revista da Ordem dos Advogados* n.º 57 (1997), pp. 547-563, p. 563.

([123]) Pela doutrina — *v.* José Lebre de Freitas, "A transmissão do direito à indemnização por benfeitorias e a caducidade do direito de retenção pelo facto da venda executiva", *Themis*, n.º 13, ano VII (2006), pp. 5-29, p. 25, ss. Pela jurisprudência — *v.* Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de outubro de 2013 (proc. n.º 10262/06.4TBMTS.P1.S1).

([124]) Cf. José Lebre de Freitas, *A ação executiva*, 8.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2024, pp. 410-411.

um direito incompatível com a penhora. Por isso, o retentor não exequente não pode aceder a embargos de terceiro (art. 342.º, n.º 1, do CPC).

Esta solução está conforme com a letra da lei, pois este direito de retenção continua a ser um direito real de garantia e uma garantia real, pelo menos *em sentido amplo*, como suprarreferido, aplicando-se, por isso, a parte inicial do art. 824.º, n.º 2, do CC([125]). Por outro lado, se assim não fosse, quiçá para proteger a predominância da função compulsória neste direito de retenção, estar-se-ia a possibilitar que este direito de retenção pudesse ser na prática prevalente à hipoteca anteriormente constituída sobre a mesma coisa perante determinadas ações executivas, o que não foi intenção do legislador. Basta ver a situação em que o credor hipotecário propõe uma ação executiva contra o seu devedor. Por exemplo, a coisa objeto da hipoteca é propriedade do devedor, sendo igualmente objeto de uma retenção posterior que favorece um terceiro, credor do devedor. Iniciando-se a penhora sobre a coisa objeto da hipoteca (art. 752.º, n.º 1, do CPC), se o direito de retenção não caducar com a venda executiva, então é incompatível com a penhora, possibilitando ao retentor o recurso a embargo de terceiro([126]). Note-se que neste caso, o retentor não teria legitimidade para ser chamado como parte ativa da ação, na medida em que o art. 54.º, n.º 4, do CPC, não se parece poder aplicar([127]), o que significaria a criação de um obstáculo à faculdade de execução do credor hipotecário relativamente ao bem objeto da hipoteca que, só podendo ser ultrapassado pelo credor hipotecário com o pagamento do crédito subjacente à retenção ou da caução prevista no art. 756.º, al. *d*), do CC, não se adequa à prevalência material da hipoteca, anterior ou posterior, sobre este direito de retenção.

Caducando com a venda executiva, o titular desta retenção tem a possibilidade de reclamar os seus créditos na ação executiva intentada por terceiro em que se penhore o bem retido [arts. 786.º, n.º 1, al. *b*), e 788.º,

---

([125]) Cf. José Lebre de Freitas, *A ação executiva*, …, *op. cit.*, p. 405.

([126]) *V.* João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, *Manual de processo civil*, Vol. II, Lisboa, AAFDL Editora, 2022, pp. 854-855. Diferente — *v.* Rui Pinto, *A ação executiva*, …, *op. cit.*, p. 711, ss.

([127]) *V.* Rui Pinto, *A ação executiva*, …, *op. cit.*, pp. 289-292. Este Autor considera que o art. 54.º, n.º 4, do CPC, restringe-se aos direitos oponíveis à execução que conferem posse. Se é verdade que o retentor é possuidor da coisa nos termos do direito de retenção (*v.* José Alberto Vieira, *A posse: estudo sobre o seu objeto e extensão; perspetiva histórica e de direito português*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 599-601) e o art. 54.º, n.º 4, do CPC, visa evitar embargos de terceiro por quem possui direitos incompatíveis à penhora, o artigo não está concebido para abranger terceiros possuidores que sejam igualmente credores do executado, especialmente quando esses possuidores possuem a coisa nos termos de um outro direito real de garantia. Pensamos que isto é patente na medida em que o art. 54.º, n.º 4, do CPC, enquadra o possuidor como parte passiva da ação executiva.

do CPC] para espoletar o efeito sub-rogatório fixado no n.º 3, do art. 824.º, do CC([128]). O ónus de reclamação de crédito é o mecanismo que a lei processual atribui aos titulares de direitos reais de garantia fazerem valer a sua garantia, estando associado ao facto de o direito real de garantia caducar com a venda executiva. Note-se que na sentença de graduação de créditos, o juiz tem de cumprir a parte final do art. 759.º, n.os 1 e 2, do CC. Isto significa que o direito de retenção de coisa imóvel, nos casos em que o crédito do retentor de coisa imóvel não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, vai sempre ser graduado abaixo de qualquer outro direito real de garantia sobre a coisa retida, em particular abaixo de hipotecas, anteriores ou posteriores à constituição do direito de retenção, pois este retentor é, na graduação, um credor equiparável aos credores comuns do devedor.

Pode-se questionar se esta solução não contende com a parte final do novo art. 759.º, n.º 1, do CC. De facto, ao atribuir-se a possibilidade deste retentor reclamar os seus créditos na ação executiva intentada por terceiro em que se penhore o bem retido, quando o mesmo não é reconhecido aos restantes credores comuns do devedor, está-se materialmente a privilegiar o retentor face aos outros credores comuns do devedor na atribuição do valor do bem retido. Contudo, já acima referimos as consequências ainda mais desfasadas face à vontade legislativa da solução oposta. Por outro lado, permitir a caducidade do direito de retenção com a venda judicial sem atribuir ao retentor qualquer possibilidade de fazer valer o seu direito na execução brigaria com a posição de força que o direito civil português atribui ao credor retentor, desequilibrando o que a retenção pretende equilibrar. Com esta posição, reforça-se ainda mais a nosso pensamento acima exposto que este direito de retenção é um direito real de garantia e que confere ao seu titular uma garantia real, pelo menos *num sentido amplo*.

Por fim, quando é o retentor de retenção de coisa imóvel cujo crédito garantido não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* a propor a ação executiva aplica-se o art. 89.º, n.º 2, do CPC, para aferir a competência do tribunal, devido à sua ligação com a solução do art. 752.º, n.º 1, do CPC([129]).

II. No direito da insolvência, o direito de retenção de coisa imóvel que se fundamente num crédito do retentor de coisa imóvel não *assegura o*

([128]) Sobre o efeito sub-rogatório — *v.* Rui Pinto, *A ação executiva*, …, *op. cit.*, pp. 908-910.

([129]) Cf. João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, *Manual de processo civil*, Vol. II, …, *op. cit.*, pp. 711-712.

reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida não seguiria o mesmo regime estabelecido para a retenção de coisa móvel ou para as restantes retenções de coisa imóvel.

Com a declaração de insolvência, este direito de retenção não se extingue, a não ser que seja acessório de créditos subordinados [art. 97.º, n.º 1, al. *e*), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas] (doravante, "CIRE"), no entanto, o bem objeto da retenção, se o insolvente for o dono da coisa, deve ser entregue ao administrador da insolvência [art. 36.º, n.º 1, al. *g*), do CIRE] para sua apreensão (art. 149.º, ss., do CIRE). O retentor deste direito de retenção, credor da insolvência, tem o ónus de reclamar a verificação do seu crédito, ao abrigo do art. 128.º, do CIRE, assegurando assim o seu direito a ser satisfeito à custa do património do devedor([130]).

Na sentença de verificação e graduação de créditos (art. 140.º, do CIRE), o crédito do credor que dá base a este de direito de retenção tem de ser graduado do mesmo modo que são os créditos dos credores comuns do devedor. Ademais, o crédito deste retentor não pode ser qualificado como um crédito garantido [art. 47.º, n.º 4, al. *a*), do CIRE], caso contrário estes retentores obteriam uma preferência no valor do bem objeto da retenção sobre os credores comuns do devedor nos termos do regime posto no art. 174.º, do CIRE, que não lhes é conferida, como vimos, pelo direito material. Na verdade, para o pagamento do crédito que este retentor é titular aplica-se o art. 176.º, do CIRE.

Não se deve aplicar o art. 172.º, n.º 2, parte final, do CIRE, porque a referência neste artigo a garantias reais é feita na perspetiva que esses direitos conferem ao seu titular uma preferência sobre todos os credores comuns do devedor relativamente ao valor de uma coisa para pagamento de um crédito do seu titular, o que não ocorre neste direito de retenção. O mesmo dizemos do art. 166.º, n.º 1, do CIRE, pois, prejudicando a sua estatuição os restantes credores comuns do devedor, colocaria o retentor compensado numa posição de superioridade não querida pela parte final do art. 759.º, n.º 1, do CC([131]/[132]).

([130]) Cf. Catarina Serra, *Lições de direito da insolvência,* 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 269.

([131]) *V.* Luís Menezes Leitão, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 234.

([132]) Na medida em que o art. 166.º, n.º 2, do CIRE, tem como objetivo evitar a compensação posta no art. 166.º, n.º 1, do CIRE, e pressupõe a preferência do titular do direito real de garantia sobre os credores comuns do devedor relativamente ao valor da coisa dada em garantia, também pensamos que não pode ser empregue perante um retentor de coisa imóvel cuja retenção se relacione a um crédito que não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida — v.* L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, …, *op. cit.*, p. 259.

Contudo, pensamos que se deve continuar a empregar o art. 164.º, n.os 2 e 3, do CIRE. Deste modo, dá-se a possibilidade de o promitente-comprador adquirir o bem objeto do contrato-promessa(133).

III. Por fim, será que é de considerar a *inutilidade* da jurisprudência uniformizada pelos Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência n.os 4/2014 e 4/2019, acima referidos?

Atendendo apenas à uniformização efetuada, os acórdãos continuariam a ter utilidade para guiar o intérprete, pois, bem vistas as coisas, referem-se aos pressupostos de aplicação do art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC. Veja-se: 1) "No âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com *traditio*, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no art. 755.º n.º 1 alínea *f*) do Código Civil" (no primeiro acórdão); e 2) "Na graduação de créditos em insolvência, apenas tem a qualidade de consumidor, para os efeitos do disposto no Acórdão n.º 4 de 2014 do Supremo Tribunal de Justiça, o promitente-comprador que destina o imóvel, objeto de *traditio*, a uso particular, ou seja, não o compra para revenda nem o afeta a uma atividade profissional ou lucrativa" (no segundo acórdão).

Contudo, se nos debruçarmos sobre a justificação que levou à restrição da previsão literal do art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC, posta na fundamentação dessa jurisprudência, verificamos que os argumentos deduzidos pressupõem a preferência do direito de retenção do promitente-comprador de coisa imóvel sobre hipotecas anteriormente registadas(134), o que não acontece, como já vimos, ao abrigo do novo regime legal. O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2014 concebe a preferência do direito de retenção do promitente-comprador posta no art. 759.º, n.º 2, do CC pré-DL n.º 48/2024, como uma proteção da parte mais fraca face ao credor hipotecário no mercado da habitação. É na sequência desta premissa que o art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC, deve ser interpretado restritivamente, abrangendo apenas os consumidores, porque constituem as partes mais fracas. Aliás, as várias interpretações que visavam limitar a aplicação do art. 755.º, n.º 1, al. *f*), do CC, acima elencadas, também se concebiam

---

(133) *V.* L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, …, *op. cit.*, p. 431.

(134) Com a mesma opinião — *v.* M. Januário da Costa Gomes, "Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca", …, *op. cit.*, pp. 690-691.

como o modo de superar o problema da prevalência da retenção do promitente-comprador sobre as hipotecas anteriores, *caindo* hoje, na expressão de M. Januário da Costa Gomes, *por terra*(135).

Deste modo, pensamos que os referidos acórdãos uniformizadores deixam de ser relevantes para guiar o intérprete, perdendo a sua *utilidade*. Aliás, ao abrigo do regime dos recursos de processo civil, uma eventual contradição com esta jurisprudência uniformizada deixa de ser relevante como critério de admissibilidade do recurso para efeitos do art. 629.º, n.º 2, al. *c*), do CPC, porque a contradição não ocorreu no domínio da mesma legislação.

5. Conclusão

O caminho que percorremos deixa-nos claro que a alteração legislativa provocada pelo DL n.º 48/2024 foi mais além do que a mera tentativa de limitar os casos em que o direito de retenção de coisa imóvel prevalecia sobre hipotecas anteriores.

As alterações parecem-nos tão profundas que pensamos que ao abrigo da lei atual, o regime do direito de retenção posto no CC deixou de ser poder qualificado como unitário, indo além do que seria o regime do direito de retenção estabelecido em 1966(136). Deve-se distinguir para efeitos do seu regime o direito de retenção de coisa imóvel relativo a um crédito que não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* do direito de retenção de coisa móvel e do direito de retenção de coisa imóvel que *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*.

Para o efeito de se analisar a expressão *assegurar o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, deve-se ter em atenção que os casos nela enquadráveis não correspondem necessariamente às situações em que se preenche o conceito de *despesas feitas por causa da coisa* presente no art. 754.º, do CC. Aliás, na nossa opinião, pode-

---

(135) *V.* M. Januário da Costa Gomes, "Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca", …, *op. cit.*, p. 691.

(136) Argumentando, na perspetiva do direito de retenção do promitente-adquirente, que o DL n.º 48/2024 constitui um regresso a 1966 — *v.* M. Januário da Costa Gomes, "Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca", …, *op. cit.*, pp. 687 e 693.

mos estar perante uma retenção fundada numa conexão jurídica do art. 755.º, do CC, e o crédito que a retenção garante *assegurar o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. A letra da lei e sua *ratio* objetivamente identificável apontam nesse sentido.

No art. 759.º, do CC, o legislador pretendeu modificar o regime legal subjacente às prevalências dadas ao direito de retenção no seu confronto com outros direitos, sejam direitos de crédito, sejam hipotecas, quando o direito de retenção de coisa imóvel é relativo a um crédito que não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. A alteração das regras relativas à preferência deste direito de retenção sobre os direitos de crédito é criticável, por se limitar aos casos em que a retenção é apenas de coisa imóvel, mas é de louvar a abolição da preferência destas retenções sobre as hipotecas registadas anteriormente. A manutenção da *faculdade de executar a coisa, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário* neste direito de retenção quando se retira a sua preferência sobre direitos de crédito e sobre hipotecas registadas posteriormente traz dificuldades à sua qualificação, bem como à análise do seu regime, em especial no confronto da figura com o direito processual executivo e com o direito da insolvência. Tentámos dar algumas respostas no artigo para superar estas dificuldades.

Como nota final, não tivemos a pretensão de dar uma resposta fechada e de elaborar uma análise exaustiva a todos os problemas que este novo direito de retenção coloca. O nosso propósito foi o de uma abordagem primeira às alterações que o DL n.º 48/2024 introduziu no CC. Deixamos esse trabalho à doutrina e jurisprudência que certamente se seguirá.

O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE ENQUANTO LIMITE À REPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO DO CONTRATO

Breves reflexões sobre um possível enquadramento jurídico-constitucional do *direito ao desequilíbrio contratual* e do *direito à manutenção do desequilíbrio contratual* em cenários de perturbação na execução de negócios jurídico-privados([1])

Pela D.ra Marta Martins da Costa

Sumário:

1. Considerações introdutórias. 2. Introdução ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade. 2.1. A relevância da sua dimensão enquanto direito de liberdade ou liberdade geral de ação para a tese constituenda. **2.2.** O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a tutela constitucional da autonomia privada. **3. A previsão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade enquanto norma constitucional habilitante para o reconhecimento de um direito ao desequilíbrio contratual e de um direito à sua manutenção em cenários de perturbação na execução. 3.1.** O princípio do equilíbrio contratual — breve incurso sobre o seu conteúdo normativo. **3.2.** O enquadramento jurídico-constitucional do direito ao desequilíbrio contratual e do direito à manutenção do desequilíbrio contratual através do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **4. Considerações finais. 5. Bibliografia.**

([1]) O presente texto corresponde, com ligeiríssimas alterações, a um artigo elaborado no contexto da componente curricular *Fórum de Debate Científico* que integra o Programa de Doutoramento em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa), tendo sido apresentado em dezembro de 2022.

Resumo:

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na sua dimensão de direito de liberdade ou de liberdade geral de ação, constitui o parâmetro da Lei Fundamental mais adequado para conferir tutela constitucional ao argumento de que aos sujeitos é reconhecido um espaço de liberdade, vazio de intervenção estadual através do Direito, para a composição da sua esfera jurídica e para a ponderação dos interesses subjacentes à decisão de contratar, sendo-lhes permitida a assunção de vinculações desequilibradas e garantida a manutenção da equação subjacente ao negócio jurídico em cenários de perturbação na execução ou modificação objetiva ao conteúdo, tornando tendencialmente estável o programa obrigacional que escolheram definir.

Palavras-chave:

Direito ao livre desenvolvimento da personalidade, princípio do equilíbrio contratual, tutela constitucional, reposição do equilíbrio do contrato, perturbações na execução, direito ao desequilíbrio contratual, direito à manutenção do desequilíbrio contratual.

Abstract:

The right to individual personality development, in its right of freedom or general freedom of action dimension, represents the most adequate constitutional authority for the argument that the law recognizes that parties to an agreement benefit from a space empty from State's intervention, allowing them the ability to take on imbalanced obligations and assuring them the maintenance of its underlying equation when disruption or objective change occurs, which, in turn, renders the contract program agreed upon stable.

Keywords:

Right to individual personality development, principle of contractual balance, *constitutional authority*, *restoring contractual balance*, *contractual disruption*, *right to contractual imbalance*, *right to maintaining contractual imbalance*.

1. Considerações introdutórias

O estudo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade recuperou, de há alguns anos a esta parte, um novo fôlego, surgindo intrinsecamente ligado a eternas questões de política social que, sempre tendo logrado obter atenção mediática e interesse dogmático, são agora perpetuamente retomadas numa existência vivida essencialmente em plataformas digitais e nas redes sociais — referimo-nos, *inter alia*, à interrupção voluntária da gravidez, à identidade de género, à morte medicamente assistida, à robotização e à maternidade de substituição.

Importa começar por esclarecer que não nos iremos debruçar sobre nenhuma das referidas problemáticas. Sendo inquestionável que o espaço de aplicação por excelência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade se relaciona com aspetos pessoais, com o presente texto propomos indagar sobre se lhe pode — *rectius*, deve — ser atribuída relevância (também) no domínio contratual.

A pandemia da doença Covid-19 (provocada pelo vírus SARS-CoV-2), bem como os posteriores conflitos internacionais ainda em curso, têm vindo a ocasionar um impacto muitíssimo significativo na execução de vários tipos de negócios jurídicos, sendo os tribunais (judiciais e arbitrais) frequentemente chamados a repor o equilíbrio subjacente ao programa obrigacional inicialmente acordado entre as partes.

Acontece que esse exercício pode conduzir a um verdadeiro desvirtuar da ponderação feita pelas partes, relativamente aos seus próprios interesses, durante a negociação do contrato. Algumas conceções do conceito de equilíbrio negocial perpetuam possíveis equívocos, confundindo-se não raras vezes a defesa da estabilidade dessa ponderação com uma pretensamente ideal equivalência objetiva das prestações.

A proposta que apresentamos reside em questionar se, no exercício de reposição do equilíbrio do contrato encetado pelos tribunais quando confrontados com determinadas perturbações na execução de negócios jurídicos ou com modificações objetivas ao seu conteúdo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode atuar como um limite às opções tomadas pelo decisor.

Esclarece-se, deste modo, que o tratamento que nos propomos fazer sobre o direito em causa se encontra funcionalizado à proposta que dá nome a esta reflexão. O que se apresenta não é — porque não pretende ser — uma exposição sobre o conteúdo do direito ou uma indagação sobre o significado da sua previsão constitucional(2). Assim, o texto que se segue é escrito em diálogo com aquela proposta, procurando manter a sua utilidade dogmática (se alguma) fixa ao referencial a que deve obedecer.

Isto dito, ir-se-á iniciar a exposição identificando os pressupostos que se assumem, as opções tomadas como adquiridas, sob pena de qualquer conclusão ser suscetível de ser questionada na sua base — o que em Direito é mais ou menos inevitável, sobretudo hoje, em que poucos estu-

---

(2) Adicionalmente, não se desconhecem as inúmeras querelas que unem (ou apartam, consoante a posição que se adote) os direitos fundamentais e o Direito privado e que encontram tratamento a respeito do direito ao livre desenvolvimento da personalidade — *v.g.* os termos da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais —, sendo que nenhuma delas constitui objeto desta análise.

dos são verdadeiramente inovadores, pelo que ao investigador resta apenas questionar e reponderar o que já foi anteriormente tratado.

2. Introdução ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade

2.1. A relevância da sua dimensão enquanto *direito de liberdade* ou *liberdade geral de ação* para a tese *constituenda*

Estabelece o n.º 1 do art. 26.º da Constituição da República Portuguesa ("Constituição" ou "CRP") que "*a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação".*

Esta norma, referida como "expressão direta do postulado básico da *dignidade humana"*([3]), veio a incluir o direito *ao desenvolvimento da personalidade* na quarta revisão constitucional, em 1997([4]), adotando uma formulação próxima, ainda que não idêntica([5]), ao art. 2.º, § 1 da Constituição da

---

([3]) Rui Medeiros/António Cortês, "Anotação ao art. 26.º da CRP", in *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Jorge Miranda/Rui Medeiros (coord.), 2.ª ed., Universidade Católica Editora, 2017, pp. 440-460 (p. 442).

([4]) Note-se que a introdução deste direito pela revisão constitucional não representou, verdadeiramente, uma novidade. Como refere Paulo Mota Pinto, "não pode dizer-se que tenha sido apenas com a última revisão constitucional que a Constituição passou a tutelar o desenvolvimento da personalidade, tratando-se essa tutela, como se trata, de uma decorrência do próprio valor da dignidade da pessoa humana, inscrito logo no art. 1.º da Constituição. (…) a própria formulação "desenvolvimento da personalidade" (…), tinha já acolhimento constitucional. Assim, a propósito da *proteção da infância,* no art. 69.º da Constituição (…). No art. 70.º da Constituição (…). E, sobretudo, no art. 73.º, n.º 2 da Constituição (…) do que (…) já se poderia, a nosso ver, extrair uma garantia constitucional de livre desenvolvimento da personalidade" — *v.* Paulo Mota Pinto, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", in *Portugal Brasil — ano 2000, Studia Iuridica,* n.º 40, Coimbra Editora, 2000, pp. 149-246 (pp. 152-153).

([5]) Sobre as diferenças que separam ambas as previsões constitucionais, *v.* José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, *(A construção dogmática)*, Almedina, 2006, p. 492, ss.; Rui Medeiros/António Cortês, "Anotação ao art. 26.º da CRP", *cit.*, p. 446, ss.; J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, "Anotação ao art. 26.º da CRP", in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 458-474 (p. 463); Mafalda Miranda Barbosa/Tomás Prieto Álvarez, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, Sentido e Limites,* Gestlegal, 2020, p. 27, ss. Em particular sobre a omissão do adjetivo "livre", importa realçar que a doutrina portuguesa é relativamente unânime no seu afasta-

República Federal Alemã, segundo o qual "toda a pessoa tem direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade sempre que não viole os direitos dos outros, nem atente contra a ordem constitucional ou a lei moral".

Acompanhando a jurisprudência e doutrina alemã a este propósito(6), Paulo Mota Pinto sustenta que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade integra duas dimensões: a *tutela geral da personalidade* e a *tutela da liberdade geral de ação da pessoa humana*(7/8). Em sentido diametralmente oposto, José de Melo Alexandrino afasta que ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade possa ser atribuída, entre nós, a amplitude que lhe é concedida no Direito germânico(9).

Reflexo do que já se adiantou, importa realçar não ser objeto do nosso estudo o alcance das diferenças entre a previsão da Constituição da República Federal Alemã e a nossa Lei Fundamental; a doutrina que entre nós deriva do direito ao livre desenvolvimento da personalidade uma tutela da liberdade fá-lo analisando o Direito constitucional português — e Paulo Mota Pinto(10) não se encontra desacompanhado(11). A existência desta

---

mento enquanto entrave ao paralelismo com a norma alemã, na medida em que "a noção de desenvolvimento da personalidade — e a própria concepção de personalidade em causa — comporta já uma componente de liberdade" — *v.* Paulo Mota Pinto, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", *cit.*, p. 160. No mesmo sentido, *v.* Rui Medeiros/António Cortês, "Anotação ao art. 26.º da CRP", *cit.*, pp. 447-448.

(6) Cf. Rui Medeiros/António Cortês, "Anotação ao art. 26.º da CRP", *cit.*, p. 446.

(7) Paulo Mota Pinto, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", *cit.*, pp. 163-164.

(8) Concretizando as referidas dimensões avançadas pela doutrina e jurisprudência alemãs, referem Rui Medeiros/António Cortês que "o *direito geral de personalidade* abrange, por exemplo, o direito à intimidade da esfera pessoal, o direito à imagem, o direito à palavra, o direito de resposta na comunicação social, o direito ao silêncio, a proibição de valoração de diários pessoais em processo penal, o direito à ressocialização, o direito à autodeterminação informacional, o direito ao nome, o direito à reputação e, até, algumas garantias processuais reconduzíveis à ideia de um processo equitativo. A *liberdade geral de ação* inclui, por seu turno, realidades tão amplas e distintas — que podem ser objeto de liberdades específicas e tipificadas autonomamente no texto constitucional — como a livre iniciativa económica, a autonomia privada, a liberdade de circulação, a faculdade de mudar de nome ou a liberdade de escolha dos meios de tratamento médico" — *v.* Rui Medeiros/António Cortês, "Anotação ao Artigo 26.º da CRP", *cit.*, pp. 446, ss. No mesmo sentido, *v.* J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, "Anotação ao art. 26.º da CRP", *cit*., p. 463, ss., e Jorge Miranda, *Direitos fundamentais,* 2.ª ed., Almedina, 2018, p. 111.

(9) José de Melo Alexandrino, *A estruturação…*, *cit.*, p. 492, ss.

(10) Sustenta o Autor que "a ligação com o direito à liberdade, protegido no art. 27.º, n.º 1, da Constituição, parece, assim, impor-se. Nomeadamente, conjugando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à liberdade, tutelado naquela norma, conclui-se pelo reconhecimento, também na nossa lei fundamental, de uma liberdade geral de ação, integrante, no respetivo domínio de protecção, da atividade humana em geral (…). A liberdade geral de ação humana apresenta-se, assim, a par da tutela da personalidade, como a outra estrutura fundamental do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (…)" — *v.* Paulo Mota Pinto, *Direitos de personalidade…, cit.*, pp. 65-66.

(11) Veja-se Rui Medeiros/António Cortês, "Anotação ao art. 26.º da CRP", *cit.*, p. 447,

segunda dimensão é, pois, pressuposto *aceite* da nossa análise. Assim acontece na medida em que nos referimos a um aspeto não apenas fundamentadamente sustentado pela doutrina, como também repetidamente considerado pela nossa jurisprudência (não apenas constitucional)([12]).

---

segundo os quais: "não obstante a necessidade de tomar consciência da intranquilidade que a importação das construções alemãs neste domínio não deixa de colocar, as diferenças assinaladas não excluem que muitas das concretizações jurisprudenciais do direito alemão, feitas a respeito do art. 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental, possam e devam ter tutela no direito português. (…) pode afirmar-se que o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade apresenta também no Direito Constitucional português uma dupla dimensão: uma tutela da personalidade, enquanto substrato da individualidade e nos seus diversos aspetos, e uma tutela de liberdade".

([12]) A título exemplificativo, considere-se o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 123/2021, Processo n.º 173/2021 (Conselheiro Pedro Machete e Conselheira Maria José Rangel de Mesquita), segundo o qual: "na ordem jurídica portuguesa, os valores da liberdade geral de ação e da capacidade de autodeterminação individual encontram-se particularmente refletidos no *direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade*, consagrado no art. 26.º, n.º 1, da Constituição, claramente inspirado no direito correspondente previsto no art. 2.º (1) da *Grundgesetz*, o qual, de acordo com a doutrina e jurisprudência alemãs, compreende duas diferentes vertentes: o direito geral de personalidade e a liberdade geral de ação. (…) A mencionada *liberdade geral de ação* traduz-se essencialmente num espaço próprio de autonomia que confere a cada pessoa a liberdade de conduzir a sua própria existência de acordo com as características específicas da sua personalidade e do seu projeto de vida". Também assim o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 154/2022, Processo n.º 532/2021 (Conselheiro Gonçalo Almeida Ribeiro), a respeito da atividade de circulação rodoviária, refere que esta "constitui seguramente um exercício da liberdade geral de ação compreendida no direito ao livre desenvolvimento da personalidade — esse grande direito residual consagrado no n.º 1 do art. 26.º da Constituição"; o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, Processo n.º 95/17 (Conselheiro Pedro Machete); o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 413/2011, Processo n.º 20/11 (Conselheiro Vítor Gomes); o acórdão do Tribunal Constitucional n.º121/2010, Processo n.º 192/2010 (Conselheiro Vítor Gomes); o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 651/2009, Processo n.º 1019/2008 (Conselheira Maria Lúcia Amaral e Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha); o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 279/2008, Processo n.º 756/07 (Conselheiro José Borges Soeiro); o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, Processo n.º 695/06 (Conselheiro Gil Galvão); o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/2006, Processo n.º 1040/05 (Conselheiro Benjamim Rodrigues); o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/06, Processo n.º 885/05 (Conselheiro Paulo Mota Pinto); o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/04, Processo n.º 192/02 (Conselheiro Paulo Mota Pinto); o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 35/2004, Processo n.º 607/02 (Conselheiro Paulo Mota Pinto); o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 195/2003, Processo n.º 312/02 (Conselheiro Paulo Mota Pinto e Conselheiro Guilherme da Fonseca); o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/98, Processo n.º 340/98 (Conselheiro Luís Nunes de Almeida); o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 436/00, Processo n.º 309/95 (Conselheiro Tavares da Costa). Todos os acórdãos acima mencionados se encontram disponíveis em <www.tribunalconstitucional.pt>. Assim acontece também na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça — a título exemplificativo, veja-se o acórdão de 05.06.2018, Processo n.º 65/14.8T8FAF.G1.S1 (Relator Helder Roque); na jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto — veja-se o acórdão de 25.02.2021, Processo n.º 3232/19.4T8VFR-A.P1 (Relator Paulo Duarte Teixeira); na jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa — veja-se o acórdão de 26.05.2021, Processo n.º 4712/20.4T8FNC.L1-4 (Relator Leopoldo Soares); na jurisprudência do Tribunal da Relação de Coimbra — veja-se o acórdão de 15.06.2022, Processo n.º 113/19.5T9NLS.C1 (Relator Paulo Guerra); na jurisprudência do Tribunal da Relação de Guimarães — veja-se o acórdão de 13.07.2021, Processo n.º 131/

A nossa tese, que se adivinha, é a de que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na sua dimensão de *direito de liberdade* ou de *liberdade geral de ação*, ao proteger a autonomia privada, implica o reconhecimento aos sujeitos de um espaço de liberdade de conformação da sua esfera jurídica que lhes permite a assunção de vinculações desequilibradas([13]) e, adiante, lhes garante a manutenção da equação subjacente ao contrato em cenários de perturbação na sua execução([14]). Aquele direito tutelaria assim estas *vertentes* da autonomia privada, em concreto da liberdade de estipulação do conteúdo contratual, que designamos por *direito ao desequilíbrio contratual* e *direito à manutenção do desequilíbrio contratual.*

Consideramos que, dentro de alguns limites, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não obriga o sujeito a agir em permanente espírito de incremento positivo das suas potencialidades, pessoais e financeiras([15]). Na verdade, cremos que a sua previsão constitucional

---

/20.0T8VCT-B.G1 (Relator Jorge Teixeira); e na jurisprudência do Tribunal da Relação de Évora — veja-se o acórdão de 26.04.2022, Processo n.º 2257/21.4T8ENT.E1 (Relator Edgar Valente). Todos os acórdãos mencionados se encontram disponíveis em <www.dgsi.pt>.

([13]) Mesmo que o exposto configure, no seu entender ou de terceiros, uma má decisão, o que, sociologicamente, ocorre mais vezes do que se possa pensar. Neste sentido, *v.* Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, "Libertarian Paternalism", *The American Economic Review,* Vol. 93, no. 2, May, 2003, pp. 175-179 (p. 175): "*the false assumption is that people always (usually?) make choices that are in their best interest. This claim is either tautological, and therefore uninteresting, or testable. We claim that it is testable and false — indeed, obviously false*". No mesmo sentido, *v.* Claire A. Hill, "Anti-anti-anti-paternalism", *New York University Journal of Law and Liberty*, 2007, p. 2.

([14]) Anthony T. Kronman distingue entre dois tipos de limitações que se podem colocar à liberdade contratual: (*i*) aquelas cujo propósito reside em proteger os interesses de terceiros; (*ii*) aquelas que visam proteger as pessoas de si mesmas. Refere "*other restraints on contractual freedom, however, are primarily intended to protect those whose freedom they restrict. Restraints of this sort aim to protect people from themselves by limiting their capacity to make enforceable agreements of various kinds*. (…) *In general, any legal rule that prohibits an action on the ground that would be contrary to the actor's own welfare is paternalistic*" — *v.* Anthony T. Kronman, "Contract Law and Distributive Justice"*, The Yale Law Journal*, Vol. 89, Number 3, January 1980, pp. 472-512 (p. 765).

([15]) Encontramos em escrito de Mafalda Miranda Barbosa e Tomás Prieto Álvarez uma passagem que resume, em parte, o sentido subjacente àquela que é a nossa indagação: "no famoso romance futurista *O admirável mundo novo*, publicado no distante ano de 1932, o escritor britânico Aldous Huxley transmitia uma mensagem muito desanimadora: que para alcançar a felicidade não é uma boa ideia sacrificar nem a verdade, nem a beleza do ser humano, sem a sua liberdade. Mas, situar no direito as ânsias humanas da liberdade não é tarefa fácil. Assim o demonstra uma passagem do referido romance: uma das suas personagens centrais, John, O Selvagem — que havia permanecido a salvo das curiosas tecnologias pro-felicidade e anti-liberdade instauradas pela autoridade —, reclama o direito a ser miserável; o que o seu interlocutor concretiza no direito a envelhecer, a tornar-se feio e impotente, a ter sífilis e cancro, o direito a passar fome, o direito a ser (*sic*) piolhos. Realmente, o sujeito pode dirigir a sua vida por estes caminhos; mas perguntamos, *ab initio*, se o direito ampara estas opções vitais — ou tantas outras, muitas das quais pouco promissoras para o homem — como verdadeiros direitos?" — *v.* Mafalda Miranda Barbosa/Tomás Prieto Álvarez, *O direito ao livre desenvolvimento…*, *cit.*, p. 9.

pode constituir, como que ao invés, um limite aos intuitos corretivos e paternalistas dos poderes dos órgãos de soberania no domínio contratual(16). De resto, o exercício a que nos propomos não é distante da realidade daquele direito, cujo conteúdo é incessantemente convocado como argumento para sustentar a proteção constitucional de vários direitos subjetivos(17).

2.2. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a tutela constitucional da autonomia privada

Questiona-se se a autonomia privada surge como um dos aspetos tutelados pela segunda dimensão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade(18/19).

A autonomia privada constitui inequívoco princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, surgindo como figura caracterizadora do Direito privado, em geral, e do Direito civil, em particular. O princípio confere uma permissão genérica de atuação aos particulares, sendo-lhes *permitido tudo o que não seja proibido*.

Das várias concretizações que do mesmo são feitas(20), apresenta maior relevância para o nosso estudo a liberdade contratual (cf. art. 405.º do Código Civil — "CC"), sobretudo na forma de liberdade contratual positiva, que atribui aos sujeitos um espaço livre para a tomada de decisões sobre a oneração ou desoneração da sua própria esfera jurídica, "a possibilidade de ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das

---

(16) Jorge Miranda realça que os "direitos de liberdade são direitos de *libertação do poder*" — *v.* Jorge Miranda, *Direitos fundamentais…*, *cit.*, p. 114. *V.*, também, Rui Medeiros/António Cortês segundo os quais a "liberdade geral de ação implica ainda uma resistência à juridificação" e, adiante, "o respeito (…) pelo desenvolvimento da personalidade de cada um implica o reconhecimento de um *espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de constrangimentos jurídicos"* — *v.* Rui Medeiros/António Cortês, "Anotação ao Artigo 26.º da CRP", *cit.*, pp. 446 e 448.

(17) Mafalda Miranda Barbosa/Tomás Prieto Álvarez, *O direito ao livre desenvolvimento…*, *cit.*, p. 11.

(18) Paulo Mota Pinto, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", *cit.*, p. 212.

(19) Em detalhe sobre a tutela constitucional da autonomia privada — ainda que em momento anterior às revisões constitucionais de 1982, 1989, 1992 e 1997, e, consequentemente, antes da previsão constitucional do direito ao livre desenvolvimento da personalidade — *v.* Ana Prata, *A tutela constitucional da autonomia privada,* Reimpressão, Almedina, 2017, p. 9, ss.

(20) Elsa Vaz de Sequeira, *Teoria Geral do Direito Civil, Princípios fundamentais, situações jurídicas e sujeitos*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022, pp. 81-82.

pessoas, como iguais, na sua vida de convivência, ordenação autoformulada essa, que é a zona por excelência do direito privado"(21/22).

Também a este respeito seguindo proximamente a doutrina alemã, Paulo Mota Pinto descortina na previsão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade uma tutela constitucional da autonomia privada e, em particular, da liberdade contratual(23).

O exposto convoca uma questão sobre o exercício subjacente à crença identificada: releva encontrar arrimo constitucional para o princípio da autonomia privada?

No entender de Fernando Sá, o Direito privado assume "na economia da globalidade do ordenamento jurídico, um verdadeiro papel *constituinte* e, portanto, um relevante papel *jurídico-político*. (…) a descrição das relações entre o direito constitucional e o direito privado não pode ser empreendida à luz de uma simples visão escalonada ou hierarquizada — de prevalência unilateral —, através da qual a Constituição ocupa, sozinha, o papel de repositório de posições jurídicas *materialmente* jusfundamentais. Desta forma, desenha-se, ao lado do exíguo *direito constitucional privado* — intencionalmente previsto nas constituições como *privado* —, um direito privado *com feição constitucional* ou *constituinte*"(24).

Em particular sobre a autonomia privada, refere o Autor que "no direito português, a discussão sobre o *estatuto* constitucional da autonomia privada perde o seu sentido, uma vez que se é obrigado a reconhecer que a Constituição não integra, de forma expressa, a autonomia privada no catálogo dos direitos fundamentais, *reconhecendo que tal ideia radica no direito privado e é de direito privado, e que a Constituição, nessa medida, a integra no contexto amplo do seu projeto constitucional*"(25/26).

---

(21) Paulo Mota Pinto, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", *cit.*, p. 213. *V.*, também, Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, reimpressão da 5.ª ed. de novembro de 2020, Gestlegal, 2021, p. 102, segundo o qual a autonomia privada consiste "no poder reconhecido aos particulares de autoregulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua *esfera jurídica*".

(22) Estabelecendo uma distinção entre autodeterminação e autonomia privada, *v.* Joaquim de Sousa Ribeiro, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual,* Coleção Teses, Almedina, 1999, p. 21, ss.

(23) Paulo Mota Pinto, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", *cit.*, p. 214, ss. No mesmo sentido*, v.* J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, "Anotação ao art. 26.º", *cit.*, p. 465.

(24) Fernando Oliveira e Sá, *Direito Privado Constitucional, Nota sobre as relações entre o Direito Privado e os direitos fundamentais*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022, pp. 17-18.

(25) *Idem*, p. 37.

(26) Note-se que a premissa da qual o Autor parte já vinha sendo sustentada. Gomes Canotilho e Vital Moreira referem que "o direito ao desenvolvimento da personalidade (n.º 1) era um dos direitos "constantes de leis" — mais expressamente, do Código Civil — que passou, na 4.ª Revisão, de direito,

Algumas notas a este respeito.

Aferir da necessidade de encetar o exercício em discussão é coisa diferente de afastar a presença da autonomia privada no texto constitucional. Fernando Sá trata as duas questões, mas afirma, como acima citado, que a Constituição não integra *de forma expressa* a autonomia privada no catálogo dos direitos fundamentais.

Parece-nos evidente que o texto constitucional inclui parâmetros que revelam uma preocupação de tutela da autonomia privada — os arts. 1.º, 16.º, 61.º, 62.º, 80.º, 89.º e, bem assim, o art. 26.º, n.º 1([27]). Afirmá-lo não implica reconhecer que a autonomia privada nos é oferecida aprioristicamente pela Lei Fundamental, que aquela se funda nesta. Afirmar que a autonomia privada é "normativamente constituída"([28]) apenas pela Constituição ou também pelo Direito Privado não implica um afastamento dogmático da relevância das posições jurídicas que se descortinam na primeira e que (também?) a constituem ou conformam.

Desta forma, mesmo que se conclua pela desnecessidade do percurso pela rota constitucional em busca de proteção para a autonomia privada, as opções do legislador constituinte quanto ao que lá previu mantêm-se inalteradas([29]). Pois que se o art. 26.º, n.º 1 da Constituição, *inter alia,* constitui manifestação de uma tutela constitucional da autonomia privada, não deixa de o ser por se concluir que o art. 405.º do CC opera essa mesma tutela, por constituir parte integrante do que Fernando Sá designa como "Direito Privado Constitucional".

Se, como refere este Autor, "o direito privado não encontra na Constituição o *suplemento* ou a *autorização* para ser constituinte, razão pela qual a autonomia privada ou a liberdade contratual não carecem, como se

---

liberdade e garantia materialmente constitucional a *direito, liberdade e garantia formalmente constitucional" — v.* J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, "Anotação ao art. 26.º da CRP", p. 463. Também Claus-Wilhelm Canaris referindo-se ao conceito de "sociedade de direito privado", afirma que "neste contexto, assume evidentemente uma importância fundamental o facto de o direito privado não desempenhar, nesta ordem social, um papel marginal, mas antes um papel constitutivo. Domínios importantes da vida jurídica e económica devem, consequentemente, ser regulamentados através de meios de direito privado" — *v.* Claus-Wilhelm Canaris, "A liberdade e a justiça contratual na "sociedade de Direito Privado"", in *Contratos: atualidade e evolução,* António Pinto Monteiro (coord.), Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto, Porto, 1997, pp. 49-66 (p. 51).

([27]) Neste sentido, *v.* Paulo Mota Pinto, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", *cit.*, p. 215, ss.; Elsa Vaz de Sequeira, *Teoria Geral…*, *cit.*, p. 81.

([28]) Fernando Oliveira Sá, *Direito Privado Constitucional…*, *cit.*, pp. 40-41.

([29]) E a verdade é que as opções do legislador constituinte têm influência estrutural no Direito privado. Recorde-se que a maior intervenção legislativa feita ao atual Código Civil ocorreu em 1977, precisamente em face da previsão constitucional de um catálogo extensíssimo de direitos fundamentais em 1976. Neste sentido, *v.* Paulo Mota Pinto, *Direitos de personalidade…*, *cit.*, pp. 300-301.

viu, de estar inscritas no catálogo de direitos fundamentais para serem *materialmente fundamentais*"(30), tal não significa que a Lei Fundamental não possa integrar o princípio no seu repositório de direitos fundamentais que, enquanto tal, espelho das opções jurídico-políticas de uma nação(31), possam — *rectius,* devam — ser relevadas para a compreensão de institutos de Direito privado(32/33).

Por outro lado, o título que escolhemos é claro quanto ao nosso propósito — o limite que as posições que pretendemos identificar coloca é dirigido aos tribunais quando, aplicando institutos de Direito privado, sindicam sobre relações que se estabelecem entre particulares. Neste âmbito, pouca relevância oferece, cremos, a distinção sobre se, em geral, as normas que de algum modo *interferem* com a autonomia privada constituem seus "limites" ou se são, ao invés, "*conformadoras* ou *constitutivas*"(34) do seu conteúdo. A título exemplificativo, a aplicação de institutos de Direito

---

(30) Fernando Oliveira Sá, *Direito Privado Constitucional…*, *cit.*, p. 50.

(31) O argumento vale, note-se, mesmo dentro do próprio texto constitucional. Pode dizer-se que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade já encontrava tutela na Lei Fundamental, o que não impediu os Autores de atribuir relevância à sua previsão expressa no art. 26.º, n.º 1. Como referem Rui Medeiros e António Cortês, "o apelo a uma ideia de liberdade que o preceito convoca tem, desde logo, o sentido de acentuação de um princípio basilar enformador da nossa ordem constitucional. E, nesta primeira vertente, a conclusão, embora se tenha tornado mais clara na quarta revisão constitucional, já podia ser alcançada antes de o legislador constitucional, em 1997, ter aditado o direito ao desenvolvimento da personalidade no art. 26.º, n.º 1. (…) Mas, não sendo a compreensão do alcance da dignidade da pessoa humana em cada comunidade política historicamente situada a-histórica e intemporal, e procurando a Constituição de 1976 positivar as principais manifestações da liberdade, tem sentido, hoje — ao contrário do que sucedia porventura no texto constitucional originário —, sublinhar, através de uma disposição como a do art. 26.º, n.º 1, logo após a afirmação do caráter inviolável da vida e da integridade da pessoa, o carácter fundante da liberdade digna e da dignidade livre do homem como princípio fundamental" — *v.* Rui Medeiros/António Cortês, "Anotação ao art. 26.º da CRP", *cit.*, p. 448.

(32) Que, como temos vindo a realçar, é entendimento comumente sufragado pela doutrina portuguesa. Refere Elsa Vaz de Sequeira que "o princípio da autonomia privada não só serve de esteio ao Direito privado, como surge como um princípio fundamental no nosso ordenamento jurídico, merecedor de tutela constitucional, nos arts. 1.º, 16.º, 26.º, 47.º, 61.º, 62.º e 80.º. Os preceitos em estima consagram um direito fundamental de natureza análoga, que reconhece a cada pessoa um espaço de liberdade para autodeterminação e regulação dos seus interesses" — *v.* Elsa Vaz de Sequeira, *Teoria Geral…*, *cit.*, p. 81.

(33) O exposto não parece ser rejeitado pelo Autor, que refere "a Constituição cumpre um papel idêntico, participando na conformação dos direitos subjetivos e das liberdades que constituem a espinha dorsal de um *direito privado com vocação constitucional"* e que "a norma criada para a decisão do caso, que toca dimensões constituintes ou fundamentais da sociedade de direito privado, é um *híbrido,* uma norma de conformação que respeita o influxo constitucional — respeitando, como se assinalou, a função e as especificidades dos direitos fundamentais convocados — e, na falta de melhor síntese, da *tradição* ou do *enquadramento jurídico-privado*" — *v.* Fernando Oliveira Sá, *Direito Privado Constitucional…*, *cit.*, respetivamente pp. 49-50.

(34) *Idem*, p. 41.

Civil, pelos tribunais, com aptidão corretiva superveniente da vontade das partes como é o caso da alteração das circunstâncias (cf. art. 437.º do CC) constitui, inequivocamente, uma limitação à autonomia privada sujeita ao escrutínio constitucional, alvo da tutela normativa concedida pelos parâmetros que a ponderam na Lei Fundamental. Clarificando: não se discute, parece-nos, que o Estado é destinatário dos direitos fundamentais no sentido em que se deve abster de potenciais agressões aos mesmos([35/36]).

Questão diferente, e que nos parece de maior relevância para aquele que aqui é o nosso propósito, é a da adequação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade enquanto parâmetro eleito para proteção (dentro do texto constitucional) da autonomia privada.

No entender de Paulo Mota Pinto, em momento anterior à previsão constitucional do art. 26.º, n.º 1 "a proteção da liberdade contratual seria, pelo menos, *indireta"* decorrendo, *inter alia,* de normas como os arts. 61.º, 62.º e 47.º da Lei Fundamental, onde já se encontrava "protegida a liberdade contratual, na medida do requerido para o seu exercício — a liberdade contratual era, pois, objeto de uma protecção decorrente de liberdades como a liberdade de associação, a liberdade de escolha de profissão, o direito ao trabalho, a tutela da iniciativa privada e da propriedade privada"([37]).

O Autor parece, assim, dar a entender nos seus escritos que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na sua segunda dimensão, veio preencher um vazio de tutela direta ou *direcionada* à autonomia privada. Assistiu-se, pois, a uma opção deliberada do legislador em apor a chancela constitucional à liberdade (também) no domínio contratual, agora de modo inequívoco e não meramente funcionalizado ao necessário para o exercício das liberdades previstas por aquelas normas. No mesmo sentido, Ana Prata, em momento anterior à previsão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, referia que a autonomia privada beneficiava da *indireta* tutela constitucional proporcionada pelo exercício dos direitos de propriedade e da iniciativa económica privada, referindo-se a ambos indistinta-

---

([35]) Estamos, note-se, num caminho da maior simplicidade de raciocínio, livre de especial sofisticação dogmática. Em aproximação conceptual aos "deveres de proteção", Jorge Pereira da Silva esclarece isso mesmo: "o caminho há-de ser, pois, outro bem diferente e bastante mais exigente. Com efeito, em finais do século XX e princípios do século XXI, os direitos fundamentais não mais se esgotam na sua função tradicional de defesa da autonomia e da liberdade dos indivíduos em face do poder público, numa perspetiva reactiva contra as potenciais agressões por este desencadeadas" — *v.* Jorge Pereira da Silva, *Deveres do estado de proteção de direitos fundamentais*, Universidade Católica Editora, 2015, p. 26.

([36]) Sobre a vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais, *v.* Jorge Miranda, *Direitos fundamentais…*, *cit.*, p. 355, ss.

([37]) Paulo Mota Pinto, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", *cit.*, pp. 215-216.

mente, *i.e.,* concluindo não privilegiar um, em detrimento do outro, e para este efeito, nenhum dos dois([38]). Por sua vez, e em escrito recente, Rui Medeiros/José Duarte Coimbra referem que, desde a revisão constitucional de 1997, "não restam dúvidas de que o espaço jusfundamental de proteção constitucional da autonomia privada e da liberdade contratual se compreende desde logo no âmago da *liberdade geral de ação* que irradia do — omnicompreensivo — direito ao (livre) *desenvolvimento da personalidade* (…)"([39]).

Ponderados os termos da previsão do art. 26.º, n.º 1 da Constituição, resulta evidente que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitui o assento constitucional que reveste, hoje, maior aptidão para a tutela da autonomia privada([40]) — é inequívoco que se lhe dirige, não a abrangendo de modo meramente indireto. Isto dito, importa realçar que a jurisprudência constitucional não tende a privilegiar em definitivo, nesta matéria, a referência ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, não raras vezes inferindo a tutela da autonomia privada de outros preceitos da Lei Fundamental que também o permitem([41]). A escolha entre estes, a existir, é motivada pelas particularidades do caso([42]).

O exposto conduz-nos, no caminho da nossa argumentação, à questão de saber se o *direito ao desequilíbrio contratual* e à sua *manutenção*, enquanto vertentes da liberdade de estipulação do conteúdo contratual, encontram como parâmetro constitucional mais adequado à sua tutela o art. 26.º, n.º 1 ou outra norma da Constituição.

A inerência dessas posições ao âmbito que atribuímos, *supra*, à liberdade geral de ação leva-nos a concluir pela primeira opção. Afinal, quando lhes fazemos referência estamos, ainda, no âmbito de proteção da liberdade, da definição da equação negocial pelas partes, da atribuição de cará-

---

([38]) Ana Prata, *A tutela constitucional…*, *cit.*, p. 199.

([39]) Rui Medeiros/José Duarte Coimbra, "A tutela constitucional das relações contratuais: o caso da intervenção legislativa nos contratos de utilização de loja em centros comerciais durante a pandemia", *Revista de Direito Comercial,* dezembro, 2022, pp. 1667-1746 (p. 1697), disponível em <www.revistadedireitocomercial.com>.

([40]) Veja-se, *v.g.*, Rui Pinto Duarte, "O equilíbrio contratual como princípio jurídico", in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, 2014, pp. 1331-1345 (p. 1344), segundo o qual "o reconhecimento dos direitos ao desenvolvimento da personalidade e à capacidade civil, constante do art. 26.º, n.º 1, da CRP, implica a garantia de um certo grau de autonomia privada, incluindo de liberdade contratual".

([41]) Considerem-se, *v.g.,* os acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 299/2020, Processo n.º 984/2018 (Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro) e n.º 468/2022, Processo n.º 1004/2020 (Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro).

([42]) *V.* o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 468/2022, Processo n.º 1004/2020 (Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro).

ter vinculativo e obrigatório ao programa obrigacional característico do negócio jurídico. Mais, estamos ainda no âmbito do reconhecimento de um espaço vazio de intervenção pelo Direito, de defesa dos sujeitos perante o poder estadual na definição válida e permitida dos seus próprios interesses(43).

Acontece que as discussões sobre o equilíbrio apontam, as mais das vezes, para a natureza patrimonial das prestações em execução, remetendo o legislador, os tribunais e os intérpretes para a componente ou vertente de proteção do crédito suscetível de ser descortinada no direito de propriedade privada (cf. art. 62.º, n.º 1 da CRP). Como iremos demonstrar adiante, consideramos que esta é uma visão redutora da tutela do equilíbrio que constitui, senão uma opção menos idónea de enquadramento dogmático, então pelo menos uma frágil opção estratégica no que à prática jurídica diz respeito.

3. A previsão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade enquanto norma constitucional habilitante para o reconhecimento de um *direito ao desequilíbrio contratual* e de um *direito à sua manutenção* em cenários de perturbação na execução

3.1. O princípio do equilíbrio contratual(44) — breve *in*curso sobre o seu conteúdo normativo

A identificação do conteúdo normativo do princípio do equilíbrio contratual(45) apresenta inequívoca relevância para o enquadramento das

---

(43) Recordamos a referência já feita ao pensamento de Rui Medeiros/António Cortês, segundo os quais a "liberdade geral de ação implica ainda uma resistência à juridificação" e, adiante, "o respeito (…) pelo desenvolvimento da personalidade de cada um implica o reconhecimento de um *espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de constrangimentos jurídicos"* — *v.* Rui Medeiros/António Cortês, "Anotação ao art. 26.º da CRP", *cit.*, pp. 446 e 448.

(44) Sobre este princípio tivemos já oportunidade de expor em maior detalhe — v. Marta Martins da Costa, "Sobre o princípio do equilíbrio contratual no Direito privado português", *Cadernos de Direito Privado*, 82, Abril-Junho, Cejur, 2023, pp. 32-49.

(45) Para uma síntese sobre algumas das várias posições adotadas a seu respeito, *v.* Florian Rödl "Contractual Freedom, Contractual Justice and Contractual Law (Theory)", in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 76, No. 2, Duke University School of Law, 2013, pp. 57-70 (p. 59), que questiona: "*contractual law requires that contractual freedom be exercised in line with the rule of contractual justice?"*:

— Afastando o conceito de *fairness* da análise da substância dos contratos, *v.* Werner Flume,

conclusões deste estudo, pelo que iremos sintetizar o nosso entendimento preliminar sobre o mesmo no contexto do Direito privado português.

Começa por se esclarecer que a tese sustentada se dirige a partes com igual poder negocial, sofisticadas e conhecedoras do modo de ser do mercado em que atuam — é aqui que atribuímos relevância *autónoma* ao princípio do equilíbrio contratual(46). A proteção jurídica da parte mais fraca

---

Allgemeiner Teil des Burgerlichen Rechts, II, *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed., 1992 *apud* Florian Rödl, "Contractual freedom…", *cit.*, p. 61.

— Acolhendo a possibilidade de análise da substância dos contratos através do conceito de *fairness,* mas afastando-a nos casos em que a autonomia privada das partes é exercida em contexto de igual poder negocial, *v.* Karl Larenz, *Lehrbuch des schuldrechts: band i: allgemeiner teil*, pp. 76-79, 1987 *apud* Florian Rödl, "Contractual freedom…", *cit.*, p. 62.

— Sustentando que inexiste qualquer tensão entre autonomia privada e justiça contratual, na medida em que a primeira só permite a celebração de contratos justos, *v.* James Gordley, "Equality in Exchange", *California Law Review*, 69, December 1981, pp. 1587-1656 (p. 1587) e Peter Benson, "The Unity of Contract Law", in *The Theory of Contract Law*, Peter Benson ed., 2001, p. 118.

Sobre as posições sustentadas pela doutrina alemã, Claus-Wilhelm Canaris refere:

— A posição já identificada de Werner Flume — *v.* Claus-Wilhelm Canaris, "A liberdade e a justiça contratual na "sociedade de Direito privado"", in *Contratos: Actualidade e Evolução*, António Pinto Monteiro (coord.), Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, pp. 49-66 (p. 53).

— A posição de Konrad Zweigert/Hein Kötz, segundo os quais a liberdade contratual "tem por condição a igualdade económica e social das partes negociantes" existindo apenas "para contratos entre grandes empresas a propósito de objectos atípicos" pelo que "a justiça contratual — e já não a liberdade contratual — é, hoje em dia, em todo o mundo, o princípio material do funcionamento do direito dos contratos" — *v.* Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einfuhrung in die Rechtsvergleichung*, 2.ª ed., 1984, p. 10, *apud* Claus-Wilhelm Canaris, "A liberdade*…"*, *cit.*, p. 54.

— A posição de Schmidt-Rimpler, segundo o qual é "imanente ao mecanismo do contrato uma certa garantia de justeza dos efeitos jurídicos acordados, porque, em regra, uma vontade injusta de uma parte é corrigida pela resistência da outra" — *v.* Schmidt-Rimpler, ACP, 147 (1941) *apud* Claus-Wilhelm Canaris, *A liberdade…*, *cit.*, p. 55. Segundo este Autor, o contrato, enquanto regulação jurídica especial entre as partes, está sujeito às exigências da *concreta justiça ética em sentido estrito* e *à conveniência do conjunto de interesses contemplados.* Assim, o consentimento das partes em vincular-se àquele contrato no exercício da sua autonomia privada, implica que a valoração acordada não seja injusta para nenhuma das partes — *v.* Schmidt-Rimpler, ACP, 147, 1941, p. 130 *apud* Karl Larenz, *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik,* C. H. Beck de Munich, 1979 (tradução por Luis Díez-Picazo, Karl Larenz, *Derecho Justo*, Editorial Civitas, S.A., 1985, p. 79). Também, para uma apreciação crítica, Joaquim de Sousa Ribeiro, *O problema…*, *cit.*, p. 75, ss. Para o posicionamento de outros autores no Direito alemão, veja-se Karl Larenz, *Richtiges Recht…, cit.*, pp. 78-80.

(46) Em sentido contrário, Karl Larenz parece afastar a relevância daquele princípio nos casos em que a autonomia privada das partes não é exercida em contexto de assimetria negocial — *v.* Karl Larenz, *Lehrbuch des schuldrechts: band i: allgemeiner teil*, 1987, pp. 76-79 *apud* Florian Rödl, "Contractual freedom…", *cit.*, p. 62.

ou débil reconduz-se, no nosso entender, e em primeira linha, a exigências de ordem pública(47) (cf. o art. 280.º, n.º 2 do CC) — *i.e.*, a ordem pública impõe a equivalência, mas num cenário em existe assimetria de poder negocial, sendo este um contexto distinto daquele em que concentramos a nossa argumentação.

Pela mesma razão, não se atribui relevância, para este efeito e como exemplo da vigência do princípio do equilíbrio contratual, a normas ou institutos em que o equilíbrio é relevado em virtude da presença de elementos subjetivos, como é o caso do art. 282.º, n.º 1 do CC, que determina a anulabilidade do negócio jurídico em que alguém "explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados"(48). Também aqui a correção é espoletada por motivos predominantemente de ordem pública.

Vejamos, então.

O princípio do equilíbrio contratual constitui dimensão do princípio da justiça, na sua aceção de justiça comutativa, assumindo uma dupla relevância: (*i*) na formação da vontade das partes no negócio jurídico, suscitando questões sobre se pode ou deve existir sindicância sobre a justiça objetiva do programa obrigacional acordado pelas partes, suscetível de comprometer a validade do negócio jurídico ou (*ii*) como uma prerrogativa garantística da estabilidade daquele programa, tranquilizando as partes sobre a sua manutenção ao longo da vida do contrato, perante as vicissitudes que o venham a perturbar ou perante as modificações objetivas suscetíveis de atingir o seu objeto.

Analisadas as opções tomadas pelo legislador no Código Civil de 1966, que operou uma verdadeira socialização do Direito privado português(49) —

---

(47) Referimo-nos à chamada "ordem pública contratual", em causa nas relações em que existe assimetria de poder negocial. Neste sentido, *v.* Ana Perestrelo de Oliveira, *Desvinculação Programada do Contrato*, Almedina, 2021, p. 61.

(48) Também assim o § 138, 2 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) que qualifica como usurário apenas o negócio em que exista uma extraordinária desproporção entre prestação e contraprestação, mas apenas se a parte beneficiada houver explorado uma situação de maior vulnerabilidade da outra parte.

(49) De facto, o Código Civil de 1966 é um *Código social*, não no sentido "identificável com o direito do trabalho e da segurança social" mas no sentido da "prevalência do interesse público sobre o individual no caso de um ter de ceder ao outro, para o primado do universalismo unilateral do grupo". Como refere Luís Correia de Mendonça, que citamos, "ao individualismo liberal do Código Civil e da Constituição de 1911 vai opor-se um solidarismo orgânico: tudo estava em integrar o indivíduo, outrora pilar exclusivo da ordem económico-social «com a sua dignidade, com a sua honra, dentro da organização hierárquica da família e como membro da comunidade nacional (A. Varela)». (…) Tratava-se agora de inverter o rumo às coisas, de sacrificar o ideal do individualismo liberal no alterar

são múltiplas as concretizações normativas da ideia de justiça comutativa naquele previstas(50) —, consideramos que o princípio do equilíbrio contratual constitui um princípio válido e vigente no nosso ordenamento jurídico-privado(51), encontrando "valor deôntico próprio"(52), e remetendo

---

dos direitos dos grupos (família, organismos profissionais, autarquias, Igreja, Nação e Estado) e do bem comum". Assistiu-se, *inter alia*, a uma "reacção contra a teoria da autonomia da vontade" — *v.* Luís Correia de Mendonça, "As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição", *Análise Social, Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, Vol. XVIII (72-73-74), 1982-3.º-4.º-5.º, pp. 829-867 (p. 855, ss.).

(50) Ressalvada a menção feita pelo art. 237.º do CC ao "equilíbrio das prestações", o princípio do equilíbrio contratual não é expressamente mencionado pelo nosso Código Civil. Contudo, descortinam-se neste diploma múltiplas (outras) concretizações normativas do mesmo, seja em normas com assinalável amplitude e aptidão de aplicabilidade — (*i*) o art. 437.º do CC, que prevê o direito de resolução ou modificação do contrato por alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar e (*ii*) o art. 334.º, que prevê o abuso do direito, no âmbito do qual realçamos a modalidade identificada pela doutrina como *desequilíbrio no exercício jurídico* —, seja em disposições que integram previsões direcionadas a aspetos mais concretos da relação negocial ou de um tipo de negócio jurídico em particular — (*i*) o n.º 2 do art. 1216.º do CC, que prevê o direito ao aumento do preço estipulado, em benefício do empreiteiro, no caso de alterações ao plano convencionado exigidas pelo dono da obra; (*ii*) o art. 812.º do CC nos termos do qual é possível a redução oficiosa da cláusula penal manifestamente excessiva e (*iii*) várias normas do regime da compra e venda, como o art. 888.º, n.º 2 do CC relativo à redução ou aumento do preço de coisas sujeitas a contagem, pesagem ou medição, e os arts. 913.º e 911.º do CC sobre direito à redução do preço no caso da venda de coisas defeituosas ou bens onerados — *v.*, a este respeito, Diogo Costa Gonçalves/Diogo Tapada dos Santos, "Juros moratórios, indemnização e anatocismo potestativo", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXI, Número 2, 2020, pp. 205-230 (p. 218); João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª ed., 2017, pp. 227-228; Ana Filipa Morais Antunes, "A força maior e o (des)equilíbrio negocial", in *Católica Talks, Direito e Pandemia*, Elsa Vaz de Sequeira (coord.), Universidade Católica Editora, 2022, pp. 9-75 (pp. 48-51); Rui Pinto Duarte, "O equilíbrio contratual como princípio jurídico", in *Escritos Jurídicos Vários 2000-2015*, Almedina, 2015, pp. 685-699 (p. 692, ss.).

(51) Os nossos tribunais atribuem, serena e quase unanimemente, relevância aos conceitos de justiça comutativa e de equilíbrio contratual — note-se, contudo, que os mesmos são invocados sem especial densificação do seu conteúdo, um pouco como chapéus de um ideal de justiça que pode ter significados distintos para aplicadores distintos. Considerem-se, a título exemplificativo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.06.2021 (Relatora Maria Clara Sottomayor), Processo n.º 1901/17.2T8VRL.G1.S1 e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16.09.2010, Processo n.º 107/05.8TBAMD.L1.S1 (Relator Pires da Rosa). É-lhes feita referência, as mais das vezes, no contexto da aplicação do instituto da alteração das circunstâncias — a título exemplificativo, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.03.2010, Processo n.º 134/2000.P1.S1 (Relator Hélder Roque); o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.10.2019, Processo n.º 13468/14.9T8LSB.L1-1 (Relator Pedro Brighton) — mas também da aplicação das demais concretizações *supra* referidas — veja-se a respeito do abuso do direito, na modalidade de desequilíbrio no exercício jurídico, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28.10.2015, Processo n.º 142046/08.3YIPRT.P3 (Relator Aristides Rodrigues de Almeida) —, ou mesmo de outros institutos ou normas jurídicas, lado a lado com outras válvulas de segurança do sistema — *v.g.*, a respeito da exceção de não cumprimento, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.12.2021, Processo n.º 3069/19.0T8LSB.L1.S1 (Relatora Rosa Tching); acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21.12.2021, Processo n.º 117788/19.1YIPRT.L1-7 (Relator Luís Filipe Sousa); acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07.06.2018, Pro-

para um conceito de justiça contratual material. Assume relevância sobretudo perante vicissitudes ou perturbações durante a execução do contrato, mas acaba por relevar também para a formação da vontade das partes, sobretudo no que diz respeito à sua interpretação.

Afasta-se, contudo, que o princípio do equilíbrio contratual impeça a assunção de vinculações desequilibradas, por partes com igual poder negocial(53). O princípio do equilíbrio contratual constitui o exemplo e o resguardo da juridicidade perante a autonomia privada das partes, estabelecendo padrões de justiça objetiva na celebração dos contratos, aspirando à sua equivalência (o que releva desde logo para efeitos de interpretação da vontade das partes, sendo estes comandos essencialmente dispositivos), e impondo limites quando as partes, no exercício da sua autonomia privada, se excedem no afastamento dos referidos padrões ou esse afastamento ocorre em virtude de eventos supervenientes(54).

Autonomia privada e equilíbrio contratual coexistem, assim, em harmonia, delimitando-se reciprocamente em face das opções tomadas pelas partes no exercício da primeira. Importante é, contudo, não perder de vista que o espaço ocupado pelo Direito privado é um de liberdade, de possibilidade de identificação, regulação e oneração de interesses pelas próprias partes, que não se compatibiliza com excessivos intuitos corretivos por

---

cesso n.º 4014/08.4TBAMD.L2-6 (Relator Manuel Rodrigues); acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.01.2022, Processo n.º 02B2146 (Relator Joaquim de Matos); acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.07.1999, Processo n.º 00B023 (Relatora Sousa Inês); do cálculo de indemnização por danos não patrimoniais, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.05.1992, Processo n.º 080991 (Relator Santos Monteiro); da eliminação dos defeitos no âmbito do contrato de empreitada, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02.03.2015, Processo n.º 5513/10.3TBVFR.P1 (Relator Manuel Domingues Fernandes); da indemnização de clientela, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31.03.2004, Processo n.º 04B545 (Relator Araújo Barros); do problema do destino a dar aos bens em *stock* uma vez extinto o contrato de concessão, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07.09.2020, Processo n.º 111662/12.0YIPRT.L1.S1 (Relator Ricardo Costa); etc. Todos os acórdãos referidos se encontram disponíveis em <www.dgsi.pt>. Na jurisprudência a sua relevância encontra-se afeta, em maior medida, a cenários de perturbação na execução ou de modificações objetivas ao conteúdo do contrato, fruto da vontade das partes ou da evolução na sua execução.

(52) Rui Pinto Duarte, "O equilíbrio contratual…", *cit.*, p. 692, ss.

(53) Diogo Costa Gonçalves, "Anotação ao art. 762.º do Código Civil", in *Novo Coronavírus e Crise Contratual, Anotação ao Código Civil*, Catarina Monteiro Pires (coord.), AAFDL Editora, 2020, pp. 69-78 (p. 74). No mesmo sentido, Ana Filipa Morais Antunes, "A força maior…*"*, *cit.*, p. 44; Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Almedina, 2007, p. 26.

(54) Karl Larenz, no contexto da sua perspetiva sobre o princípio do equilíbrio contratual que *supra* identificámos, faz referência às *funções* ou *aspectos* negativos e positivos daquele. O primeiro consubstancia um *limite ao conteúdo contratual admissível*, que atua em casos extremos e *nas condições gerais de contratação*; o segundo atua *configurando o Direito legal dispositivo que integra o contrato — v.* Karl Larenz, *Richtiges Recht…*, *cit.*, pp. 89-90.

parte do Direito — às partes é, neste contexto, por natureza, concedido um espaço tendencialmente vazio de intervenção estadual por essa via.

Assim, afirmar a vigência do princípio do equilíbrio contratual em contextos em que existe igual poder negocial entre as partes não significa espoletar uma sindicância da equivalência objetiva das prestações em todos os negócios jurídicos. Na formação dos contratos, as partes podem assumir, no exercício da sua autonomia privada, vinculações desequilibradas — o sistema *deseja* o equilíbrio, fomenta-o, mas, até aos seus limites, não o impõe(55). Deste modo, a sua vigência dita não voluntária ocorre, sobretudo, perante o desequilíbrio patológico, as mais das vezes superveniente.

A natureza injuntiva do princípio do equilíbrio contratual surge, assim e no nosso entender, em dois momentos diferentes, como limite expressivo da socialização do nosso ordenamento jurídico-civil e, se quisermos, da conformação ético-axiológica do sistema: (*i*) quando as partes, usando da sua faculdade de disposição, afastam o equilíbrio que o sistema deseja, mas o fazem em termos que tornam a execução do contrato *excessivamente onerosa* para uma das partes, em termos *ofensivos do princípio da boa fé* — o que podemos designar por desequilíbrio *não permitido* (ainda que válido); (*ii*) ou quando as partes, tendo optado por um determinado desequilíbrio inicial, assistem a um desenvolvimento da relação contratual, a uma alteração das circunstâncias com base nas quais aquela foi celebrada, ou à introdução de modificações objetivas ao seu conteúdo que podem constituir uma disrupção da equação financeira determinada pelas partes, que, atingindo determinada dimensão, aciona os mecanismos corretivos do sistema — perante a superveniência de qualquer um dos cenários referidos, as partes devem encontrar-se numa situação de *igualdade,* observada a álea a que se vincularam, afastando situações de assimetria na assunção da *onerosidade excessiva ocasionada pela superveniência,* acontecimento em si mesmo *ofensivo do princípio da boa fé*.

Nestes casos, cuja análise é espoletada por ocasião de cenários patológicos em que os tribunais são inevitavelmente chamados a intervir, a solução do ordenamento perante o desequilíbrio residirá na (re)interpretação ou modificação do contrato — *v.g.,* tornando ilegítima a exigência de uma determinada prestação excessivamente onerosa a que uma das partes se tenha vinculado; repondo o equilíbrio de base de um contrato que se tornou manifestamente desequilibrado por um evento superveniente, distribuindo o peso das novas circunstâncias por ambas as partes através de

(55) Diogo Costa Gonçalves, "Anotação ao art. 762.º do Código Civil", *cit.*, p. 74.

modificações quantitativas(56) —; ou determinando a resolução de um contrato em que, por circunstâncias supervenientes, um equilíbrio, ou um desequilíbrio permitido, se tornou impossível de atingir — mas não será colocada em causa a validade daquele.

Como já resulta do exposto, consideramos que a aplicação do princípio do equilíbrio contratual no âmbito do Direito privado é dirigida por vetores como princípio da boa fé e o princípio da igualdade. A decisão nestes termos tomada não se aparta necessariamente daquela que ocorre segundos juízos de equidade (cf. o art. 437.º do CC). A equidade constitui o "momento da concreta realização do Direito"(57), mediada pelo sistema, em si mesmo adequado, e que não sendo — *rectius,* não podendo ser — completo, integra os vetores de que necessita para aquele efeito(58/59). Deste modo, decidir segundo juízos de equidade, é decidir *o caso concreto* — ponderada a matéria de facto — segundo os vetores que integram o sistema(60) — o que inclui, para lá das normas jurídicas, uma multiplicidade de princípios —, pelo que afirmá-lo no contexto desta análise não implica afastar da operacionalização concreta do princípio do equilíbrio contratual os princípios da boa fé e da igualdade.

---

(56) Sobre a impossibilidade de os tribunais implementarem modificações qualitativas sem o assentimento das partes, *v.* J. Oliveira Ascensão, "Onerosidade…", *cit.*, disponível em <www.portal.oa.pt>.

(57) António Castanheira Neves, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, 1968-1969, p. 244.

(58) Não se sugere que estes vetores são uniformes ou que se encontram em harmonia. As mais das vezes o oposto ocorre, originando colisões apenas suscetíveis de serem solucionadas perante o caso concreto, com apelo a critérios de proporcionalidade. Mas se os princípios, individualmente considerados, podem não ser suficientes, outros, que integram o mesmo sistema, podem ser chamados a guiar ou mediar a sua aplicação na realização concreta do Direito. Em tom realista sobre as insuficiências do conceito de "sistema", refere António Cortês que "a palavra "sistema" tende a dar uma ideia de coerência e auto-suficiência que certamente pouco teria a ver com a realidade do direito vigente. Aquilo que o "sistema jurídico" refere não é mais do que um somatório de princípios, regras e actos normativos de natureza heterogénea, historicamente condicionados, nem sempre bem articulados, muitas vezes de sentido contrário e quase sempre insuficientes para auto-definirem os pressupostos da sua própria aplicação" — *v.* António Cortês, "Fundamentos e limites da argumentação jurídica — uma reflexão sobre o Direito e a Justiça", *BMJ, Stvdia Ivridica,* 90, *Ad Honorem* — 3, Coimbra Editora, 2008, pp. 389-401 (pp. 393-394).

(59) *V.* António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.ª ed., Almedina, 2019, p. 613: "podemos considerar a equidade como um modo de aplicação do Direito, através da sua Ciência, com um esbatimento dos seus aspetos formais. (…) Tecnicamente, não é uma fonte: antes um modo de realizar o Direito".

(60) Adotando uma perspetiva distinta da exposta, *v.* Manuel A. Carneiro da Frada, "A Equidade ou a "Justiça com Coração", A Propósito da Decisão Arbitral Segundo a Equidade", in *Forjar o Direito,* Almedina, 2015, pp. 653-659.

3.2. O enquadramento jurídico-constitucional do *direito ao desequilíbrio contratual* e do *direito à manutenção do desequilíbrio contratual* através do direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Aqui chegados, estamos agora em condições de tomar posição sobre a tutela constitucional do *direito ao desequilíbrio* e *do direito à manutenção do desequilíbrio contratual* em cenários de reposição do equilíbrio intermediada pelo poder judicial após superveniências que venham comprometer a equação financeira(61) de um negócio jurídico celebrado entre partes com igual poder negocial.

É nestas ocasiões, em que a execução do contrato atinge um cenário patológico, as mais das vezes provocado por desenvolvimentos supervenientes, que os particulares carecem de tutela quanto aos intuitos corretivos ou ideais de justiça contratual material que os tribunais possam encontrar para si — e que muitas vezes extravasam os termos da vigência do princípio do equilíbrio contratual no Direito privado português. Como começámos por referir, o tema assume especial importância no panorama nacional e internacional atual. A pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2 e os conflitos hoje em curso em mais do que uma região do globo constituem acontecimentos sem precedentes equivalentes no período de vida dos atuais deputados da nossa Assembleia da República e dos membros do nosso Governo, e bem assim dos atuais juízes dos nossos tribunais, o que encerra em si aptidão para excessos de intervenção estadual(62) num espaço que anteriormente tendia a ser deixado aos sujeitos de Direito privado — o exercício da autonomia privada por partes com igual poder negocial e igual sofisticação, conhecedoras do mercado em que atuam(63).

---

(61) Seja a inicial, seja aquela a que a execução normal do contrato, de acordo com a álea acordada, conduziu.

(62) Em particular quanto à intervenção legislativa no contexto da pandemia da doença Covid-19, a chamada "legislação COVID-19" veio comprometer a equação financeira determinada pelas partes em múltiplos negócios jurídicos, privilegiando a posição jurídica de um dos contraentes, mesmo nos casos em que preocupações de proteção do contraente mais débil não tinham lugar — note-se que o contraente mais débil, para esse efeito, é aquele que negoceia perante uma parte com superior poder negocial. O contraente que, durante a execução do contrato, por acontecimentos supervenientes, se vê numa posição de maior debilidade, de onerosidade excessiva, recebe do Direito (ou deve receber) uma tutela distinta, que obedece a princípios distintos. Em sentido crítico sobre os desequilíbrios contratuais introduzidos pela "legislação COVID-19", veja-se Ana Filipa Morais Antunes, "A força maior …", *cit.*, pp. 14-18. Sobre a sua possível inconstitucionalidade, *v.* Rui Pinto Duarte, "O equilíbrio contratual…, *cit.*, p. 1343.

(63) Referimo-nos àqueles que no contexto do comércio eletrónico são designados por contratos "B2B" ou *business to business* (contratos celebrados entre empresas) — *v.* José Engrácia Antunes,

Neste contexto, que coloca inúmeras questões jurídicas, optámos por ensaiar uma resposta a duas (*i*) os termos da vigência do princípio do equilíbrio contratual no âmbito do nosso Direito privado (que já sintetizámos *supra*) e (*ii*) os limites que nesse domínio se colocam à intervenção estadual através dos tribunais, sobretudo quando inexistem razões de ordem pública para que seja afastada a vontade das partes.

Refletindo sobre quais são esses limites, a relevância da identificação de um parâmetro constitucional de tutela da opção pelo desequilíbrio parece-nos evidente, sobretudo considerando que aquele que procuramos identificar se coloca, já o dissemos, perante a atuação dos decisores. Não desconsiderando a tese já identificada que aponta como inútil exercício mais ou menos idêntico ao que aqui encetamos, a verdade é que a hierarquia das normas, a relevância da Constituição enquanto *Lei Fundamental*, não pode ser obviada sobretudo quando a relação no âmbito da qual o limite deve atuar é entre particular e Estado. Mais. Encontrar arrimo constitucional para uma determinada pretensão significa, na prática, oferecer aos privados uma possibilidade adicional de interposição de recurso (cf. os arts. 70.º, n.º 1, alínea *b*) e 75.º, n.º 1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional ("LOTC") e o art. 280.º, n.º 1, alínea *b*) da CRP) e assim de acesso aos tribunais (cf. o art. 20.º, n.º 1 da CRP).

Como adiantámos, privilegiamos o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na sua segunda dimensão de liberdade geral de ação, chapéu que acolhe a autonomia privada, para oferecer proteção constitucional à fixação tendencialmente definitiva do programa obrigacional pelas partes, mesmo que este seja desequilibrado.

Em primeiro lugar, importa referir que a opção pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade em detrimento de outros parâmetros (ou *vice-versa*) apenas é necessária se entendermos, como o faz a doutrina alemã — e, bem assim, Paulo Mota Pinto —, que aquele direito tem uma *função de recolha*, "de *complementação* ou suplementar em caso de existência de uma "lacuna" na tutela da liberdade através do reconhecimento de direitos especiais de liberdade"(64). De acordo com esta linha de pensamento, caso seja lesado um direito especial de liberdade — uma liberdade *nominada* ou *especialmente prevista* — não é necessário convocar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, enquanto *cláusula geral de proteção da liberdade*(65).

"Dos contratos de consumo em especial", *ROA* I-II, 2018, pp. 125-189 (p. 148, nota 50), disponível em <www.portal.oa.pt>.

(64) Paulo Mota Pinto, *Direitos de personalidade…*, *cit.*, pp. 73-74.

(65) *Idem*, pp. 74-75.

Acontece, em primeiro lugar, que esta orientação não é unânime(66). Referem Gomes Canotilho e Vital Moreira que "apesar de tudo, o direito ao desenvolvimento da personalidade não pode ser encarado apenas como uma liberdade ou direito geral ("direito geral de liberdade") de natureza complementar ou subsidiária. Na qualidade de expressão geral de uma esfera de liberdade pessoal, ele constitui um direito subjetivo fundamental do indivíduo, garantindo-lhe um *direito à formação livre da personalidade* ou *liberdade de acção* como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, e um *direito de personalidade* fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico-pessoal e, em especial, da *integridade* desta"(67).

Adiante, mesmo que se optasse pela subsidiariedade do recurso ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade — no que não se concede —, este corresponde, de facto, ao parâmetro constitucional mais apto

---

(66) Note-se, em todo o caso, serem diversas as ocasiões em que Paulo Mota Pinto não parece afastar a possibilidade de coincidência ou sobreposição da tutela dos vários parâmetros disponíveis. A título exemplificativo, sobre o reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade a pessoas jurídicas de Direito privado, refere: "na sua dimensão de liberdade geral de ação, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade foi, além disso, igualmente reconhecido a pessoas jurídicas de direito privado, por exemplo, para tutela da sua liberdade de atuação económica. E, na verdade, se nos parecem existir legítimas dúvidas sobre a compatibilidade de alguns aspetos da tutela da personalidade com a natureza das pessoas jurídicas (*v.* art. 12.º, n.º 2, da Constituição), e, assim, sobre a possibilidade de reconhecimento a estas, de um direito geral de personalidade, cremos, todavia, que, na dimensão de liberdade geral de ação, o direito ao desenvolvimento da personalidade pode abrigar alguns aspetos — como, por exemplo, os relacionados com a liberdade económica e de concorrência — que terão igualmente pertinência quanto a essas pessoas jurídicas" — *v.* Paulo Mota Pinto, *Direito de personalidade…*, *cit.*, p. 92. Adiante, citando (e concordando com) o Tribunal Constitucional Federal alemão, dá nota que a norma que prevê o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é "expressão complexiva da esfera de liberdade pessoal e simultaneamente ponto de partida de todos os direitos subjetivos de defesa do cidadão em face do Estado" — *v. idem*, p. 161, citando o acórdão do *BVerfGE,* 49, 15 — *Volksentscheid Oldenburg*, disponível em <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049015.html>. O Autor parece ainda considerar que âmbito de aplicação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode exceder aspetos pessoais, referindo que o seu objeto de proteção "é o comportamento humano em geral (…), e não, ao contrário de outros direitos de liberdade, a conduta limitada a um setor especial da realidade humana. A liberdade geral de acção é, aliás, garantida independentemente de características qualitativas ou valorativas. No domínio de proteção incluem-se, pois, actuações de qualquer espécie e valor, sem que tenha que reconhecer-se-lhes uma *especial ligação* ao desenvolvimento da personalidade individual. Trata-se de uma proteção da liberdade de acção em sentido amplo, sem consideração do significado que aquela actuação em concreto tem para o desenvolvimento da personalidade" — *v. idem*, p. 201.

(67) J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, "Anotação ao art. 26.º da CRP", *cit.*, p. 463. Por sua vez, Rui Medeiros/António Cortês sustentam que a liberdade geral de ação inclui não apenas direitos inominados de liberdade, mas realidades "tipificadas autonomamente no texto constitucional", como "a livre iniciativa económica" — *v.* Rui Medeiros/António Cortês, "Anotação ao Artigo 26.º da CRP", *cit.*, p. 446.

a suportar o *direito ao desequilíbrio* e o *direito à manutenção do desequilíbrio contratual*.

Como se introduziu, existem outros parâmetros na Lei Fundamental que podem ser convocados a este respeito, sendo que a jurisprudência constitucional tem vindo a privilegiar, em indagações próximas à que nos ocupa, a liberdade de iniciativa económica privada (cf. o art. 61.º, n.º 1 da CRP) e, sobretudo, o direito de propriedade privada (cf. o art. 62.º, n.º 1 da CRP) — assim no caso recente do acórdão n.º 468/2022([68]).

Sendo inequívoco que o direito à iniciativa económica privada (cf. o art. 61.º, n.º 1 da CRP) se encontra ligado à autonomia privada([69]) (pressupondo-a)([70]), importa esclarecer que este tutela a liberdade de iniciar uma atividade económica e a liberdade de organização, gestão e atividade da empresa([71]). Assim, não obstante comportar "numa aceção lata, a prática de qualquer ato e o exercício de qualquer atividade de índole económica, por parte de pessoas privadas, singulares ou coletivas", o seu "significado jurídico-constitucional (…) é, no entanto mais restrito", referindo-se a "uma iniciativa económico-produtiva de carácter empresarial; quer dizer, envolve a produção e a comercialização de bens, assim como o forneci-

---

([68]) Processo n.º 1004/2020 (Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro), disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>. No contexto de alguns dos diplomas que declararam o estado de emergência durante a pandemia da doença Covid-19, releva considerar a menção expressa à suspensão do exercício dos direitos de propriedade e de iniciativa económica privada presente no Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril [art. 4.º, alínea *b*)], e no Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril [art. 4.º, alínea *b*)], sendo referida, em ambos os casos, a possibilidade de serem "*temporariamente modificados os termos e condições de contratos de execução duradoura ou dispensada a exigibilidade de determinadas prestações, bem como limitado o direito à reposição do equilíbrio financeiro de concessões em virtude de uma quebra na respetiva utilização decorrente das medidas adotadas no quadro do estado de emergência"* — no segundo diploma identificado ao contrato de concessão é acrescentado o contrato de prestação de serviços. Ao abrigo destes diplomas foi publicado o Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril, que veio prever um regime excecional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura. Sobre estes e outros exemplos em que aqueles parâmetros constitucionais são relevados, *v.* Rui Medeiros/José Duarte Coimbra, "A tutela constitucional das relações contratuais: o caso da intervenção legislativa nos contratos de utilização de loja em centros comerciais durante a pandemia", *cit.*, p. 1689, ss.

([69]) Em tom crítico sobre a concepção que sustenta a tutela da autonomia privada como tutela da iniciativa económica privada, *v.* Ana Prata, *A tutela constitucional…*, *cit.*, p. 183, ss.

([70]) "Mas, se a actividade jurídica negocial é instrumental da actividade económica, ela não a esgota nem se confunde com ela. (…) Muito embora, portanto, o reconhecimento constitucional da iniciativa privada comporte, como corolário necessário, a autorização de realização dos negócios jurídicos inerentes à atividade económica que no seu quadro se exerce, não pode o sujeito económico reivindicar para cada acto negocial a tutela que a Constituição estabelece para aquela actividade, unitariamente concebida" — *v.* Ana Prata, *A tutela constitucional…*, *cit.*, p. 185.

([71]) Gomes Canotilho/Vital Moreira, "Anotação ao art. 61.º da CRP", in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 787-797 (p. 790).

mento de serviços, para o mercado, através de uma organização autónoma constituída para o efeito, funcionalmente adequada e convenientemente implantada nos mercados relevantes dos bens e/ou serviços em causa — a empresa"(72).

Já a garantia constitucional da propriedade (cf. o art. 62.º, n.º 1 da CRP) constitui um parâmetro mais próximo ao direito ao desequilíbrio ou à sua manutenção(73), mas não encerra em si mesma aptidão para igualar o âmbito de tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Não se rejeita, antes se acolhe, que a tutela constitucional do direito de propriedade abrange alguns direitos patrimoniais privados, como os direitos de crédito — o que é hoje mais ou menos consensual, na doutrina e na jurisprudência(74).

---

(72) Evaristo Ferreira Mendes, "Anotação ao art. 61.º da CRP", in *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª ed., Jorge Miranda/Rui Medeiros (coord.), Universidade Católica Editora, 2017, pp. 853-895 (p. 855).

(73) A ligação entre o equilíbrio contratual e o direito de propriedade foi, na verdade, já estabelecida pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ("TEDH"). No caso *Beyeler v. Italy* (*Application no*. 33202/96, 5 de janeiro de 2000) o tribunal convocou a ideia de "*fair balance*" para considerar que a atribuição de um preço inadequado na aquisição da propriedade de um bem (móvel) constituía violação do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 à Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais que visa a proteção da propriedade privada. Segundo o TEDH, *"that state of affairs allowed the Ministry of Cultural Heritage to acquire the painting in 1988 at well below its market value. Having regard to the conduct of the authorities between December 1983 and November 1988, the Court considers that they derived an unjust enrichment from the uncertainty that existed during that period and to which they had largely contributed. Irrespective of the applicant's nationality, such enrichment is incompatible with the requirement of a "fair balance". 122. Having regard to all the foregoing factors and to the conditions in which the right of pre-emption was exercised in 1988, the Court concludes that the applicant had to bear a disproportionate and excessive burden." There has therefore been a violation of Article 1 of Protocol No. 1"* — disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>. Note-se que, em rigor, a ideia de "*fair balance*" é refeferida pelo TEDH com o seguinte sentido "*the concern to achieve a "fair balance" between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights is reflected in the structure of Article 1 as a whole and entails the need for a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. In the context of the general rule enunciated in the first sentence of the first paragraph of Article 1, ascertaining whether such a balance existed requires an overall examination of the various interests in issue, which may call for an analysis not only of the compensation terms — if the situation is akin to the taking of property, but also, as in the instant case, of the conduct of the parties to the dispute, including means employed by the State and their implementation".* Assim, o equilíbrio em causa na decisão do TEDH não reside necessariamente na ideia de um preço justo, mas sim no equilíbrio entre razões de utilidade pública e a proteção do direito fundamental à propriedade do ente particular.

(74) Veja-se, na doutrina, Gomes Canotilho/Vital Moreira, "Anotação ao art. 62.º da CRP", in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 798-810 (p. 800, ss.); Rui Medeiros, "Anotação ao Artigo 62.º da CRP", in *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª ed., Jorge Miranda/Rui Medeiros (coord.), Universidade Católica Editora, 2017, pp. 896-924

Contudo, no nosso entender, e para o que aqui pretendemos sustentar, mais do que estar em causa a tutela do acervo patrimonial do sujeito, releva o reconhecimento da obrigatoriedade de observação, pelos tribunais, da vontade expressa pelas partes no contrato, quando essa vontade é válida e conforme aos princípios que compõem o sistema e são suscetíveis de se aplicar à concreta relação jurídica em causa([75]). O que se pretende tutelar é, assim, mais amplo (e eventualmente mais significativo ou digno) do que a afetação de posições jurídicas com valor patrimonial.

Quando um contrato celebrado entre partes com igual poder negocial, em que estas voluntária, livre e *informadamente* escolhem vincular-se em termos desequilibrados — e o fazem em termos conformes ao conteúdo normativo do princípio do equilíbrio contratual —, é afetado por perturbações na execução ou por modificações objetivas ao conteúdo que colocam uma das partes numa situação de onerosidade excessiva que determina a intervenção dos tribunais([76]), a reposição do (des)equilíbrio originário operada por estes deve observar a vontade das partes, o programa obrigacional que as une e que escolheram([77]). Assim, um contrato desequilibrado deve manter-se um contrato desequilibrado, ainda que adaptado às circunstâncias atuais, diferentes daquelas que fundaram a decisão de contratar. A equação escolhida, se inobservável nos seus exatos termos após a perturbação ou a modificação objetiva, deve ser respeitada na reconfiguração do vínculo prestacional.

(pp. 901-902); Rui Medeiros/José Duarte Coimbra, "A tutela constitucional das relações contratuais: o caso da intervenção legislativa nos contratos de utilização de loja em centros comerciais durante a pandemia", *cit.*, p. 1705, ss. Na jurisprudência constitucional, a título exemplificativo, o acórdão n.º 491/02, Processo n.º 310/99 (Conselheiro Paulo Mota Pinto) e o acórdão n.º 468/2022, Processo n.º 1004/2020 (Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro), disponíveis em <www.tribunalconstitucional.pt>.

([75]) Rejeitando (ainda que numa linha de raciocínio diversa) a ligação entre o equilíbrio contratual e o direito de propriedade, *v.* Manuel Carneiro da Frada, "A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19, Teses e reflexões para um diálogo", *ROA*, 2020, pp. 153-160, disponível em <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>: "a lesão, pelo legislador, do equilíbrio contratual no que toca à alocação do risco de uma grande alteração das circunstâncias como a presente pandemia não representa certamente uma violação da propriedade propriamente dita. É por isso questionável que se encontre abrangida pela garantia constitucional àquela assegurada pelo art. 62.º da Constituição, pese embora a possibilidade de uma interpretação mais generosa desse preceito constitucional".

([76]) Note-se que a intermediação da reposição do equilíbrio financeiro pelos tribunais, em cenários de perturbação na execução, é suscetível de ser evitada pelas partes se — sobretudo em contratos duradouros — existir a cautela de prever cláusulas que viabilizem a reorganização do contrato em face da superveniência — *v.g.*, cláusulas de *hardship* ou cláusulas MAC (*Material Adverse Change).* Sobre estas, *v.* Ana Perestrelo de Oliveira, *Desvinculação…*, *cit.*, p. 285, ss.

([77]) Na sequência do que referimos no ponto anterior, o problema não se colocaria na presença de cláusulas de renegociação, já que se caracterizam pelo "reconhecimento contratual da importância da manutenção do equilíbrio acordado e da resolução autónoma dos conflitos, afastando uma intervenção heterónoma indesejada" — *v.* Ana Perestrelo de Oliveira, *Desvinculação…*, *cit.*, p. 284.

Trata-se, assim, de garantir que um evento superveniente — como alguns, sem precedentes, têm ocorrido — não é utilizado para sujeitar ao crivo da justiça contratual vínculos que não lhe estariam sujeitos sem aquele. Pois que a intervenção dos tribunais após a superveniência visa lidar com esta e não com a vontade das partes. E se a onerosidade àquela subjacente deve ser distribuída igualmente pelas partes([78]), o demais, pré-existente, válido e *permitido*, deve ser respeitado. Como refere Ana Perestrelo de Oliveira "quando as relações se desenvolvem entre sujeitos em posição de igualdade informativa e com real liberdade de autodeterminação, *i.e.*, quando existe "liberdade fáctica de tomar decisões", as manifestações do paternalismo jurídico cedem, por princípio"([79]).

A questão excede, deste modo, a tutela do credor que, após a reconfiguração do desequilíbrio inicial através de um excesso de interpretação/ /aplicação do conceito de justiça contratual ou de equilíbrio contratual, vê o seu crédito diminuído em maior medida do que a proporção estritamente relacionada com o evento superveniente. A intervenção, porque externa aos intervenientes do contrato, e (sobretudo) porque excessiva, extravasa as questões patrimoniais, prendendo-se com *o* aspeto estrutural da organização das sociedades de Direito privado: a estabilidade do que as partes escolheram para se unirem em vínculo negocial.

Mais. O próprio devedor, mesmo nesse cenário em que passa a dever em menor medida, deve ser tutelado contra uma pretensa defesa exógena dos seus próprios interesses; afinal, se com igual poder negocial ao credor escolheu vincular-se desequilibradamente, deve ver reconhecido o seu direito a manter os termos desse mesmo desequilíbrio após a modificação do contrato, cuja adaptação às novas circunstâncias não deve implicar uma pretensa *justicialização* do vínculo. Ora, o direito fundamental de propriedade privada, mesmo entendido em sentido amplo e assim abrangendo os direitos de crédito, não tutela a posição do devedor que escolheu, por hipótese, penalizar o seu património na celebração de um determinado contrato, protegendo apenas o credor([80]) enquanto "titular do interesse patri-

---

([78]) Veja-se, a este propósito, Carneiro da Frada que, a respeito do impacto da pandemia da doença Covid-19 na execução dos contratos, adianta que "o equilíbrio da balança da Justiça significa que a justa medida é constituída pelo justo meio. Pelo que a repercussão jurídica do Covid-19 deve ser repartida de harmonia com um princípio de igualdade" — *v.* Manuel Carneiro da Frada, "A alteração das circunstâncias...", *cit.*, pp. 156-157.

([79]) *V.* Ana Perestrelo de Oliveira, *Desvinculação...*, *cit.*, p. 72.

([80]) A título exemplificativo, veja-se o já referido acórdão do Tribunal Constitucional n.º 468/2022, Processo n.º 1004/2020 (Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro) — disponível em <www.tribunalconstitucional.pt> — em que se analisou a introdução (legislativa) de um fator de dese-

monial que o dever de prestar visa satisfazer" o que o torna também "à luz da Constituição, um *proprietário*"(81).

Entendemos que a atribuição de um novo figurino a situações jurídicas já adquiridas, pelos tribunais, quando estas tiveram origem em contratos negociados por partes com igual poder negocial, extravasa o âmbito de tutela do direito fundamental de propriedade, reclamando um parâmetro constitucional mais apto a garantir o respeito pelos termos concretos da vinculação contratual, que, quando permitidos, devem ser tidos como juridicamente obrigatórios. Como refere Erichsen, "o desenvolvimento individual na relação entre particulares exige o reconhecimento do querido vinculativamente como juridicamente obrigatório (…)"(82).

Evidentemente que o exposto não significa a inalterabilidade dos contratos em cenários de perturbação ou modificação objetiva; significa, isso sim, o criterioso respeito pelo programa obrigacional fixado pelas partes, ponderando as suas motivações, escolhas e opções na concreta operacionalização da modificação do contrato. Vedado encontra-se, pois, o enfraquecimento do vínculo através da intervenção dos tribunais, em qualquer cenário. É, pois, reposto o equilíbrio contratual *visado* ou *desejado* pelas partes, e não um *equilíbrio ideal*.

O exposto é sustentado, entre nós, por vários Autores(83). A título exemplificativo, refere Ana Perestrelo de Oliveira que "mesmo rejeitando

---

quilíbrio num contrato, no âmbito de proteção da garantia constitucional da propriedade. Acontece que assim aconteceu porque a norma em causa colocava em causa o direito do credor em satisfazer o seu crédito. Refere o acórdão: "não quer isto dizer que não possam estar envolvidos outros parâmetros constitucionais, como a liberdade de iniciativa económica (art. 61.º) ou o princípio da igualdade (art. 13.º), na medida em que existe uma ingerência no conteúdo de um contrato livremente celebrado pelas partes, através da qual se diferencia diferentes categorias de lojistas e diferentes categorias de promotores ou gestores de centros comerciais. Simplesmente, a norma, em si mesma, ao impossibilitar o proprietário ou o gestor do centro comercial de satisfazer o seu crédito pela cedência do uso da loja, apresenta-se *prima facie* como norma limitativa do direito de propriedade constitucional do credor. Não obstante a norma sindicada poder afetar a atividade laboral e produtiva do centro comercial, caindo debaixo da esfera de proteção do art. 61.º da CRP, os seus efeitos repercutem-se no aproveitamento de um elemento do património do respetivo promotor ou gestor: o *crédito* nascido do contrato de utilização de loja em centro comercial. Daí que a limitação estadual tenha que ser aferida sobretudo pelo parâmetro do preceito constitucional consagrador do direito de propriedade".

(81) Cf. *idem*.

(82) H. U. Erichsen, "Allgemeine Handlungsfreiheit", in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. VI, Heidelberg 1989, § 152, Rzn. 1 ff. *apud* Paulo Mota Pinto, *Direitos de personalidade…*, *cit.*, p. 84.

(83) Neste sentido, referindo-se ao caso particular dos contratos aleatórios, veja-se Oliveira Ascensão segundo o qual "parte-se do princípio que a desproporção entre vantagens e sacrifícios foi livremente querida, dentro do exercício normal da autonomia privada. Não há aqui nenhuma onerosidade injusta. Mas é esse equilíbrio voluntário que pode ser posto em causa por uma alteração anormal. Neste caso, a base do negócio é rompida. Assim, uma permissão gratuita de uso dum imóvel pode ser

um princípio do equilíbrio económico-financeiro em si não deixa de se aceitar uma regra de estabilização da equação que foi determinada quando celebrado o contrato. Existe, por outras palavras, um direito à manutenção da equação económico-financeira do contrato. O princípio aplica-se durante a execução do contrato, garantindo a manutenção e eventualmente a reposição das proposições negociais entretanto perdidas, em especial nos contratos de execução duradoura"(84).

Em suma, o que se pretende tutelar é a estabilidade dos elementos característicos do vínculo negocial escolhido pelas partes. Trata-se da vontade de entidades privadas refletida numa equação de interesses equilibrada ou desequilibrada (neste último caso, em termos *permitidos*). Neste contexto, em que inexistem razões de ordem pública que comprometam a validade do negócio ou aspetos de justiça objetiva que reclamem a correção deste ao abrigo do princípio do equilíbrio contratual (tal como, repete-se, *neste contexto*, é vigente), não existe qualquer justificação juridicamente atendível para uma alteração da proporção subjacente ao programa obrigacional acordado pelas partes.

Assim, estando em causa o respeito pela livre e autónoma composição dos seus próprios interesses pelo sujeito na celebração de um negócio jurídico, o *direito ao desequilíbrio contratual* e à *sua manutenção*, enquanto vertentes da liberdade de estipulação do conteúdo contratual, recebem tutela constitucional através da segunda dimensão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e não no direito de propriedade privada, onde apenas aspetos patrimoniais do credor lograriam obter proteção.

Em termos práticos, este enquadramento significa o que segue: a alteração da proporção subjacente à equação financeira do contrato na aplica-

---

revista ou resolvida se circunstâncias extraordinárias tornarem excessivamente onerosa para o concedente a manutenção do vínculo. A equação económica deve ser posta a salvo". O mesmo Autor refere ainda, a respeito da modificação dos contratos, que "a modificação, na falta de acordo das partes, deverá ser determinada pelo juiz. Isso implica uma reposição económica do equilíbrio contratual visado pelas partes, que foi quebrado pela alteração anormal das circunstâncias (…) Há que atender ao circunstancialismo concreto, após a alteração anormal, para encontrar o novo equilíbrio que corresponda de modo renovado à regulação inicial das partes" — *v.* José de Oliveira Ascensão, "Onerosidade excessiva por 'alteração das circunstâncias'", *ROA*, Ano 65, Vol. III, 2005, disponível em <www.portal.oa.pt>. No mesmo sentido, *v.* Manuel Carneiro da Frada, "A alteração…", *cit.*, p. 137: "há, pois, que partir da "equação económica do contrato" originária. A superveniência de uma alteração das circunstâncias não legitima uma correcção do seu conteúdo em nome da mera (garantia de uma) equivalência das prestações". Ainda, Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral…*, *cit.*, p. 373: "o contrato é um módulo de regulação que contém imanente um projecto próprio de justiça cujos parâmetros resultam da estipulação negocial e das coordenadas axiológicas do sistema. Em matéria disponível, as partes fixam, no momento da celebração, o projecto de justiça económica do contrato".

(84) *V.* Ana Perestrelo de Oliveira, *Desvinculação…*, *cit.*, p. 56.

ção de quaisquer institutos de Direito Civil que visem reagir — ou permitam reagir — a superveniências na sua execução que comprometam o programa obrigacional — considere-se, *v.g.,* a alteração das circunstâncias (art. 437.º do CC) ou mesmo o abuso do direito (art. 334.º do CC), na modalidade de desequilíbrio no exercício — encontra um limite constitucional. I.e., a aplicação dessas normas *interpretando-as* no sentido em que ao juiz é permitida a reorganização dos termos do vínculo no que ao equilíbrio das prestações diz respeito — alterando o equilíbrio definido pelas partes, o que é evidentemente diferente da alteração das prestações, que pode ser feita em proporção com a equação acordada — é inconstitucional. Assim acontece na medida em que o *direito ao desequilíbrio contratual* e o *direito à sua manutenção* constituem vertentes da liberdade contratual, tuteladas pela segunda dimensão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto pelo art. 26.º, n.º 1 da CRP (um direito, liberdade e garantia), tornando qualquer restrição que se lhe coloque sujeita ao crivo do princípio da proporcionalidade (cf. o n.º 2 do art. 18.º). Uma atuação dos tribunais como a descrita não cumpre as exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade, em particular do seu subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito,* não podendo considerar-se que exceder o necessário à contenção dos efeitos de uma perturbação ou modificação objetiva, quando a intervenção na execução de um contrato visa apenas lidar com esta, constitui uma "justa medida" compatível com o propósito de impedir "a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos"([85]/[86]).

([85]) Gomes Canotilho/Vital Moreira, "Anotação ao art. 18.º da CRP", in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 379-396 (pp. 392-393).

([86]) Sobre este, *v.* Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, p. 178, ss. Refere o Autor que "quando se aprecia a proporcionalidade de uma restrição a um direito fundamental, avalia-se a relação entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a restrição e o bem jusfundamentalmente protegido que resulta, em consequência, desvantajosamente afetado. Por sua vez, a observância ou a violação do princípio da proporcionalidade dependerão da verificação da medida em que essa relação é avaliada como sendo *justa, adequada, razoável, proporcionada* ou, noutra perspetiva, e dependendo da intensidade e sentido atribuídos ao controlo, da medida em que ela não é *excessiva, desproporcionada, desrazoável".* Reconhecendo algum potencial de imprecisão que pode resultar da aproximação de definição que avança, o Autor vem a concluir que "na prática, a verificação da proporcionalidade raramente se centra exclusivamente no meio e no fim concretos, surgindo, antes, combinada com o controlo de indispensabilidade no quadro de uma ponderação mais global de vantagens e desvantagens. É que esta ponderação é mais produtiva quando não fica espartilhada no quadro da relação isolada entre um meio e um fim, mas se faz, como sugerimos quando analisámos o princípio da indispensabilidade, em termos de comparação das alternativas restritivas de que o poder constituído efectivamente dispõe tendo em conta a sua margem de livre apreciação. Logo, o que acaba por ser ponderado no quadro do controlo da proporcionalidade não são bens, valores ou interesses, mas, sobretudo, vantagens ou desvantagens

Mais ainda, enquadrando as posições que se pretendem tutelar no art. 26.º, n.º 1, estas beneficiam do *limite absoluto* para a restrição de direitos, liberdades e garantias: *o respeito pelo conteúdo essencial dos respetivos preceitos*([87]).

Por último, referir apenas que não se nos afigura despiciendo o facto de o enquadramento aqui sustentado permitir obviar à fragilidade da tutela constitucional do desequilíbrio se se lhe procurasse arrimo junto do direito de propriedade privada. Afinal, é sabido que nem todos os direitos fundamentais são iguais, existindo uma divisão entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, com consequências importantes, desde logo por existir um regime específico para os primeiros([88]) (cf. o art. 18.º da CRP)([89]).

O direito de propriedade é um direito económico, a que se tem vindo a atribuir natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (cf. o art. 17.º da CRP)([90]). Todavia, o exposto não acontece com todas as dimensões daquele direito, excluindo-se, como tem vindo a ser opinião da jurisprudência constitucional([91]), aquelas que "não sejam essenciais à realização do homem enquanto pessoa"([92]), o que incluiria inevitavelmente os direitos de crédito. Na verdade, apenas em acórdão recente — a que já fizemos

---

recíprocas de alternativas legítimas e disponíveis" (p. 185). Sobre o princípio da indispensabilidade, *idem*, p. 171, ss. Sustentando também que a proporcionalidade em sentido estrito implica o recurso a uma "metodologia de ponderação de bens", *v.* Jorge Miranda/Jorge Pereira da Silva, "Anotação ao art. 18.º da CRP", in *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª ed., Jorge Miranda e Rui Medeiros (coord.), Universidade Católica Editora, 2017, pp. 229-296 (p. 277). A conclusão a que se chega não sofre alterações quer se faça referência "aos fins obtidos" quer à "ponderação de bens".

([87]) Gomes Canotilho/Vital Moreira, "Anotação ao art. 18.º da CRP", *cit.*, pp. 393-395.

([88]) *V.* José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Almedina, 2004, p. 182, ss.

([89]) Resultando ainda de outras normas da CRP — arts. 19.º, 20.º, n.º 5, 21.º, 165.º, n.º 1, alínea *b*), 272.º, n.º 3 e 288.º, alínea *d*) — das quais decorre "a preocupação de proteger com especial intensidade aqueles direitos, garantindo-lhes um máximo de efetividade" — *v.* José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais…*, *cit.*, p. 196. Em detalhe sobre o regime específico dos direitos, liberdades e garantias, *v.* Jorge Miranda, *Direitos fundamentais…*, *cit.*, p. 457, ss.

([90]) Neste sentido, Jorge Miranda, *Direitos fundamentais…*, *cit.*, p. 272; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais…*, *cit.*, p. 198, referindo que o direito de propriedade privada é um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, "ao menos na sua relação com o poder estadual de expropriação"; Rui Medeiros, "Anotação ao art. 62.º da CRP", *cit.*, p. 905, ss.

([91]) Veja-se, a este propósito, Rui Medeiros, "Anotação ao art. 62.º da CRP", *cit.*, p. 910, ss.

([92]) Veja-se o acórdão n.º 517/99, Processo n.º 61/95 (Conselheiro Messias Bento). Realçando que o direito de propriedade privada é um direito de natureza análoga a direitos, liberdades e garantias apenas numa "certa dimensão" "essencial", *v.* o acórdão n.º 159/2007, Processo n.º 547/99 (Conselheira Maria Helena Brito). Também o acórdão n.º 299/2020, Processo n.º 984/2018 (Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro). Todos os acórdãos referidos estão disponíveis em <www.tribunal constitucional.pt>.

referência, o acórdão n.º 468/2022([93]) — o Tribunal Constitucional veio a incluir, claramente, na analogia com os direitos, liberdades e garantias, através do direito de propriedade, os direitos de crédito. E note-se que não o fez sem vozes discordantes, incluindo várias declarações de voto, entre as quais votos de vencido, dos quais destacamos a posição de Mariana Canotilho, Assunção Raimundo e António Ascensão Ramos, que referem:

> "Levanta-nos dúvidas a construção de uma jurisprudência sobre o direito de propriedade fundada numa visão maximalista da *analogia* deste direito económico, social e cultural com os direitos, liberdades e garantias. Mais ainda, quando o Tribunal Constitucional é, em regra, parcimonioso na mobilização de outros direitos da mesma natureza como parâmetro de decisões de inconstitucionalidade, tendo em atenção a amplíssima margem de intervenção reconhecida ao legislador democrático em tais matérias. E, por maioria de razão, quando se alude a uma ideia de *essencialidade* para, pelo menos em parte, justificar tal analogia. De facto, **mal se compreende a qualificação de um direito de crédito como "essencial à realização do homem como pessoa", quando essa essencialidade não é reconhecida a outros direitos fundamentais, como é, por exemplo, o caso do direito à habitação**. Divergimos, igualmente, da ideia, presente na decisão, de uma espécie de **"analogia reforçada" do direito de propriedade de créditos em relação ao direito de propriedade de coisas físicas, por aquele não estar, ao contrário deste último, subordinado à função social da propriedade**. Não só esta afirmação corresponde a uma conceção excessivamente patrimonialista dos direitos de crédito, como **este é um passo que este Tribunal não havia dado, com esta clareza, até ao momento, e do qual nos afastamos**. Na verdade, esta visão constitui o aprofundamento do processo de *absolutização da analogia do direito de propriedade em relação aos direitos, liberdades e garantias* (…) tornando difícil descortinar que dimensões deste direito fundamental restam na vertente de direito económico, nos termos do art. 62.º da CRP" (realce acrescentado).

Assim, e concluindo esta última ideia, não apenas o *direito ao desequilíbrio contratual* e o *direito à sua manutenção* encontram como parâmetro constitucional mais apto e adequado à razão subjacente à sua tutela o direito ao livre desenvolvimento da personalidade([94]), como este é, igualmente, o assento idóneo à garantia de que, independentemente do andamento da jurisprudência constitucional, a sua dignidade — e a consequente sujeição ao regime específico dos direitos, liberdades e garantias — não suscita quaisquer questões([95]).

([93]) Processo n.º 1004/2020 (Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro), disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>.

([94]) Afinal, "os direitos, liberdades e garantias caracterizam-se por terem uma *função primária de defesa* da autonomia pessoal" — *v.* José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais…*, *cit.*, p. 185.

([95]) Note-se que não se pretende referir apenas o enquadramento daquela dimensão do direito de propriedade enquanto direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Na verdade,

4. Considerações finais

O presente texto permitiu-nos, salvo melhor opinião, chegar a algumas conclusões, que optamos por enumerar:

1) Tal como previsto no art. 26.º, n.º 1 da Constituição após a revisão constitucional de 1997, e analisada a sua formulação próxima, ainda que não idêntica, ao art. 2.º, § 1 da Constituição da República Federal Alemã, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade integra duas dimensões: a *tutela geral da personalidade* e a *tutela da liberdade geral de ação da pessoa humana.*

2) O parâmetro constitucional que reveste, hoje, maior aptidão para tutela da autonomia privada — porque se lhe dirige, não a abrangendo de modo meramente indireto —, é o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na sua segunda dimensão. Em momento anterior à revisão constitucional de 1997, outras normas eram chamadas a ocupar esta função (*v.g.*, os arts. 47.º, 61.º e 62.º da Constituição). A previsão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade representou uma opção deliberada do legislador em apor a chancela da Lei Fundamental à liberdade (também) no domínio contratual, de modo inequívoco e não meramente funcionalizado ao necessário para o exercício das liberdades previstas por aquelas disposições.

3) A inerência do *direito ao desequilíbrio contratual* e do *direito à manutenção do desequilíbrio contratual* — enquanto vertentes da liberdade de estipulação do conteúdo contratual — à liberdade geral de ação, leva-nos a concluir que aquelas posições não carecem de apoio constitucional distinto, encontrando-o, igualmente, no art. 26.º, n.º 1 da Constituição.

4) Sendo a liberdade de iniciativa económica privada (cf. o art. 61.º, n.º 1 da CRP) parâmetro facilmente arredável para este efeito, a tutela constitucional da propriedade (cf. o art. 62.º, n.º 1 da CRP) tende, amiúde, a suscitar mais questões, por abranger, entendida em sentido amplo, alguns direitos patrimoniais privados, como os direitos de crédito. Contudo, na reposição do equilíbrio (e sobre-

---

discute-se se o art. 17.º da CRP também estende aos direitos análogos o regime orgânico-formal daqueles direitos — *v.*, a este respeito, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais…*, *cit.*, p. 199, ss.

tudo no controlo do modo como é efetivada), mais do que estar em causa a tutela do acervo patrimonial do credor, releva o reconhecimento da obrigatoriedade em ser observada, pelos tribunais, a vontade das partes expressa no contrato, quando essa vontade é válida e conforme aos princípios que integram o sistema e são suscetíveis de se aplicar à concreta relação jurídica em causa. Trata-se, assim, de garantir que um evento superveniente não é utilizado para sujeitar ao crivo da justiça contratual vínculos que não lhe estariam sujeitos sem aquele. Pois que a intervenção dos tribunais após a superveniência visa lidar com esta, e não com a vontade das partes. E se a onerosidade àquela subjacente deve ser distribuída igualmente pelas partes, o demais, pré-existente, válido e *permitido*, deve ser respeitado.

5) Mais ainda, a solução que tutela o *direito ao desequilíbrio* e o *direito à sua manutenção* através do direito de propriedade privada deixa desprotegido o devedor que, mesmo num cenário em que passe a dever em menor medida, deve ser tutelado contra uma pretensa defesa exógena dos seus próprios interesses. Afinal, se com igual poder negocial ao credor escolheu vincular-se desequilibradamente, deve ver reconhecido o seu direito à estabilidade desse desequilíbrio após a modificação do contrato, cuja adaptação às novas circunstâncias não deve implicar uma *justicialização* do vínculo.
   Por outro lado, a sua proteção através do direito ao livre desenvolvimento da personalidade permite obviar à fragilidade do direito de propriedade privada enquanto assento para a tutela constitucional do desequilíbrio, considerando que a sua dimensão que inclui os direitos de crédito tende a ser excluída da analogia com os direitos, liberdades e garantias e, consequentemente, do regime específico destes.

6) Pelo que, a alteração da proporção subjacente à equação financeira do contrato na aplicação de quaisquer normas que visem reagir — ou permitam reagir — a superveniências na sua execução, desvirtuando o programa obrigacional acordado pelas partes, encontra um limite constitucional. I.e., a aplicação dessas normas interpretando-as no sentido em que ao decisor é permitida a reorganização dos termos do vínculo contratual no que ao equilíbrio das prestações diz respeito, alterando aquele escolhido pelas partes, é inconstitucional. Assim acontece na medida em que o

direito ao desequilíbrio e o *direito à sua manutenção* constituem vertentes da liberdade de estipulação do conteúdo contratual, tuteladas pela segunda dimensão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto pelo art. 26.º, n.º 1 da Constituição (um direito, liberdade e garantia), tornando qualquer restrição que se lhes coloque sujeita ao princípio da proporcionalidade (cf. o n.º 2 do art. 18.º da CRP). Uma atuação dos tribunais como a descrita não cumpre as exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade, em particular do seu subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

5. Bibliografia

Alexandrino, José de Melo, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, *(A construção dogmática)*, Almedina, 2006.

Andrade, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Almedina, 2004.

Antunes, Ana Filipa Morais de, "A força maior e o (des)equilíbrio negocial", in *Católica Talks, Direito e Pandemia*, Elsa Vaz de Sequeira (coord.), Universidade Católica Editora, 2022, pp. 9-75.

Antunes, José Engrácia, "Dos contratos de consumo em especial", *ROA* I-II, 2018, pp. 125--189, disponível em <www.portal.oa.pt>.

Ascensão, J. Oliveira, "Onerosidade excessiva por "alteração das circunstâncias"", *ROA*, Ano 65, Vol. III, dezembro 2005, disponível em <www.portaloa.pt>.

Barbosa, Mafalda Miranda/Prieto Álvarez, Tomás, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, Sentido e Limites*, Gestlegal, 2020.

Canaris, Claus-Wilhelm, "A liberdade e a justiça contratual na "sociedade de Direito Privado"", in *Contratos: atualidade e evolução,* António Pinto Monteiro (coord.), Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto, Porto, 1997, pp. 49-66.

Canotilho, J. J. Gomes/Moreira, Vital, "Anotação ao artigo 18.º da CRP", in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 379-393.

____, "Anotação ao artigo 61.º da CRP", in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 787-797.

____, "Anotação ao artigo 26.º da CRP", in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 458-474.

Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil,* I, 4.ª ed., Almedina, 2019.

Cortês, António, "Fundamentos e limites da argumentação jurídica — uma reflexão sobre o Direito e a Justiça", *BMJ, Stvdia Ivridica,* 90, *Ad Honorem* — 3, Coimbra Editora, 2008, pp. 389-401.

Costa, Marta Martins da, "Sobre o princípio do equilíbrio contratual no Direito privado português", *Cadernos de Direito Privado*, 82, Abril-Junho, Cejur, 2023, pp. 32-49.

Duarte, Rui Pinto, "O equilíbrio contratual como princípio jurídico", in *Escritos Jurídicos Vários 2000-2015*, Almedina, 2015, pp. 685-699.

____, "O equilíbrio contratual como princípio jurídico", in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, 2014, pp. 1331-1345.

Erichsen, H. U., "Allgemeine Handlungsfreiheit", in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. VI, Heidelberg 1989, § 152, Rzn. 1 ff. *apud* Paulo Mota Pinto, *Direitos de personalidade e direitos fundamentais, Estudos*, Gestlegal, 2018.

Flume, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed., *apud* Florian Rödl "Contractual Freedom, Contractual Justice and Contractual Law (Theory)", in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 76, No. 2, Duke University School of Law, 2013, pp. 57-70.

Frada, Manuel Carneiro da, "A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19, Teses e reflexões para um diálogo", *ROA*, 2020, pp. 153-160, disponível em <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>.

____, "A Equidade ou a "Justiça com Coração", A Propósito da Decisão Arbitral Segundo a Equidade", in *Forjar o Direito,* Almedina, 2015, pp. 653-659.

Gonçalves, Diogo Costa, "Anotação ao Artigo 762.º do Código Civil", in *Novo Coronavírus e Crise Contratual, Anotação ao Código Civil*, Catarina Monteiro Pires (coord.), AAFDL Editora, 2020, pp. 69-78.

Gonçalves, Diogo Costa e Santos, Diogo Tapada dos, "Juros moratórios, indemnização e anatocismo potestativo", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXI, Número 2, 2020, pp. 205-230.

Gordley, James, "Equality in Exchange", *California Law Review*, 69, December 1981, pp. 1587-1656.

Hill, Claire A., "Anti-anti-anti-paternalism", *New York University Journal of Law and Liberty*, 2007, pp. 1-6.

Kronman, Anthony T., "Contract Law and Distributive Justice", *The Yale Law Journal*, Vol. 89, Number 3, January 1980, pp. 472-512.

Larenz, Karl, *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, C. H. Beck de Munich, 1979 (tradução por Luis Díez-Picazo, Karl Larenz, *Derecho Justo*, Editorial Civitas, S.A., 1985).

Medeiros, Rui, "Anotação ao artigo 62.º da CRP", in *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª ed., Jorge Miranda/Rui Medeiros (coord.), Universidade Católica Editora, 2017, pp. 896-924.

Medeiros, Rui/Cortês, António, "Anotação ao artigo 26.º da CRP", in Constituição Portuguesa Anotada, Vol. I, 2.ª ed., Jorge Miranda/Rui Medeiros (coord.), Universidade Católica Editora, 2017, pp. 440-460.

Medeiros, Rui/Coimbra, José Duarte, "A tutela constitucional das relações contratuais: o caso da intervenção legislativa nos contratos de utilização de loja em centros comerciais durante a pandemia", *Revista de Direito Comercial,* dezembro, 2022, pp. 1667--1746, disponível em <www.revistadedireitocomercial.com>.

Mendes, Evaristo Ferreira, "Anotação ao artigo 61.º da CRP", in *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª ed., Jorge Miranda/Rui Medeiros (coord.), Universidade Católica Editora, 2017, pp. 853-895.

Mendonça, Luís Correia de, "As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição", *Análise Social, Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, Vol. XVIII (72-73-74), 1982-3.º-4.º-5.º, pp. 829-867.

Miranda, Jorge, *Direitos fundamentais,* 2.ª ed., Almedina, 2018.

Miranda, Jorge/Silva, Jorge Pereira da, "Anotação ao artigo 18.º da CRP", in *Constituição Portuguesa Anotada,* Vol. I, 2.ª ed., Jorge Miranda/Rui Medeiros (coord.), Universidade Católica Editora, 2017, pp. 229-296.

Neves, António Castanheira, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, 1968-1969.

Novais, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa,* Coimbra Editora, 2004.

Oliveira, Ana Perestrelo de, *Desvinculação Programada do Contrato,* Almedina, 2021.

Peter Benson, "The Unity of Contract Law", in *The Theory of Contract Law*, Peter Benson ed., 2001.

Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, reimpressão da 5.ª ed. de novembro de 2020, Gestlegal, 2021.

Pinto, Paulo Mota, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", *Portugal Brasil — ano 2000, Studia Iuridica*, n.º 40, Coimbra Editora, 2000, pp. 149-246.

____, *Direitos de personalidade e direitos fundamentais, Estudos*, Gestlegal, 2018.

Prata, Ana, *A tutela constitucional da autonomia privada*, reimpressão, Almedina, 2017.

Ribeiro, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coleção Teses, Almedina, 1999.

Rödl, Florian, "Contractual Freedom, Contractual Justice and Contractual Law (Theory)", in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 76, No. 2, Duke University School of Law, 2013, pp. 57-70 31.

Sá, Fernando Oliveira e, *Direito Privado Constitucional, Nota sobre as relações entre o Direito Privado e os direitos fundamentais*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022.

Schmidt-Rimpler, ACP, 147 (1941) *apud* Claus-Wilhelm Canaris, "A liberdade e a justiça contratual na "sociedade de Direito Privado"", in *Contratos: atualidade e evolução,* António Pinto Monteiro (coord.), Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto, Porto, 1997, pp. 49-66.

Sequeira, Elsa Vaz de, *Teoria Geral do Direito Civil, Princípios fundamentais, situações jurídicas e sujeitos*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022.

Silva, Jorge Pereira, *Deveres do estado de proteção de direitos fundamentais*, Universidade Católica Editora, 2015.

Thaler, Richard H./Sunstein, Cass R., "Libertarian Paternalism", *The American Economic Review*, Vol. 93, no. 2, may, 2003, pp. 175-179.

Varela, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina, 2017.

Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Almedina, 2007.

Zweigert, Konrad/ Kötz, Hein, *Einfuhrung in die Rechtsvergleichung*, 2.ª ed., 1984, p. 10 *apud* Claus-Wilhelm Canaris, "A liberdade e a justiça contratual na "sociedade de Direito Privado"", in *Contratos: atualidade e evolução*, António Pinto Monteiro (coord.), Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto, Porto, 1997, pp. 49-66.

ARBITRAGEM, *BLOCKCHAIN* E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro(*)

Sumário:

Iutrodução. I. Introdução à *Blockchain*, aos Contratatos Inteligentes e às DAOs. **II.** Modos de resolução alternativa de litígios nas plataformas de *Blockchain*. *A*) Aspetos gerais. *B*) *Blockchain Dispute Resolution Mechanisms*. *C*) Arbitragem *Blockchain*. *D*) Inteligência Artificial e resolução alternativa de litígios nas plataformas de *Blockchain*. **III.** Litígios transnacionais e direito aplicável ao mérito da causa. *A*) Transnacionalidade das relações estabelecidas na *Blockchain*. *B*) *Lex cryptographia? C*) Direito de Conflitos da Arbitragem e contratos inteligentes. *D*) Direito de Conflitos da Arbitragem e DAOs. **IV.** Perspetivas futuras.

Introdução

O tema do presente estudo é *complexo*, relaciona-se com *tecnologias com que a grande maioria dos juristas não está familiarizada* e cuja compreensão por pessoas que não sejam técnicos especializados nessas tecnologias é necessariamente limitada. O meu conhecimento dessas tecnologias também é limitado, mas procurarei explicar o seu funcionamento dentro daquilo que está ao meu alcance.

Embora o tema diga respeito à arbitragem, é inevitável examinar *modos alternativos de resolução de litígios específicos da Blockchain* (BDRs) que, em minha opinião, não podem ser qualificados como arbitra-

---

(*) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lecionando, após a aposentação, nos cursos de Doutoramento e de Mestrado.

gem, para compreender a justificação e a especificidade deste procedimentos e distingui-los da verdadeira arbitragem.

Por outro lado, dada a complexidade e a vastidão da matéria, é necessário fazer uma delimitação, centrando a minha análise em algumas aplicações que se me afiguram particularmente relevantes da tecnologia *Blockchain*: os *contratos inteligentes* [*smart contracts*] e a*s organizações autónomas descentralizadas* [*Decentralized Autonomous Organizations*], doravante designadas como DAOs.

Pela mesma razão, não entrarei nas questões particulares suscitadas pela arbitragem de litígios de consumo.

Neste tema, têm interesse muitas questões gerais suscitadas pela arbitragem em linha, mas eu não posso entrar nessas questões gerais, porque o tema exige o foco nos aspetos específicos da arbitragem relacionada com a *Blockchain*.

Por último, a *inteligência artificial* (doravante IA) também pode ter aplicação nos modos de resolução de litígios relacionados com a *Blockchain*, pelo que incluirei algumas notas sobre a utilização da IA nestes modos de resolução de litígios.

Assim, vou principiar por uma introdução à *Blockchain*, aos contratos inteligentes e às DAOs, examinar em seguida os modos alternativos de resolução de litígios relacionados com a *Blockchain* e terminar com o delinear de algumas perspetivas futuras.

I. Introdução à *Blockchain*, aos Contratos Inteligentes e às DAOs

A *Blockchain* é a principal tecnologia de registo distribuído [*Distributed Ledger Techonology*].

A *tecnologia de registo distribuído* consiste em registos digitais que são partilhados simultaneamente por uma rede participantes. São distribuídos porque o registo fica na posse de cada um dos operadores (ou nós) da rede e cada cópia é simultaneamente atualizada com nova informação. A tecnologia de registo distribuído utiliza uma técnica de consenso para garantir que cada nó está de acordo com o registo([1]).

([1]) Ver Isda e Linklaters, "Whitepaper Smart Contracts and Distributed legal — A Legal perspective", 2017, 7, <www.isda.org/2017/08/03/smart-contracts-and-distributed-ledger-a-legal-perspective/>; Law Commission, *Advice to Government*. *Smart Legal Contracts*, 2021, n.os 2.22, ss.

Trata-se de uma *base de dados digital partilhada e descentralizada*(2), o que a distingue das tradicionais bases de dados, que são administradas por uma entidade central(3).

As plataformas de *Blockchain* podem ser abertas e acessíveis a todos ou ser privadas e só acessíveis por pessoas autorizadas. Fala-se a este respeito de *Blockchains* que não dependem de permissão [*permissionless*] e de *Blockchains* que dependem de permissão [*permissioned*](4). Também se fala de *Blockchains* públicos e privados, mas nem sempre estas classificações são coincidentes(5). Na exposição que se segue utilizarei os termos "público" e "privado" para designar, respetivamente, as redes abertas a todos e as redes limitadas a um grupo de pessoas.

Nas *plataformas de Blockchain públicas*, qualquer pessoa pode criar uma "conta", ficando com um endereço público (chave pública) e uma senha (chave privada). Para realizar uma transação um utilizador da plataforma procura a chave pública de outro utilizador e introduz a sua chave privada. Deste modo a transação é "autenticada", uma vez que não pode ser negada pela parte que introduziu a sua chave privada(6).

Os utilizadores podem utilizar *pseudónimos*, dificultando ou mesmo impossibilitando o conhecimento da sua identidade pessoal em certas plataformas ou certo tipo de transações(7). Deve, em todo o caso, assinalar-se que em muitos casos o uso de pseudónimos não impossibilita a identificação pessoal das partes(8).

A *Blockchain* permite a representação digital de valores ou direitos que pode ser transferida e armazenada eletronicamente. Surge então um *criptoativo*, que é controlado pela plataforma de *Blockchain* e pode ser

---

(2) Nos termos do art. 1.º/2 da Diretiva 96/9/CE, uma "base de dados" é uma coletânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e suscetíveis de acesso individual por meios eletrónicos ou outros.

(3) Cf. Law Commission, *Advice to Government. Smart Legal Contracts*, 2021, n.os 2.23-2.24.

(4) Ver Primavera de Filippi e Aaaron Wright, *Blockchain* and the Law: The Rule of Code, Cambridge, Massachusetts, e Londres, 2018, 31, ss.

(5) Ver Law Commission, *Advice to Government. Smart Legal Contracts*, 2021, n.os 2.34, ss.

(6) Ver *Cardozo Blockchain* Project "Smart Contracts" & Legal Enforceability, 2018, *in* <https://cardozo.yu.edu/sites/default/files/2020-01/smart_contracts_report_2_0.pdf>, 2.

(7) Cf. Law Commission, *Advice to Government. Smart Legal Contracts*, 2021, n.os 3.19, ss.; Ana Perestrelo de Oliveira, *Smart Contracts, Risco e Codificação da Desvinculação ou Modificação Negocial — Os Falsos Dilemas da Interrelação Lei-código nos Contratos Empresariais*, Coimbra, 2022, 47, ss.

(8) Ver Cemre Kumtepe, "Defining Boundaries of Due Process in *Blockchain* Arbitration", *in Transforming Arbitration: Exploring the Impact of AI, Blockchain, Metaverse and Web3*, org. por Maud Piers, Sean Mccharty e Matthias Lehmann, 2025 (acessível em <https://books.radbouduniversitypress.nl/index.php/rup/catalog/book/transforming-arbitration>), 47-48.

transferido numa plataforma de *Blockchain* (ver definição contida no art. 3.º/1/5 do Reg. UE 2023/1114, Regulamento MICA).

Um dos tipos de criptoativos são as criptomoedas, como é o caso do *bitcoin*. Também podem ser criptoativos moedas eletrónicas centrais, emitidas e controladas por bancos centrais. Outro tipo de criptoativos são instrumentos financeiros, designadamente valores mobiliários, ou são semelhantes a instrumentos financeiros, emitidos e negociados em plataformas de *Blockchain*.

Estes criptoativos são determinados pelas suas características gerais e, por conseguinte, podem ser substituídos por outros criptoativos com as mesmas características gerais. São fungíveis num sentido que se relaciona com o conceito de coisa fungível do Direito português (art. 207.º CC), embora não seja necessariamente coincidente.

Outros criptoativos, como a arte digital, são únicos e infungíveis. Fala-se então de NFTs [Non-Fungible Tokens]. Também há criptoativos que representam digitalmente serviços ou coisas corpóreas únicos e não fungíveis.

Não é esta a ocasião para tratar das questões complexas suscitadas pela qualificação, regime e natureza jurídica de todos estes criptoativos, que são apenas mencionados neste estudo para tornar mais inteligível a matéria nele tratada. Com efeito, as aplicações da tecnologia *Blockchain* resultam em vasta medida desta possibilidade de controlar e transferir criptoativos nas respetivas plataformas, e esta possibilidade é também muito importante para examinar os modos de resolução alternativa de litígios que estão associados aa *Blockchain*.

Os *smart contracts*, são uma das aplicações da tecnologia de registo distribuído, mormente da *Blockchain*.

São múltiplos os conceitos de *smart contract* que foram adotados pela doutrina e acolhidos em algumas legislações estaduais.

Segundo o conceito mais divulgado, o *smart contract* é *um programa informático que opera com base numa tecnologia de registo distribuído*, nomeadamente a *Blockchain*, *e que permite a execução automática de determinadas prestações quando se verificam certos factos*([9]).

Entendidos neste sentido, os *smart contracts* tanto podem destinar-se à execução das prestações do contrato, ou de uma parte delas, como de

---

([9]) Ver *Cardozo Blockchain* Project "Smart Contracts" & Legal Enforceability, 2018, *in* <https://cardozo.yu.edu/sites/default/files/2020-01/smart_contracts_report_2_0.pdf, 4-5>; Pedro de Miguel Asensio, "Smart contracts", *Blockchain*, derechos de autor y Derecho internacional privado, *Blog 19/6/2019*. Ver ainda Hugo Ramos Alves, "Smart contracts: entre a tradição e a inovação", *in FinTech II. Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira*, org. por António Menezes Cordeiro, Ana Perestrelo de Oliveira e Diogo Pereira Duarte, Coimbra, 2019, § 5.1.

compensações no caso de incumprimento de um contrato ou de outras obrigações voluntárias ou involuntárias.

Por exemplo, o *smart contract* pode ser utilizado para compensar automaticamente os passageiros de um voo cancelado ou atrasado. O programa informático pode neste caso ser concebido de forma a que, verificado o cancelamento ou atraso, são identificados os passageiros afetados e transferido o montante das compensações para as suas contas bancárias. Isto não só permite uma economia de recursos necessários à gestão das reclamações como também facilita a obtenção das compensações([10]).

Os *smart contracts* também têm sido muito utilizados para operações financeiras complexas, como empréstimos feitos por consórcios bancários e derivados, bem como para contratos de licença de direitos de autor.

Como instrumento contratual, o *smart contract* oferece a vantagem da eliminação ou redução do risco de incumprimento, visto que a execução do contrato deixa de depender de uma intervenção humana.

Quando o *smart contract* seja utilizado como instrumento contratual, ele pressupõe que as partes cheguem a acordo sobre as cláusulas contratuais por elas suscitadas([11]). Este acordo pode, em termos gerais, ser formalizado tanto em linguagem natural como em linguagem máquina (também designado "*acordo híbrido*"), i.e., código informático, ou só em linguagem máquina. Por outro lado, o acordo pode ser prévio à inserção das cláusulas na plataforma de registo distribuído (*off-chain smart contract*) ou ser celebrado na própria plataforma (*on-chain smart contrac*t)([12]).

Por outras palavras, enquanto instrumento contratual, o *smart contract* pode ser utilizado para celebrar um contrato numa plataforma de registo distribuído ou como uma medida de execução de um contrato celebrado em linguagem natural, em que a inserção das cláusulas numa plataforma de registo distribuído já integra a execução do contrato (na medida em que a interpretação das declarações negociais das partes não aponta em sentido diferente).

No caso de *litígio*, as partes terão de chegar a um *acordo amigável*, designadamente a uma transação, ou de recorrer a um *modo de resolução de litígios*. Em ambos os casos, poderá ser necessário reverter alguns dos

---

([10]) Ver também Feliu Rey, "Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado", *Redes — Revista Eletrônica Direito e Sociedade* 7/3 (2019) 96.

([11]) Ver Dieter Martiny, "Virtuelle Währungen, insbesondere Bitcoins, im Internationalen Privat- und Zivilverfahrecnsrecht", *IPRax* 38 (2018) 553-565, 555.

([12]) Ver Mateja Durovic e André Janssen, "Formation of Smart Contracts under Contract Law", *jn The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, org. por Larry Dimatteo, Michel Cannarsa e Cristina Poncibò, Cambridge, 2019, § 4.3.

efeitos do *smart contract*, por exemplo, através da restituição de prestações automaticamente pagas. Esta reversão poderá ser feita através de um novo programa informático (*transação inversa*) e, por conseguinte, automaticamente (*on-chain*), ou mediante atos praticados fora da plataforma de registo distribuído e, portanto, não-automaticamente (*off-chain*).

O que distingue o contrato apoiado num *smart contract* de um contrato tradicional é a circunstância de as cláusulas do contrato, ou de uma parte delas, estarem transcritas em linguagem máquina e de a execução do contrato, ou de uma parte dele, não depender de execução humana. Enquanto num contrato tradicional as partes podem não executar o contrato, ou suspender a sua execução, ficando naturalmente sujeitas às consequências do incumprimento, num contrato apoiado num *smart contract* as prestações estão informaticamente programadas e o programa é executado pelos operadores da plataforma de registo distribuído(13).

Enfim, o *smart contract* poderá abranger toda a execução do contrato, que se diz *on-chain*, ou envolver a realização de prestações não-automáticas, que se dizem *off-chain*.

Para obter a informação necessária à execução do programa, os *smart contracts* utilizam os chamados *oráculos*. Os oráculos são fontes de dados externas que transmitem informação a um programa informático.

Os oráculos podem ser de três tipos:

— oráculos de *software* que permitem extrair informação em linha (por exemplo, informação meteorológica);

— oráculos de *hardware* que permitem rastrear objetos no mundo físico (por exemplo, a chegada de uma aeronave); e

— oráculos associados a pessoas singulares ou coletivas que verificam a ocorrência de determinados factos (por exemplo, um *smart contract* em que o preço da venda de um automóvel é pago quando for entregue sem defeitos, sendo a avaliação mecânica confiada a um especialista)(14).

Numa aceção mais abrangente, pode entender-se por *smart contract* o conjunto formado pelo contrato e pelo programa informático utilizado na

---

(13) Ver também Cardozo Blockchain Project "Smart Contracts" & Legal Enforceability, 2018, *in* <https://cardozo.yu.edu/sites/default/files/2020-01/smart_contracts_report_2_0.pdf, 4-5>.

(14) Ver Rey (n. 10) 109 e Josep Horrach Armo, "Los Smart Contracts y la tecnología *Blockchain* en el ámbito del Derecho internacional privado", *in Nuevos Escenarios del Derecho Internacional Privado de la Contratación*, org. por Pilar Jiménez Blanco e Ángel, Espiniella Menéndez, 683-708, Valencia, 2021, 686.

sua execução. É nesta aceção que, doravante, me referirei a *contrato inteligente*.

As *DAOs* são também uma aplicação da tecnologia da *Blockchain*, que se apoia em *smart contracts*.

De acordo com uma das primeiras definições de DAO, "[é] um tipo particular de organização descentralizada que não é dirigida nem controlada por qualquer pessoa, mas inteiramente por código". Pode ser baseado em um ou mais *smart contracts*, mas geralmente é baseado num conjunto de *smart contracts*([15]). Esta definição não é totalmente precisa, mas pode servir como ponto de partida.

O que distingue uma DAO de um mero contrato inteligente é o facto de uma DAO possuir alguma forma de organização, seja interna ou externa([16]).

Quando a DAO opera em *Blockchain*, ele também se baseia em um programa informático descentralizado que opera na *Blockchain* e que permite a programação dos *smart contracts* nos quais a DAO se baseia([17]).

Supõe-se frequentemente que uma DAO não é gerido por uma pessoa ou por um grupo limitado de pessoas, tendo em conta o facto de todas as decisões serem tomadas pelos seus membros através de um protocolo de código. Na verdade, a gestão da maioria das DAOs é descentralizada. Contudo, isso não acontece, ou não acontece inteiramente, no caso de todos as DAOs.

As DAOs são muito heterogéneas. Eles podem prosseguir finalidades diferentes, realizar atividades diferentes e ter diferentes tipos de organização.

Em primeiro lugar, podem ter finalidades completamente diferentes. Normalmente prosseguem uma finalidade económica, mas também podem prosseguir uma finalidade não económica. O fim económico pode ser um lucro suscetível de distribuição resultante de uma atividade comum, em sentido estrito, ou, mais amplamente, uma vantagem económica direta para as partes envolvidas.

A atividade das DAOs tem muitas vezes certo grau de permanência, mas também pode ser limitada a um ato específico, como a captação de recursos para um projeto de investimento ou uma ação beneficente([18]).

([15]) Cf. De Filippi/Right (n. 4), *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Cambridge, Massachusetts, 148.

([16]) Ver também Florence Guillaume and Sven Riva, "*Blockchain* Dispute Resolution for Decentralized Autonomous Organizations: The Rise of Decentralized Autonomous Justice", *LSN Negotiation & Dispute Resolution eJournal*, Vol. 23, N.º 48, 06/22/2022, 3-4.

([17]) Ver Biyan Mienert, *Dezentrale autonome Organisationen (DAOs) und Gesellschaftsrecht*, Tübingen, 2022, 33-34.

([18]) Ver De Filippi/Wright (n. 4) 148; Alex Anderson, *DAO — Decentralized Autonomous*

A sua organização pode ser interna ou externa, pelo menos de acordo com a visibilidade da organização por terceiros.

Do ponto de vista jurídico, as DAOs podem, perante certos sistemas jurídicos estrangeiros, ser constituídas como pessoa coletiva com a intervenção de organismos públicos pertencentes a um Estado, e depois registadas, ou não constituírem uma pessoa coletiva, como sucede na maioria dos casos.

Uma vez que os objetivos e atividades das DAOs são muito variados, eles podem corresponder aos tipos organizações tradicionais que têm o mesmo tipo de fim e realizam o mesmo tipo de atividade([19]).

As DAOs também envolvem diferentes categorias de atores. Consideremos os mais relevantes para nossa análise.

Frequentemente, uma DAO é promovido por um grupo de "*promotores*" [*developers*] que cria o código para os *smart contracts* nos quais ele se baseia.

Os interessados tornam-se *membros da DAO* adquirindo uma representação digital da sua participação, um determinado tipo de criptoativo, geralmente designado como *token*. Esses *tokens* podem ser de diferentes tipos e conferir diferentes poderes.

Em terceiro lugar, temos os *validadores* [*validators*], que operam validando nós e mantêm a rede criando novos blocos a serem adicionados à cadeia([20]).

Por fim, podemos ainda ter uma *pessoa ou entidade a quem é confiada a gestão da infraestrutura Blockchain* e que administra o respetivo protocolo.

A DAO ideal opera apenas dentro de uma rede *Blockchain*, mesmo quando a sua atividade inclui o fornecimento de bens e serviços a tercei-

---

Organizations for Beginners: The Ultimate Beginner's Guide, 2021, 20-21; Mienert (n. 17) 56, ss., referindo diversos exemplos e modalidades de DAOs.

([19]) Mathias Audit, "Le droit international privé confronté à la *Blockchain*", *R. crit.* (2020/4) 669, 69, assinala que ele também não necessita de empregados; Anderson (n. 18 83); Madalena Perestrelo de Oliveira, António Garcia Rolo, João Vieira Santos e Ana Nunes Teixeira, "Decentralised Autonomous Organisations (DAO): conceito, enquadramento legal e desafios", *Boletim da Ordem dos Advogados 35* (2022) 66-69, 66.

([20]) Mediante mecanismos de consenso *proof-of-work* ou, cada vez mais, *proof-of-stake*, ver Michael Schillig, "Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) under English Law", *LSN Transnational Litigation/Arbitration, Private International Law, & Conflict of Laws eJournal*, Vol. 9, N.º 55, 11/01/2022, 6. Estes nós de validação [*validation* nodes] são, portanto, nós de mineração [*mining nodes*] no sentido referido por Matthias Artzt e Thomas Richter (eds.), *Handbook of Blockchain Law: A Guide to Understanding and Resolving the Legal Challenges of Blockchain Technology*, Alphen aan den Rijn, 2020, 152-154. Sobre o processo de mineração, ver ainda Colin *in Les Blockchains et les smart contracts à l'épreuve du droit*, org. por Andra Cotiga-Raccah, Hervé Jacquemin and Yves Poullet, Brussels, 2020, 19.

ros. No entanto, se os *smart contracts* em que a DAO se baseia incluem execução fora da *Blockchain*, há necessidade de intervenção humana(21). Além disso, podem ocorrer outras circunstâncias que exijam intervenção humana além da tomada de decisões pelos membros de acordo com o protocolo do código, como alterações no código para corrigir erros de programação ou prevenir ou reverter explorações ilegais de vulnerabilidades do código.

Faz-se, por vezes valer, que o automatismo da *Blockchain* evita os *litígios jurídicos*. Pode, sem dúvida, diminuir o número destes litígios, mas não os elimina(22). Assim, designadamente:

— podem verificar-se erros de programação;

— podem suscitar-se outros problemas de validade do contrato;

— podem surgir divergências de interpretação dos programas informáticos;

— podem verificar-se vulnerabilidades nos programas informáticos que permitam desvios ilícitos de ativos dentro das plataformas;

— pode ocorrer uma alteração de circunstâncias não prevista pelas partes e não programável por força da qual a execução automática conduz a resultados indesejáveis;

— de outro modo a execução automática pode conduzir a resultados manifestamente abusivos;

— uma deliberação da maioria dos membros de uma DAO pode violar os direitos de membros minoritários.

Por conseguinte, são necessários modos de resolução dos litígios.

---

(21) Ver também Anderson (n. 18), 34-35.

(22) Ver Ana Perestrelo de Oliveira (n. 7) 47, ss.; Florence Guillaume e Sven Riva, "*Blockchain* Dispute Resolution for Decentralized Autonomous Organizations: The Rise of Decentralized Autonomous Justice", *in Blockchain and Private International Law*, org. por Andrea Bonomi, Matthias Lehmann e Shaheeza Lalani, 550-641, Leiden e Boston, 2023, 570-572.

II. Modos de resolução alternativa de litígios nas plataformas de *Blockchain*

A) *Aspetos gerais*

A possibilidade de controlar e transferir criptoativos nas plataformas de *Blockchain* cria condições favoráveis a *modos de resolução de litígios que operam nestas plataformas independentemente da intervenção de um órgão jurisdicional externo*. As decisões tomadas no quadro destes modos de resolução de litígios são executadas automaticamente, dispensando também a execução forçada por tribunais estaduais(23).

Veremos, porém, que isto não exclui que possa haver uma intervenção de tribunais estaduais, designadamente na solução definitiva do litígio(24). Em todo o caso, parece que isto raramente sucede.

A verdade é que *o recurso aos tribunais estaduais para a resolução de litígios emergentes da Blockchain é frequentemente problemática*.

Como já assinalei (I), é frequente que os utilizadores das plataformas atuem sob pseudónimos, podendo ser difícil ou mesmo impossível identificá-los pessoalmente e saber onde têm domicílio, residência habitual ou sede. Em certos casos, não se pode propor uma ação cível contra eles nem determinar os tribunais competentes(25). Noutros casos, tal é possível, mas oferece grande dificuldade.

Mesmo que seja possível propor a ação num tribunal estadual, surgem dificuldades em virtude da *falta de conhecimento técnico dos juízes* e de *ser difícil ou mesmo impossível executar coativamente a decisão na plataforma de Blockchain* sobre os criptoativos do réu(26).

Em contrapartida, em função da "*identidade digital*", é possível determinar os criptoativos que estão na carteira da parte responsável, pelo que *um modo de resolução de litígios que opere na plataforma de Blockchain pode estar em posição de satisfazer a pretensão da parte lesada*.

---

(23) Ver Pietro Ortolani, "Recognition and Enforcement of the Outcome of *Blockchain*-Based Dispute Resolution", *in Blockchain and Private International Law*, org. por Andrea Bonomi, Matthias Lehmann e Shaheeza Lalani, 642-669, Leiden e Boston, 2023, 648, ss.

(24) Ver, designadamente, Kumtepe (n. 8) 43, ss.

(25) Ver Guillaume/Riva (n. 22) 582-583; Ana Perestrelo de Oliveira (n. 7) 47, ss. assinala que por vezes se trata de um pseudoanonimato em que a identificação pessoal das partes é tecnicamente possível.

(26) Ver Ana Perestrelo de Oliveira (n. 7) 47, ss.; Marta Boura e Sofia David, "Smart contracts e arbitragem: perspetivas atuais", *RDC* (2023/1) 105, 112, ss.; Guillaume/Riva (n. 22) 588, ss.; e Hong Tan — "*Blockchain* 'Arbitration' for NFT-Related Disputes", *LSN Negotiation & Dispute Resolution eJournal*, Vol. 25, N.º 6, 02/14/2024, 154, ss.

Surgiram assim modos de resolução de litígios específicos da *Blockchain* (BDRs).

Neste estudo ocupar-me-ei de modos de resolução de litígios em que a decisão é confiada a terceiros, assinalando apenas que também já surgiram mecanismos de mediação, destinados a obter um acordo entre as partes, que funcionam, em princípio, numa plataforma de *Blockchain* e também utilizam tecnologias de inteligência artificial([27]).

Tão-pouco tratarei de litígios que não dizem respeito às operações realizadas na *Blockchain*, mas a relações que se estabelecem apenas em conexão com essas operações, designadamente relações entre utilizadores e entidades administradoras de plataformas de *Blockchain*([28]).

Por último, certas partes em litígios emergentes da *Blockchain* podem ser qualificadas como consumidores para efeitos de aplicação de regimes jurídicos especiais em matéria de contratos e de resolução dos litígios deles emergentes. Como já assinalei em Introdução, não entrarei aqui na incidência que esses regimes podem ter no tema que nos ocupa.

B) *Blockchain Dispute Resolution Mechanisms*

Os modos de regulação de litígios, específicos da *Blockchain*, mais comuns, por vezes designados *BDRs* ou "*Crowd Arbitration*", que poderíamos traduzir por "arbitragem coletiva", são muito diferentes da arbitragem tradicional e, como veremos mais adiante, não devem ser considerados arbitragem. No entanto, também há modos de resolução de litígios relacionados com a *Blockchain* que têm natureza arbitral.

Comecemos pelos *modos de resolução de litígios mais comuns*, como oferecido pelas plataformas *Kleros* e *Aragon Court*([29]).

Uma primeira característica geral destes modos de regulação de litígios é que se *baseiam em smart contracts ou em protocolos informáticos*

([27]) Ver Cristina Poncibò, Andrea Gangemi e Giulio Ravot, "*Blockchain* Justice: Exploring Decentralising Dispute Resolution Across Borders", *LSN Smart Contracts & Legal Aspects of Blockchain eJournal*, Vol. 2, N.º 5, 02/10/2025, 27, ss.

([28]) Ver, sobre os modos alternativos de resolução destes litígios, Nino Sievi and Viola Donzelli, "Crypto Arbitration — Is It Really a Thing?" *in Transforming Arbitration: Exploring the Impact of AI, Blockchain, Metaverse and Web3*, org. por Maud Piers, Sean Mccharty e Matthias Lehmann, 2025 (acessível em <https://books.radbouduniversitypress.nl/index.php/rup/catalog/book/ transforming-arbitration>).

([29]) Ver Guillaume/Riva (n. 22) 602, ss. e 614, ss.; Narges Keshavarz Bahadori, "Due Process Requirements in *Blockchain*-based Arbitration", *Yb. PIL* , 165, ss.; e Jamilya Kamalova, "Exploring *Blockchain*-Based Alternative Dispute Resolution: Limitations of Traditional Methods and Prospects for Further Research", *LSN Cyberspace Law eJournal*, Vol. 27, N.º 154, 05/22/2023, 22, ss.

das plataformas que, em princípio, permitem a execução automática da decisão na plataforma de Blockchain(30).

Uma segunda característica geral é a sua *celeridade*, que não tem paralelo nos tradicionais processos jurisdicionais estaduais e arbitrais, e que é tanto mais justificada quanto o valor dos criptoativos é suscetível de variar muito rapidamente(31).

Em terceiro lugar, na maior parte destes BDRs as partes só têm de usar a sua "*identidade digital*" (chave pública).

Em quarto lugar, *as partes só apresentam os seus argumentos por escrito*, não havendo lugar a audiências para a produção da prova ou para alegações orais.

Por outro lado, no modo de resolução de litígios mais frequente, *a decisão é tomada por "jurados"* que são utilizadores da plataforma sob pseudónimo e que adquirem o direito de votar a favor de uma das partes mediante a aquisição de um ou mais criptoativos [*tokens*]. Estes criptoativos são "congelados" até à conclusão da votação. Quando o processo se conclui, os "jurados" que votaram no sentido maioritário recuperam o controlo dos criptoativos que investiram mais uma certa quantidade de criptoativos que tinham sido adquiridos pelos "jurados" que ficaram em minoria.

Geralmente é possível recorrer da decisão assim proferida, sendo as decisões tomadas em recurso por um número maior de "jurados"(32).

A parte que obtém a maioria dos votos recebe automaticamente a quantidade de criptoativos em litígio na sua "carteira" na plataforma de *Blockchain*.

Estes modos de resolução de litígios apresentam algumas variações, designadamente quanto à exigência de certas qualificações por parte dos utilizadores que pretendem atuar como "jurados" e de uma fundamentação do voto. Na maior parte dos casos estas exigências não são feitas.

Por último, na atualidade, estes BDRs ainda só permitem, geralmente, *decisões "binárias"*, i.e., por exemplo, executar ou não uma prestação contratual ou aprovar ou não uma proposta de financiamento por uma DAO. Dificilmente permitem decisões mais complexas, frequentemente necessárias em litígios que requerem a decisão de diversas questões parciais. Uma evolução neste sentido é, no entanto, concebível(33).

---

(30) Ver Guillaume/Riva (n. 22) 602, ss.; Kumtepe (n. 24) 41.
(31) Ver Tan (n. 26) 154, ss.
(32) Ver Tan (n. 26) 149, ss.
(33) Ver Guillaume/Riva (n. 22) 602, ss. e 626, ss.

A melhor justificação que eu encontro para este modo de resolução de litígios é a de que os "jurados" exprimem os valores e finalidades da comunidade dos utilizadores e, por conseguinte, tal modo de resolução de litígios constitui uma *manifestação de autodeterminação coletiva*([34]). No entanto, este modelo tem limitações e não escapa a críticas, dais quais resulta, designadamente, que não pode ser qualificado como arbitragem.

Segundo as conceções dominantes nos modernos Estados de Direito, existe um *direito de acesso a tribunais independentes* (art. 20.º CRP, art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e art. 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), que se relaciona com o princípio da divisão de poderes e com a reserva de jurisdição. Não vou aprofundar a problemática constitucional envolvida, mas posso dizer que corresponde a estas conceções que o Direito deve reger os aspetos da vida em sociedade que carecem de uma regulação juridicamente vinculativa, através de regras gerais e, em princípio, abstratas, e que cabe aos tribunais dirimir os litígios, em princípio, através da aplicação destas regras.

A resolução de litígios por meio da *decisão de uma maioria circunstancial de representantes de uma particular comunidade infraestadual ou paraestadual* não corresponde a esta conceção da função jurisdicional([35]).

Em sentido contrário, poderá argumentar-se que, em determinadas relações, como é designadamente o caso, no Direito português, das relações contratuais obrigacionais, as partes podem autorizar um *julgamento exclusivamente segundo a equidade* (art. 4.º CC e arts. 39.º e 52.º/1 LAV). No entanto, mesmo que este julgamento segundo a equidade seja entendido no sentido de uma solução puramente individualizadora, que não está sujeita às regras do Direito estrito, este julgamento deve ser feito por um tribunal imparcial e independente([36]).

Este tribunal imparcial e independente deve decidir com base numa valoração da solução mais justa no caso concreto dentro dos limites traçados por valores e princípios fundamentais do sistema ou, no caso de relações transnacionais, comuns aos sistemas em presença. Ainda neste caso, por conseguinte, a situação é diferente daquela que se verifica quando o litígio é decidido por representantes de uma particular comunidade de uti-

---

([34]) Para uma análise das justificações deste modelo, ver Guillaume/Riva (n. 22) 614, ss., Yueh-Ping Yang, "The Crowd's Wisdom in Smart Contract Dispute Resolution: Is Crowdsourced Dispute Resolution Arbitration?", *LSN Cyberspace Law eJournal*, Vol. 27, N.º 152, 05/16/2023, 182, ss.; e Tan (n. 26) 159, ss.

([35]) Ver ainda Guillaume/Riva (n. 22) 614, ss.

([36]) Ver ainda Ortolani (n. 23) 655, ss.

lizadores de uma plataforma de *Blockchain* cuja remuneração depende do resultado do caso. O sistema de remuneração dos "jurados" incentiva-os a decidirem no sentido da maioria mais provável e não no sentido da decisão mais justa([37]).

Enfim, poderá argumentar-se que a lei portuguesa permite que *as partes deleguem em terceiro a designação de todos os árbitros* (art. 10.º/1 LAV). Ainda neste caso, porém, os árbitros são designados indiretamente pelas partes e estão sujeitos a um controlo de independência e imparcialidade, o que não se verifica com os "jurados", que podem assumir esse encargo por sua própria vontade, desde que sejam utilizadores da plataforma e adquiram os criptoativos exigidos.

Por conseguinte, independentemente da questão de saber se outros requisitos da convenção de arbitragem, de uma decisão segundo a equidade, do processo arbitral e da decisão arbitral, estão preenchidos, eu entendo que *não se trata de arbitragem*([38]). De onde decorre que a decisão não tem os efeitos de um ato jurisdicional: não forma caso julgado nem é suscetível de execução como decisão jurisdicional.

Pela mesma razão, entendo que *o regime da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras não é aplicável a estas decisões*. Esta Convenção não define "arbitragem" ou "sentença arbitral", mas, segundo o melhor entendimento, por "sentença" entende-se uma decisão definitiva sobre uma questão submetida a arbitragem voluntária([39]).

O sentido comum de "sentença arbitral", que corresponde também às finalidades visadas com a Convenção, é o de uma *decisão tomada por árbitros a quem as partes atribuíram a missão de proferir uma decisão com eficácia jurisdicional*([40]). A atribuição deste poder jurisdicional

---

([37]) Ver Guillaume/Riva (n. 22) 626, ss.; Bahadori (n. 29) 173, ss. e 185, ss.; Yang (n. 34) 182, ss.; Tan (n. 26) 159, ss.; e Poncibò/Gangemi/Ravot (n. 27) 25-26.

([38]) Ver também Ortolani (n. 23) 655, ss. Cp. Mienert (n. 17) 247, ss.

([39]) Ver, com mais desenvolvimento, designadamente quanto às decisões por que o tribunal arbitral se considere incompetente, Jean-François Poudret e Sebastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurique, 2002, n.º 884; Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto e Nicola Port (orgs.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. A Global Commentary on the New York Convention*, Austin, *et al.*, 151 e 158; Reinmar Wolff (org.), *New York Convention*, Munique, 2012, art. I n.os 21, ss.; e Sampaio Caramelo, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Perante a Convenção de Nova Iorque e a Lei da Arbitragem Voluntária*, Coimbra, 2016, 27, ss.

([40]) Como defendi noutro lugar — Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, Vol. III, Tomo II — *Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Lisboa, 3.ª ed., 2019, § 104 D, não se trata de averiguar se a decisão tem eficácia jurisdicional ou meramente obrigacional perante a lei do país de origem, mas se as partes quiseram submeter o litígio a uma verdadeira arbitragem ou atribuir a terceiro uma mera função contratual, como sucede na dita "arbitragem contratual". Claro é que para interpretar

depende do reconhecimento por uma ordem jurídica estadual relevante(41).

Se a decisão é tomada por "jurados", que não têm o estatuto de árbitros, e não tem eficácia jurisdicional pelo menos perante o Direito de um dos Estados que tem uma ligação significativa com a arbitragem nem perante o Direito processual do Estado de reconhecimento e execução, não me parece defensável a aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque(42). Isto mesmo que possam ser ultrapassadas outras dificuldades que resultam do regime de reconhecimento estabelecido na Convenção(43).

Significa isto que a decisão, apesar de executada automaticamente, não tem valor jurídico?

Creio que tal seria uma conclusão precipitada.

Poderá dizer-se, por um lado, que *os BDRs são um modo alternativo de resolução de litígios* (ADR — *alternative dispute resolution method*), diferente dos modos mais correntes(44), mas, na falta de um regime jurídico específico, coloca-se um problema de qualificação relativamente aos regimes vigentes. O problema da eventual determinação de uma lacuna e da sua integração só se colocaria na falta de um regime diretamente aplicável.

Por outro lado, *os BDRs são um modo de resolução de litígios em linha* (ODR — *online dispute resolution*)(45), pelo que também devem ser consideradas as questões específicas daí resultantes, como já se assinalou em Introdução.

Poderá a decisão ser considerada uma *transação*(46), um acordo pelo qual as partes resolvem o litígio com base em recíprocas concessões

---

o acordo das partes pode ser necessário ter em conta a cultura jurídica do país em que a "arbitragem" se realiza, especialmente quando ambas as partes estiverem inseridas nesse meio sócio-cultural.

(41) Ver Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Lisboa, 2005, § 43.

(42) No mesmo sentido, Matthias Lehmann, "The New York Convention's Borderline. *Blockchain* Arbitration and Artificial Intelligence", *in Transforming Arbitration: Exploring the Impact of AI, Blockchain, Metaverse and Web3*, org. por Maud Piers, Sean Mccharty e Matthias Lehmann, 2025 (acessível em <https://books.radbouduniversitypress.nl/index.php/rup/catalog/book/ transforming-arbitration>), 75, ss.

(43) Ver sobre estas dificuldades, Dominique Legeais, "A la recherche d'un mode de règlement des litiges adapté à la *Blockchain* et ses applications", *in Mélanges Loic Caidet,* 893-903*,* Paris, 2023, 902; e Lehmann (n. 42) 74-75.

(44) Ver Federico Ast, William George, Jamilya Kamalova, Abeer Sharma e Yann Aouidef, "Decentralized Justice: State of the Art, Recurring Criticisms and Next Generation Research Topics", *LSN Cyberspace Law eJournal*, Vol. 27, N.º 151, 05/12/2023, 36, ss.

(45) Neste sentido, Kumtepe (n. 24) 40.

(46) Neste sentido, Yang (n. 34) 197.

(art. 1248.º CC)? Independentemente de outros requisitos, falta o pressuposto do acordo das partes.

Os "jurados" também não atuam como *mediadores de um acordo das partes* e, por conseguinte, não se trata de um acordo obtido mediante mediação (art. 2.º da Lei da mediação).

A situação parece antes corresponder a um caso de *função contratual de terceiro*. Assim como a determinação da prestação contratual pode ser confiada a terceiro (art. 400.º/1 CC) também se pode atribuir a terceiro o poder de decidir a controvérsia *por conta das partes*, *valendo a decisão tomada como negócio jurídico obrigacional celebrado pelas partes*(47). Neste caso, o terceiro não atua como árbitro, porque não exerce um poder jurisdicional, mas como mandatário comum das partes(48). A sua decisão vincula as partes *obrigacionalmente* e não *jurisdicionalmente*(49).

É este, a meu ver, o valor da decisão dos "jurados". *A validade desta decisão depende dos mesmos requisitos que a validade dos acordos das partes* e, designadamente, na lei portuguesa, do respeito das normas imperativas e da ordem pública (art. 280.º CC).

Assim, perante o Direito português, *a decisão pode ser declarada nula por um tribunal estadual e pode ser substituída por uma decisão do mesmo tribunal*. Claro que isto pressupõe que as partes possam ser pessoalmente identificadas.

---

(47) Ver Ernst Mezger, "The ICC Rules for the Adaptation of Contracts", *in* Horn (org.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, 1985, 205-216; Peter Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2.ª ed., Tubinga, 1989, 25, ss.; Karl Heinz Schwab e Gerhard Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar*, 7.ª ed., Munique, 2005, 8, ss.; Andreas Bucher, *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Basileia e Francoforte-sobre-o-Meno, 1989, 23, ss.; Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Vol. I, *Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., Munique, 1987, 83; Dieter Medicus e Stephan Lorenz, *Schuldrecht I*, 19.ª ed., Munique, 2010, n.º 226; Sinde Monteiro, "Pactos familiares, perícia contratual e avaliação de empresas", *CJ* (2002-III) 5-29, 10 n. 4.

(48) No mesmo sentido, Lopes dos Reis, *Representação Forense e Arbitragem*, Coimbra, 2001, 93, n. 179.

(49) No mesmo sentido, Lima Pinheiro (n. 41) Introdução V; Sampaio Caramelo, "Litígios em contratos de construção de grandes infraestruturas — Especificidades e meios de resolução", *Rev. Dir. Civ.* 2 (2017) 281, 300, 302 e 307, ss., relativamente aos *dispute boards*; Siza Vieira, "Expert Determination", *Rev. Int. Arbitragem e Conciliação* 10 (2017) 226, 231, ss.; e Mariana França Gouveia e Carolina Inverno Branco, "Adjudication: The Missing Piece in the Portuguese (And Portuguese-Speaking Countries) ADR Landscape", *in Estudos de Arbitragem em Homenagem a Manuel Gonçalves*, 529-547, Coimbra, 2021, 537, falando de "*adjudication*". Ver ainda Dário Moura Vicente, "Convenção de arbitragem, perícia contratual e avaliação vinculante — An Ac. STJ de 21/1/2003", *Cadernos de Direito Privado* 8 (2004) 44-56, 56. Não se trata, porém, a nosso ver, da hipótese prevista pelo art. 400.º/1 CC que só abrange a função contratual de terceiro na determinação da prestação.

Caso a execução não seja inteiramente automática, parece que *a exequibilidade judicial da decisão dos "jurados" não está em absoluto excluída*, mas, perante o Direito português, penso que muito dificilmente estariam cumpridas as exigências formais da lei processual.

Com efeito, podem servir de base à execução os documentos exarados ou autenticados, por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal, que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação (art. 703.º/1/*b* CPC)([50]). E não carecem de revisão para ser exequíveis os títulos extrajurisdicionais exarados em país estrangeiro (art. 706.º/2 CPC).

Os documentos autenticados são documentos particulares confirmados pelas partes, perante notário ou outra entidade habilitada para o efeito (art. 363.º/3 CC; arts. 35.º/3 e 150.º/1 C. Not.; art. 38.º/1 do DL n.º 76-A/2001, de 29/3). Os documentos particulares devem ser assinados pelo seu autor, ou por outrem a seu rogo, se o rogante não souber ou não puder assinar (art. 373.º/1 CC).

Os documentos particulares podem ser eletrónicos. O documento eletrónico é qualquer conteúdo armazenado em formato eletrónico, nomeadamente texto ou gravação sonora, visual ou audiovisual (art. 3.º/35 do Regulamento (UE) n.º 910/2014). O art. 3.º do Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9/2, determina que o documento eletrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita (n.º 1), e que a aposição de uma assinatura eletrónica qualificada a um documento eletrónico equivale à assinatura autógrafa dos documentos com forma escrita sobre suporte de papel (n.º 2)([51]).

A decisão dos "jurados" poderia ser representada como declaração escrita. Já seriam necessários ajustamentos, pelo menos informáticos, para que os "jurados" assinassem eletronicamente a declaração. Uma confirmação da declaração perante uma entidade legalmente habilitada não parece de todo verosímil sem ajustamentos também legislativos. Em todo o caso, tal não seria compatível com os casos em que os "jurados" são anónimos.

([50]) Nos termos do art. 707.º CPC, os documentos exarados ou autenticados, por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal, em que se convencionem prestações futuras ou se preveja a constituição de obrigações futuras podem servir de base à execução, desde que se prove, por documento passado em conformidade com as cláusulas deles constantes ou, sendo aqueles omissos, revestido de força executiva própria, que alguma prestação foi realizada para conclusão do negócio ou que alguma obrigação foi constituída na sequência da previsão das partes. Nos termos do art. 708.º CPC , qualquer documento assinado a rogo só goza de força executiva se a assinatura estiver reconhecida por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal.

([51]) Ver também art. 26.º do DL n.º 7/2004, de 7/1.

Há outros BDRs que se aproximam mais de uma arbitragem, por exemplo através dos chamados "*multi-signature smart contracts*", em tradução literal "*smart contracts com assinatura múltipla*", em que determinadas operações sobre criptoativos dependem da utilização das chaves privadas de ambas as partes ou de uma das parte e de um terceiro. Em certo tipo de litígios entre as partes, o terceiro pode atuar como árbitro, ou algo semelhante, sendo a sua decisão executada automaticamente(52).

Não me posso deter aqui no exame desta possibilidade, pelo que direi apenas que não excluindo a possibilidade de esta técnica ser utilizada na arbitragem baseada na *Blockchain*, vai deparar pelo menos com muitas das dificuldades que esta arbitragem pode encontrar (*infra* C).

Em todo o caso, é importante não esquecer que *as relações que se estabelecem na Blockchain são muitas vezes transnacionais*, porque têm contactos relevantes com mais de um Estado soberano. Em certos casos, como se passa com as DAOs, esta transnacionalidade deve mesmo ser presumida (*infra* III.A).

Sendo a relação transnacional, coloca-se um *problema de determinação da lei aplicável à função contratual de terceiro e aos efeitos da sua decisão enquanto ato jurídico* que, em princípio, tem de ser resolvido com base nas *normas de conflitos aplicáveis aos contratos obrigacionais*. Na falta de convenção de arbitragem válida e eficaz, estas normas de conflitos são as contidas no Reg. UE n.º 593/2008 — *Regulamento Roma I*).

C) *Arbitragem Blockchain*

Com respeito à arbitragem relativa a litígios emergentes da *Blockchain,* é necessário distinguir entre *arbitragem que se realiza off-chain* e *arbitragem que se realiza, em princípio, on-chain*, i.e., numa plataforma de *Blockchain*(53).

No que diz respeito à *arbitragem off-chain*, tenho notícia de que diferentes plataformas de *Blockchain* recorrem aos serviços de centros de arbitragem institucionalizada, como o da Câmara de Comércio Internacional e o do Centro de Arbitragem Internacional de Singapura(54). Também há

---

(52) Ver A. J. Santos, "Recognition of *Blockchain*-Based Multisignature E-Awards", *ArXiv Preprint ArXiv:1911.12968,* 2019; Ana Perestrelo de Oliveira (n. 7) 47, ss.; Mienert (n. 17) 247, ss.; Bahadori (n. 29) 173, ss.; Tan (n. 26) 166, ss.

(53) Ver Bahadori (n. 29) 173, ss.; e Kumtepe (n. 24) 53, ss.

(54) Ver ainda Kumtepe (n. 24) 44, ss.

centros de arbitragem que dirigem ofertas específicas de serviços com respeito a litígios emergentes da *Blockchain*, designadamente, o JAMS(55), ou que são mesmo especializados nestes litígios, designadamente o *Arbitral Tribunal of the Blockchain and New Technologies Chamber of Commerce*, sedeado na Polónia(56).

A exposição que se segue centra-se na *arbitragem on-chain*, que é aquela que se pode afastar mais do tradicional modelo da arbitragem.

Estão a ser desenvolvidos modos de resolução de litígios que, embora tenham natureza arbitral, são baseados em plataformas de *Blockchain*, procurando combinar as vantagens dos modos específicos anteriormente referidos, designadamente a celeridade, a idoneidade dos elementos de prova, a redução de custos e a execução automática da decisão, com as vantagens da arbitragem, designadamente a eficácia jurisdicional da decisão arbitral(57).

Para o efeito, é necessário, na maior parte dos casos, que *o tribunal arbitral funcione como um oráculo previsto um smart contract e que um smart contract permita a execução automática da decisão*. Em caso de litígio que ocorra antes de o contrato estar integralmente executado, uma parte pode desencadear a suspensão da execução do contrato e a intervenção do tribunal arbitral(58). A decisão pode desencadear o recomeço da execução previamente programada ou ser convertida numa modificação do programa de execução automática.

Para que a decisão proferida seja automaticamente executada é necessário que *o smart contract tenha controlo sobre os criptoativos que devem ser transferidos para a parte ganhadora*, por exemplo, criptoativos que se encontram numa carteira-caução [*escrow wallet*] da *Blockchain*(59).

Nos casos em que a execução automática da decisão arbitral não esteja assegurada, têm sido sugeridas medidas legislativas destinadas a permitir ou facilitar a execução na *Blockchain* das decisões arbitrais que dela carecem(60).

Também é concebível que um sistema jurídico estadual institua um procedimento destinado ao registo das decisões arbitrais relativas a litígios

---

(55) Que dispõe de uma cláusula-modelo de arbitragem para os *smart contracts* e de um projeto de regulamento de arbitragem para os litígios emergentes da *Blockchain* — <https://www.jamsadr.com/smartcontracts?tab=overview>.

(56) <https://www.*Blockchain*tribunal.org/>.

(57) Ver Ortolani (n. 23) 648, ss.; Legeais (n. 43) 898, ss.

(58) Ver Mienert (n. 17) 247, ss.

(59) Ver Tan (n. 26) 166, ss.

(60) Ver Kumtepe (n. 24) 59, ss.

emergentes da *Blockchain* numa plataforma de *Blockchain* que verifica automaticamente a origem da decisão. Dando mais um passo, um procedimento deste tipo poderia ser organizado, por uma Convenção internacional, a nível supraestadual, facilitando o reconhecimento e a execução internacional das decisões proferidas nestas arbitragens(61).

A *UK Jurisdiction Taskforce* publicou, em 2021, umas *Digital Dispute Resolution Rules* que visam permitir que as partes estipulem modos de resolução de litígios relacionados com a *Blockchain*, visando principalmente a arbitragem. A ideia orientadora é a incorporação destas regras num contrato, num bem digital ou num sistema de bens digitais que pode ser feita em código informático (n.º 3). Alternativamente à arbitragem, as partes podem estipular uma "*expert determination*" relacionável seja com uma prova pericial seja com a função contratual de terceiro atrás caracterizada.

As regras atribuem ao tribunal arbitral a faculdade de controlar qualquer criptoativo relevante para o litígio ou de ordenar às partes atos relativos ao mesmo (n.º 11) e determinam que a sede jurídica da arbitragem se situa em Inglaterra e País de Gales. Trata-se, por conseguinte, de regras que podem ser utilizadas para uma arbitragem baseada *Blockchain*, mas que não podem por si garantir que a arbitragem seja inteiramente baseada na *Blockchain*.

A aplicação prática da arbitragem baseada na Blockchain depara com algumas dificuldades. Vou apenas mencionar algumas das questões práticas mais evidentes perante a lei portuguesa.

Em, primeiro lugar, *o uso de pseudónimos pelas partes pode ser um problema*, visto que não se afigura possível, perante a lei portuguesa, um processo e uma decisão arbitral em que as partes não estejam pessoalmente identificadas(62). Desde logo, a validade da convenção de arbitragem pressupõe a capacidade das partes e esta capacidade só pode ser aferida se as partes estiverem identificadas pessoalmente. Como já se assinalou, o uso de pseudónimos não obsta, muitas vezes, à possibilidade de identificar as partes, mas creio que não basta que as partes sejam identificáveis: é necessária que estejam identificadas(63).

Em seguida, perante a lei portuguesa e a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, *é necessário que exista uma convenção de arbitragem em forma escrita, entendida em sentido amplo* (art. 2.º LAV e art. 2.º da Convenção).

---

(61) Ver também Ortolani (n. 23) 666, ss.

(62) Ver alusão de Ana Perestrelo de Oliveira (n. 7) 47, ss.

(63) Em sentido diferente, Kumtepe (n. 24) 47-48.

Isto pode ser problemático quando a convenção só seja celebrada em código informático e não em linguagem natural. Parece que nas relações interempresariais será suficiente a celebração em linguagem máquina(64). Isto também deverá valer para a cláusula compromissória contida nos *smart contracts* em que se baseia uma DAO, relativamente aos litígios entre os membros da DAO ou entre eles e a DAO, com limites que podem ser específicos dos litígios societários (*infra* III.D)(65).

A qualidade de árbitro não pode ser adquirida mediante a aquisição de tokens nem é compatível com o anonimato(66).

Com efeito, os árbitros devem ser escolhidos pelas partes ou por outro modo escolhido pelas partes (art. 10.º/1 LAV). O número de árbitros não pode ser indeterminado: serão 3 os árbitros se outro não for o número definido pelas partes (art. 8.º LAV)(67).

Por outro lado, a identidade dos árbitros tem de ser conhecida ou cognoscível, pelo menos pelas partes e pelos outros árbitros (arts. 8.º a 17.º e 42.º LAV).

Segundo a lei portuguesa, *as partes ou, na sua omissão, os árbitros, têm de fixar o lugar da arbitragem* (art. 31.º LAV). O lugar da arbitragem deve constar da decisão arbitral, considerando-se, para todos os efeitos, que a sentença foi proferida nesse lugar (art. 42.º/4 LAV). O lugar ou sede da arbitragem é o critério adotado na maior parte das legislações estaduais, entre as quais a portuguesa (art. 61.º LAV), para delimitar o âmbito de aplicação no espaço da respetiva legislação de arbitragem.

Embora as legislações estaduais divirjam até certo ponto quanto ao conceito relevante de sede da arbitragem(68), parece que *em toda a arbitragem em linha tem de relevar a sede convencional*, i.e., a sede fixada independentemente da localização das partes, dos árbitros ou de quaisquer trâmites presenciais.

Na prática, *é altamente aconselhável que as partes estipulem a sede da arbitragem diretamente ou por remissão para quaisquer regras* (ver

---

(64) Ver Mienert (n. 17) [245, ss. Ver ainda Guillaume/Riva (n. 22) 614, ss. Cp. Jai Chauhan, "Transformation of Dispute Resolution: Technological Innovations in Dispute Resolution and Its Effect on the International Law", *LSN Transnational Litigation/Arbitration, Private International Law, & Conflict of Laws eJournal*, Vol. 10, N.º 4, 01/25/2024, 8, ss.

(65) Ver ainda Guillaume/Riva (n. 22) 610, ss.

(66) Ver Naufal Shiddiq, Danrivanto Budhijasnto e Mursal Maulana, "*Blockchain* Arbitration in Confidentiality and Impartiality Principles: Lex Digitalis Arbitri: Lex Digitalis Arbitri", *Unram Law Review(ULREV)* 8/1 (2024) 11-12.

(67) Ver ainda Ortolani (n. 23) 655, ss.

(68) Ver Lima Pinheiro (n. 41) 401, ss.

também art. 6.º LAV). Se não o fizerem, os árbitros terão de fixar o lugar, depois de ouvidas as partes, o que obriga a uma comunicação *off-chain*. As consequências de os árbitros não fixarem a sede da arbitragem suscitam, porém, algumas dúvidas.

Se não for fixada a sede da arbitragem *Blockchain*, torna-se problemático determinar a aplicabilidade de uma lei de arbitragem voluntária como a LAV, que pressupõe a fixação do lugar da arbitragem em Portugal (art. 61.º). Com efeito, numa arbitragem *on-chain* o processo arbitral *em si mesmo* não tem conexões espaciais relevantes com um determinado Estado. Isto não prejudicará a aplicabilidade da LAV caso não haja indícios de conexões relevantes da arbitragem considerada no seu conjunto (incluindo, por conseguinte, a localização das partes e dos árbitros) com outros Estados. Caso contrário, surge uma lacuna, sendo concebível que a LAV se aplique quando haja um conexão estreita com Portugal e falte uma conexão mais estreita com outro Estado que considere aplicável a sua lei nacional.

Caso a LAV seja aplicável, *a falta de fixação da sede da arbitragem não constitui fundamento de anulação da decisão arbitral perante os tribunais portugueses* (cf. art. 46.º/3/*a*/*vi* LAV).

O reconhecimento e a execução da decisão arbitral proferida nestas condições já é problemático.

Tratando-se de uma arbitragem regida pela LAV, parece defensável que tal não constitui impedimento à execução.

Caso a LAV não seja aplicável, a eficácia jurisdicional da decisão arbitral na ordem jurídica portuguesa depende de um processo de reconhecimento, que pode estar subordinado à Convenção de Nova Iorque, a outra convenção internacional que vincule o Estado português, ou fora do âmbito de aplicação de fontes supraestaduais, ao regime interno (art. 55.º LAV).

A aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque depende, em primeiro lugar, de a sentença arbitral ter sido proferida noutro Estado (art. 1.º/1). A aplicabilidade do regime interno, fora do âmbito de aplicação de regimes supraestaduais, depende de a sentença ser proferida numa arbitragem localizada no estrangeiro (art. 55.º LAV).

Apesar de formulados de modo diferente, estes preceitos devem ser entendidos de em sentido idêntico: é *a sede ou lugar da arbitragem que é decisivo*([69]). As sentenças resultantes de arbitragens "localizadas" no

([69]) Cf. Isabel de Magalhães Collaço, "L'arbitrage international dans la récente loi portugaise sur l'arbitrage volontaire", *in Droit international et droit communautaire*, *Actes du colloque. Paris 5 et 6 avril 1990* (Fundação Calouste Gulbenkian, Centro Cultural Português), 55-66, Paris, 1991, 65, e António Marques dos Santos, "Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de

estrangeiro carecem de reconhecimento onde quer que a decisão tenha sido assinada. Inversamente, as sentenças resultantes de arbitragens "localizadas" em Portugal não carecem de reconhecimento mesmo que tenham sido assinadas no estrangeiro([70]). Se o processo arbitral se desenrolar em mais de um Estado ou se a arbitragem se realizar à distância, será forçoso dar relevância à sede convencional da arbitragem: a decisão considera-se proferida no lugar indicado pelas partes ou pelos árbitros([71]).

No entanto, este pressuposto de aplicação dos regimes de reconhecimento deve ser entendido no sentido de que *a decisão arbitral proferida numa arbitragem não regida pela LAV está necessariamente sujeita a um processo de reconhecimento* e não no sentido de que uma decisão de origem indeterminada não pode ser reconhecida. Por outras palavras, estes regimes também devem ser aplicados a decisões "apátridas", i.e., nem regidas pela LAV nem "localizáveis" em determinado Estado estrangeiro([72]).

O entendimento segundo o qual a Convenção de Nova Iorque não se aplicaria a decisões "anacionais", i.e., não submetidas a uma determinada lei nacional de arbitragem([73]), apenas poderia conduzir, em minha opinião,

---

Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)", *in Aspectos do novo Processo Civil*, 105-155, Lisboa, 1997, 114.

([70]) Ver Lima Pinheiro (n. 40) § 104.A.

([71]) Já se o processo arbitral decorrer essencialmente num país diferente daquele em que se localiza o lugar indicado pelas partes ou pelos árbitros para a arbitragem, com o consentimento expresso ou tácito das partes, deve considerar-se a decisão proferida neste país.

([72]) Ver Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, n.os 257 e 1168; Lima Pinheiro (n. 41) § 30 e (n. 40) § 104 F, com mais referências. Ver ainda, em sentido convergente, *Guia do ICCA sobre a Convenção de Nova Iorque*, 2.ª ed., 2024, 20, ss.; Böckstiegel/Kröll/Nacimiento (n. 39) General Overview n.º 146; Böckstiegel/Kröll/Nacimiento/Kröll (n. 39) art. 1061 n.º 15; Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 4.ª ed., Alphen aan den Rijn, 2024, § 11.03 B n. 110, não excluindo, em termos gerais, a aplicação da Convenção a decisões arbitrais em que a sede da arbitragem não foi fixada; § 22.02; Rui Moura Ramos, "Arbitragem estrangeira e reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no novo direito português da arbitragem", *in Est. António Barbosa de Melo*, 839-859, Coimbra. 2013, 473-474; Sampaio Caramelo (n. 39) 2016: 15-16; Christophe Seraglini e Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2.ª ed., Paris, 2019, n.º 1008.

([73]) Neste sentido, A. J. Van Den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, *et. al.*, 1981, 37, ss.; Id. — "Non-domestic arbitral awards under the 1958 New York Convention", *Arbitration International* 2 (1986) 191-219, 211, ss., mas entendendo que impende sobre a parte que se opõe ao reconhecimento o ónus de provar que a decisão foi proferida numa arbitragem não submetida a uma lei nacional de arbitragem [cp. Id. — "The New York Convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Salient Problem Areas", *in The New York Convention of 1958*, ASA Special Series (1996) N.º 9, n.º 4, 12; Schwab/Walter (n. 47) Kap. 41, n.º 21; Poudret/Besson (n. 39) n.º 881; Bernhard Berger e Franz Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 4.ª ed., 2021, n.º 2035; Wolff/Ehle (n. 39) art. 1.º, n.º 110.

à aplicabilidade do regime interno. Em todo o caso, eu não perfilho este entendimento, que me parece dificilmente compatível com a aplicabilidade da Convenção às sentenças arbitrais que não forem consideradas nacionais no Estado em que são pedidos o seu reconhecimento e execução (art. 1.º/1/2.ª parte) e não justificado à luz das finalidades prosseguidas pela Convenção(74).

No entanto, Portugal fez a reserva prevista na primeira parte do art. 1.º/3 da Convenção de Nova Iorque, segundo a qual a Convenção só se aplicará às sentenças proferidas no território de outro Estado Contratante. Por conseguinte, *a aplicação do regime desta Convenção pressupõe a demonstração que a arbitragem teve sede noutro Estado Contratante da Convenção*.

Em qualquer caso, *a falta desta demonstração não obsta ao reconhecimento e execução com base no regime interno* (arts. 55.º e 58.º LAV).

Por outro lado, parece de aceitar, neste contexto, que a arbitragem se sediou e que a decisão foi proferida no lugar indicado na decisão arbitral (ver também art. 42.º/4 LAV).

Se a parte que se opõe ao reconhecimento invocar certos fundamentos de recusa de reconhecimento (arts. 5.º/1/*d* e *e* da Convenção de Nova Iorque e arts. 5.º/1/*a*/*iv* e v LAV), a falta de fixação da sede pode suscitar dúvidas e dificuldades. Também neste caso parece de aceitar, neste contexto, que a arbitragem se sediou e que a decisão foi proferida no lugar indicado na decisão arbitral. Se também faltar esta indicação, parece que a solução preferível é a de só recusar o reconhecimento se a parte que a ele se opõe demonstrar que a arbitragem tem conexão estreita com o país invocado ao abrigo daqueles preceitos.

Relativamente ao *processo arbitral*, é necessário, pelo menos, que o *demandado seja citado para se defender, que as partes sejam tratadas com igualdade, tenham oportunidade de fazer valer os seus direitos e seja garantida a observância do princípio do contraditório* (art. 30.º LAV).

Na falta de convenção das partes em contrário, o processo pode ser conduzido só com base em documentos, sem audiência de prova e alegações orais (art. 34.º/1 LAV). No entanto, qualquer das partes pode requerer audiências para a produção da prova, a menos que as partes hajam previamente prescindido delas. Na falta de estipulação das partes em contrário,

---

(74) Esta previsão visa, em primeira linha, arbitragens submetidas a uma lei de arbitragem estrangeira, mas a sua interpretação não deve excluir outros casos em que o Estado de reconhecimento não considera a decisão "nacional". Ver também Fouchard/Gaillard/Goldman (n. 72) n.os 257 e 1168; Guia Icca (n. 72) 20, ss.; Born (n. 72) § 22.02; e Sampaio Caramelo (n. 39) 15-16.

as audiências podem realizar-se em linha(75), mas já não parece possível qualificar como audiência um procedimento realizado numa plataforma de *Blockchain*. Assim, para que a arbitragem seja conduzida apenas na *Blockchain* é necessário que as partes tenham renunciado a esta faculdade.

A imutabilidade da Blockchain garante a integridade e a autenticidade dos registos nele contidos, facilitando a prova digital. No entanto, é necessário que o tribunal arbitral tenha acesso a estes elementos de prova. Se for necessária a produção de prova que dependa da vontade de uma das partes ou de terceiro e não seja por eles voluntariamente oferecida, é inevitável o recurso a um tribunal estadual (art. 35.º LAV). A circunstância de a relação controvertida se estabelecer na *Blockchain* condiciona a intervenção do tribunal estadual pelas razões já assinaladas, designadamente a dificuldade de identificar a parte e/ou o terceiro(76).

Embora os árbitros não tenham de se reunir para deliberar a decisão arbitral, tem de haver uma deliberação. Por minha parte, entendo que os árbitros têm de apreciar os argumentos das partes e de comunicar entre si, oralmente ou por escrito, para discutir o caso e exprimir e justificar o seu voto. Isto mesmo que as partes dispensem a exigência de fundamentação da sentença (art. 42.º/3 LAV). Por esta razão, parece-me que dificilmente se pode prescindir de uma comunicação *off-chain* se houver uma pluralidade de árbitros.

A exigência que a decisão arbitral seja reduzida a escrito e assinada pelo árbitro ou pela maioria dos árbitros tem de ser respeitada (art. 42.º/1 LAV). Embora se possa pensar, designadamente, numa sentença redigida em linguagem máquina, em assinaturas eletrónicas e noutros recursos tecnológicos, parece mais prático que o árbitro ou árbitros formalizem a sentença num documento em linguagem natural com todos os requisitos formais exigidos, que mais não seja porque a sentença pode ter de ser invocada perante outros tribunais, ou outras autoridades, ou terceiros.

Isto verifica-se, designadamente, quando as partes queiram invocar a exceção de caso julgado, ou pretendam executar *off-chain* a sentença ou uma parte dela, bem como quando pretendam o reconhecimento e execução da sentença ao abrigo da Convenção de Nova Iorque (art. 4.º da Convenção) ou de um regime interno de reconhecimento e execução (designadamente art. 57.º LAV). É importante recordar que a execução é *off-chain* sempre que tenha por objeto bens que não são criptoativos(77).

---

(75) Ver também Catarina Salgado, "Breves notas sobre a arbitragem em linha", *RFDUL* 61/2 (2020) 181-203, 191, ss.

(76) Ver também Bahadori (n. 29) 185, ss.; Poncibò/Gangemi/Ravot (n. 27) 26.

(77) Ver Guillaume/Riva (n. 22) 632, ss.

Os requisitos de confidencialidade da arbitragem (art. 30.º/5 e 6 LAV) também podem entrar em tensão com o livre acesso a dados sobre as atividades realizadas em plataformas de *Blockchain* públicas([78]). Naturalmente que as partes podem dispensar estes requisitos, mas o desejo de confidencialidade pode constituir um motivo para preferirem uma arbitragem *off-chain*.

Por último, e sem qualquer pretensão de exaustividade, *a necessidade de depositar criptoativos numa carteira-caução pode ser desencorajadora para as partes que possam ter ou vir a ter litígios de valor elevado*, visto que ficam privadas da possibilidade de dispor destes ativos durante um período que pode não ser tão curto como nos modos não jurisdicionais de resolução de litígios.

D) *Inteligência Artificial e resolução alternativa de litígios nas plataformas de Blockchain*

Os *sistemas de inteligência artificial* (doravante IA), com crescente capacidade de resposta e eficiência, podem certamente funcionar como ferramenta auxiliar dos árbitros humanos e das partes ou dos seus mandatários. Na resolução de determinados problemas e na realização de determinadas tarefas, os sistemas de IA já superam as capacidades humanas.

O sistema de IA é definido pelo Regulamento europeu de IA (Reg. UE n.º 2024/1689) como "um sistema baseado em máquinas concebido para funcionar com níveis de autonomia variáveis, e que pode apresentar capacidade de adaptação após a implantação e que, para objetivos explícitos ou implícitos, e com base nos dados de entrada que recebe, infere a forma de gerar resultados, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais".

As pessoas singulares ou coletivas que, no quadro de uma atividade profissional, utilizem um sistema de IA sob a sua própria autoridade no contexto de uma arbitragem, são qualificadas por este regulamento como responsáveis pela sua implantação (art. 3.º/4)([79]).

Ferramentas de IA generativa, i.e., que produz novos conteúdos a partir de padrões aprendidos em grandes volumes de dados, tais como o *Chatgpt*, o *Gemini* ou o *Copilot*, são hoje utilizadas no quotidiano da

---

([78]) Ver Kamalova (n. 29), 17-18.

([79]) Ver, em geral, Paul Voigt e Nils Hullen, *Handbuch KI-Verordnung. FAQ zum EU AI Act*, Berlim, 2024, 1.3.2.

maior parte dos juristas, mas há muitas outras ferramentas de IA, mais especializadas, que podem ser utilizadas em arbitragens.

Antes do mais, os sistemas de IA podem relacionar-se com a arbitragem nos casos em que *a cláusula compromissória esteja contida num contrato celebrado com a intervenção de um ou mais sistemas de IA*. A contratação através de sistemas de IA é, em princípio, admitida (art. 33.º/1 do DL 7/2004, de 7/1, no quadro, mais geral, da contratação entre computadores)([80]), mas podem suscitar-se questões específicas relativamente à formação e à validade formal da cláusula compromissória, em que não vou entrar neste estudo.

Em seguida, *a análise, por uma das partes, da viabilidade da sua pretensão*, constitui hoje um dos campos de aplicação de certas ferramentas de IA([81]).

No processo arbitral, *os sistemas de IA podem ser utilizados como ferramentas auxiliares*, designadamente, para auxiliar na escolha dos árbitros, para a realização de tarefas processuais, como o envio de notificações, a organização, a tradução, análise e resumo dos documentos, e, mais em geral, o processamento de grandes volumes de dados, a calendarização das audiências, a organização de audiências virtuais, a elaboração de atas, o fornecimento, resumo e análise de elementos bibliográficos e jurisprudenciais e de argumentos jurídicos para os articulados e para a decisão, para ajudar na redação da decisão e para processar as custas do processo. Pelo menos em certos casos, podem substituir o secretário do tribunal do arbitral([82]).

([80]) Ver Paulo Mota Pinto, 'Agentes de software inteligentes' e negócio jurídico. Alguns problemas", *in Est. Maria Helena Brito*, Vol. II, Coimbra, 2022,109, 127, ss.

([81]) Ver Björn Laukemann, "Alternative Dispute Resolution and Artificial Intelligence", *in Comparative Procedural Law and Justice. Part IX — The Digital Revolution*, 2024, n.os 208, ss.; e Marco Giacalone, "AI and the Future of Private Dispute Resolution Mechanisms", *LSN Artificial Intelligence — Law, Policy, & Ethics eJournal*, Vol. 9, N.º 25, 03/14/2025, II.B e III, com mais referências.

([82]) Ver Horst Eidenmüller e Gerhard Wagner, *Law by Algorithm*, Tubinga, 2021, 191, ss.; Maria João Mimoso, "Artificial Intelligence in International Commercial and Investment Arbitration", *International Investment Law Journal*, Vol. 3, Issue 2, July 2023, 162, ss.; Elizabeth Chan, Nasir Gore e Eliza Jiang, "Harnessing Artificial Intelligence in International Arbitration Practice", *LSN Transnational Litigation/Arbitration, Private International Law, & Conflict of Laws eJournal*, Vol. 10, N.º 2, 01/11/2024, 267, ss., 273, ss. e 288, ss.; Laukemann (n. 81) n.os 199, ss.; Amy Schmitz, "Chapter 1. Responsible Use of AI in Civil Dispute Resolution", *LSN Negotiation & Dispute Resolution eJournal,* Vol. 25, N.º 28, 07/31/2024, 3, ss., e "Foundational Considerations for Using Technology in Dispute Resolution and Application to the Civil Resolution Tribunal", *LSN Artificial Intelligence — Role & Applications in Law eJournal*, Vol. 2, N.º 1, 01/09/2025, 8, ss.; Reddy Jeeri e Vinita Singh, "Soft Law, Hard Justice: Regulating Artificial Intelligence in Arbitration", *LSN Law & Society: International & Comparative Law eJournal*, Vol. 19, N.º 98, 12/05/2024, 196, ss.; Mohamed Kamal, "Artificial Intelli-

Indo mais além, *o próprio processo arbitral pode ser globalmente automatizado*, com base num sistema de IA, sem excluir a intervenção humana das partes e de árbitros humanos.

Naturalmente que *os árbitros têm de respeitar as estipulações lícitas e tempestivas das partes em matéria processual* (art. 30.º/2 LAV). Na omissão das partes, *o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, dentro dos limites fixados pela lei* (art. 30.º/3 LAV). Isto inclui *o recurso a novas tecnologias*, desde que em conformidade com a diligência devida pelos árbitros([83]), o que inclui um conhecimento suficiente da tecnologia que estão a utilizar([84]), com as regras e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição, nos instrumentos internacionais e europeus e na LAV, e com o regime aplicável à utilização dessas tecnologias (sem prejuízo da margem de apreciação dos árbitros na arbitragem transnacional).

A grande questão, porém, é da *possibilidade de os sistemas de inteligência artificial substituírem os decisores humanos*, passando dos ADRs aos AIDRs. Tecnicamente, parece possível construir sistemas de IA que desempenhem esta função de um modo razoavelmente sofisticado([85]). Mas será isto aceitável do ponto de vista jurídico (ligado também, como está, a uma perspetiva ética)?

A decisão de litígios emergentes da Blockchain, em modos de resolução de litígios que operam na Blockchain, por sistemas IA, significaria que, sem esquecer a intervenção das partes no desencadear e no desenrolar do processo, se alcança um elevado grau de automatismo: a decisão é automática e a sua execução *on-chain* também é automática. Caso seja validamente estipulado por sistemas de IA um modo de resolução de litígios, poderíamos ter um procedimento estipulado automaticamente, que conduziria a uma decisão automática executada automaticamente.

---

gence and International Arbitration", in, Abbas Poorhashemi (org.) – *Artificial Intelligence and the Future of International Law*, Cham, 2024, 47, ss.; Terry Rauch, "I in IA: To What Extent and Capacity Can Artificial Intelligence Assist in International Arbitration Procedures and Proceedings?", *LSN Comparative Law & Trans-National Studies eJournal*, Vol. 24, N.º 18, 02/10/2025, n.os 2 e 4; Giacalone (n. 81) II.A, com mais referências.

([83]) Ver também Marta Zamorska, "Artificial Intelligence — Supported Arbitral Awards — A Pandora's Box or the Future of International Commercial Arbitration?", *Yb. PIL* 24 (2022/2023) 193, 198; Chan/Nasir/Jiang (n. 82) 286; e Daniel Schnabl, "Künstliche Intelligenz als Schiedsgericht – Schiedsgerichtsbarkeit aus dem Automaten?", *SchiedsVZ* (2024) IV.2.

([84]) Ver *SVAMC Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration* (2024), Guidelines 1 e 6-7; *AAA ICDR Principles Supporting the Use of AI in Alternative Dispute Resolution* (2024), princípio da competência (1).

([85]) Ver Jack Kieffaber, Kimo Gandall e Kenny Mclaren, "We Built Judge. AI. And You Should Buy It", *LSN Law & Society: Private Law — Contracts eJournal*, Vol. 10, N.º 11, 03/31/2025, II-III.

Antes de responder à questão colocada, importa *referir alguma das vantagens e das desvantagens que têm sido assinalados pela doutrina quanto à utilização da IA na arbitragem*.

A utilização da IA contribui para a celeridade e redução dos custos do processo arbitral e para a eficiência processual, designadamente pela redução dos erros humanos, e pode mesmo proporcionar decisões mais objetivas e imparciais([86]).

De entre as desvantagens, salientam-se o enviesamento discriminatório em desfavor de certos grupos ou categorias de pessoas, que pode resultar da seleção dos dados que foram fornecidos para a aprendizagem do sistema; as limitações dos atuais sistemas na decisão de casos complexos; a impossibilidade de ter em conta critérios de decisão que não constem de dados fornecidos ao sistema, que se limitam principalmente aos decorrentes de regras legais ou de decisões jurisdicionais publicadas, quando e na medida que sejam relevantes para casos futuros; a impossibilidade, ou, pelo menos, dificuldade, de explicar e, portanto, fundamentar, as decisões; a dificuldade de compreender as interações humanas em todas as suas dimensões, designadamente, o seu contexto emocional e cultural, bem como a de alinhar os seus resultados com valores e princípios ético-jurídicos; a possibilidade de os resultados produzidos pelo sistema induzirem em erro, designadamente em ligação com as conhecidas "alucinações"; as preocupações com a proteção de dados pessoais; e a dificuldade em garantir a confidencialidade do processo([87]).

Por certo que a evolução dos sistemas de IA e certos cuidados e medidas dos atores envolvidos e dos reguladores poderão superar, ou pelo

---

([86]) Ver Soares Pereira e Joana Costa Lopes, "A inteligência artificial e a decisão arbitral", *Rev. Int. Arb. Conc.* 16 (2021) 1, n.º 3.3.; Matthias Lehmann, "The New York Convention's Borderline. *Blockchain* Arbitration and Artificial Intelligence", *in* Transforming Arbitration: Exploring the Impact of AI, *Blockchain*, Metaverse and Web3, org. por Maud Piers e Sean Mccharty, Nijmegen, 2025, 80-81; Giacalone (n. 81) II.C, com mais referências.

([87]) Ver Soares Pereira/Joana Costa Lopes (n. 86) n.º 3.2; Mafalda Miranda Barbosa, "Do juiz árbitro ao software juiz-árbitro: uma evolução possível?", *Rev. Int. Arb. Conc.* 16 (2021) 11, n.º 3; Kathrin Eidenmueller, Conor Mclaufghlin e Horst Eidenmueller, "Expanding the Shadow of the Law: Designing Efficient Judicial Dispute Resolution Systems in a Digital World — An Empirical Investigation", *LSN Cyberspace Law eJournal*, Vol. 28, N.º 28, 07/15/2024, 35-36 (relativamente aos tribunais estaduais); Laukemann (n. 81) n.os 211, ss.; Schmitz (n. 82 [2024]) 5, ss. e (n. 82 [2025]), 11, ss.; Jeeri/Singh (n. 82) 202, ss.; Kamalova (n. 29) 12; Victoria Hendrickx, "The Judicial Duty to State Reasons in the Age of Automation? The Impact of Generative AI Systems on the Legitimacy of Judicial Decision-Making", *LSN Artificial Intelligence — Law, Policy, & Ethics eJournal*, Vol. 9, No. 17, 02/12/2025, n.º 4.3 (relativamente aos tribunais estaduais); Lehmann (n. 86) 80-81; Rauch (n. 82) n.os 2 e 4; e Mimi Zou e Ellen Lefley, "Generative Artificial Intelligence and Article 6 of the European Convention on Human Rights: The Right to a Human Judge?", *LSN Artificial Intelligence — Law, Policy, & Ethics eJournal*, Vol. 9, N.º 16, 02/11/2025, 14, ss., com mais referências.

menos limitar, estas desvantagens([88]). Estas medidas devem, em particular, *permitir a realização dos princípios e valores jurídicos amplamente reconhecidos na comunidade internacional e prevenir os novos riscos criados pelo desenvolvimento dos sistemas de IA, sem coartar injustificadamente a dinâmica deste desenvolvimento.*

A regulação poderá em certa medida ser assegurada por fontes autónomas, designadamente os regulamentos dos centros de arbitragem, complementada por códigos de conduta, diretrizes e guias de boas práticas adotados voluntariamente pelas instituições arbitrais([89]), pelos árbitros ou pelas partes([90]).

No entanto, certos aspetos, designadamente a prevenção de certos riscos e a proteção de certos direitos fundamentais, tornam a necessária regulação pública, que tanto quanto possível, deve ser supraestadual e global. Conhecidas que são as dificuldades de unificação do Direito à escala universal, é inevitável que certos instrumentos sejam adotados à escala regional e nacional. Mesmo neste caso, podem ser úteis técnicas de unificação como as leis-modelo, que embora sejam adotadas voluntariamente pelos Estados, permitem um determinado grau de unificação internacional([91]).

Isto não significa que, em modos jurisdicionais de resolução de litígios, os decisores possam ou devam ser completamente substituídos por sistemas de IA([92]). O sistema de IA pode auxiliar na condução do processo,

---

([88]) Ver *European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment* (CEPEJ, 2018); Laukemann (n. 81) n.os 227, ss.; Rauch (n. 82) n.º 5; Zou/Lefley (n. 87) 9, ss.; Giacalone (n. 81) V, com mais referências.

([89]) Ver, designadamente, *SVAMC Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration* (2024); *AAA ICDR Principles Supporting the Use of AI in Alternative Dispute Resolution* (2024).

([90]) Ver também art. 95.º do Regulamento da IA.

([91]) Ver também, Chan/Nasir/Jiang (n. 82) 282, ss.; Schmitz (n. 82 [2024]) 14, ss.; Jeeri/Singh (n. 82) 213, ss., defendendo a regulação por *soft law*, mas incluindo neste conceito as leis-modelo e os regulamentos dos centros de arbitragem; Kamal (n. 82) 58; Schnabl (n. 83) V.

([92]) Ver Considerando 61 do Regulamento da IA; *European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment* (CEPEJ, 2018), Princípios do respeito dos direitos fundamentais (1) e do controlo do utilizador (5), e *Appendix I — In-depth study on the use of AI in judicial systems, notably AI applications processing judicial decisions and data*, n.os 113, ss.; *SVAMC Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration* (2024), Guideline 6; *AAA ICDR Principles Supporting the Use of AI in Alternative Dispute Resolution* (2024), princípio da independência (5)]; Maria João Mimoso (n. 82) 164-165; Fabrizio Marrella e Patricio Barbiritto, "Arbitrato internazionale e piattaforme telematiche: alcune riflessioni sul ruolo dell'intelligenza artificiale". *Rivista dell'Arbitrato* (2023/1), 202-203; Jeeri/Singh (n. 82) 222; Cristina Florescu, "The Interaction between AI (Artificial Intelligence) and IA (International Arbitration): Technology as the New Partner of Arbitration", *Revista romana de Arbitraj* (2024/1) 3-4, mas não excluindo esta possibilidade com a evolução da tecnologia]; Schnabl (n. 83) III.3; ver ainda Soares Pereira/Joana Costa Lopes (n. 86) 3.2

pode contribuir para a decisão(93), mas *é necessário um controlo humano da decisão, pelo menos por via de recurso*. Perante a LAV, os árbitros têm de ser pessoas humanas (art. 9.º/1)(94).

O controlo humano tem de se efetivo e os árbitros assumem a responsabilidade pela decisão, não podendo limitar-se a apor as suas assinaturas à decisão tomada pelo sistema de IA. Esta decisão também não pode ser homologada como transação (art. 41.º LAV), uma vez que não se verificam os pressupostos de uma transação (*supra* II.B)(95).

Os Estados contratantes da Convenção de Nova Iorque também não são obrigados a reconhecer e executar decisões tomadas por sistemas de IA, uma vez que o conceito de arbitragem que deve ser relevante para esta Convenção pressupõe que as partes atribuíram a árbitros, no sentido comum do termo, o poder de proferir uma decisão humana com eficácia jurisdicional (*supra* II.C)(96).

O ponto, porém, não é pacífico perante outros sistemas jurídicos(97). Mesmo que determinados sistemas admitam ou venham a admitir decisões arbitrais automatizadas, tal não obriga outros Estados a reconhecer e executar tais decisões ao abrigo da Convenção de Nova Iorque. Esta Convenção não obsta a que reconheçam e executem tais decisões com base no seu regime interno, (art. 7.º/1), mas esta possibilidade pode ser excluída ou limitada por normas ou princípios fundamentais de fonte interna ou por outras obrigações internacionais do Estado de reconhecimento.

A exigência de um controlo humano da decisão deve ser considerado como concretização do direito de acesso à justiça e a um processo equita-

---

e 4.2]; em sentido diferente, Eidenmüller/Wagner (n. 82) 220, ss.; e Ana Coimbra Trigo e Gustavo Backer, "Podem os 'árbitros-robôs' proferir sentenças exequíveis? Consenso e desafios à luz da Convenção de Nova Iorque e à Lei Modelo da UNCITRAL", *Rev. Int. Arb. Conc.* 16 (2021) VI.

(93) Ver também Schnabl (n. 83) IV.2 e Lehmann (n. 86) 81-82.

(94) Em sentido diferente, perante a Lei-Modelo da CNUDCI sobre Arbitragem Comercial Internacional, Eidenmüller/Wagner (n. 82) 215-216 e 221, não excluindo a possibilidade de decisões arbitrais tomadas por estes sistemas de IA.

(95) Ver também Lehmann (n. 86) 84.

(96) Ver também Lehmann (n. 86) 81-82 e 84-85; em sentido diferente Eidenmüller/Wagner (n. 82) 209, ss. e 221. Já nada obsta, em princípio, ao dever de reconhecer decisões proferidas em arbitragens em que a IA foi só utilizada como instrumento de trabalho — ver também Lehmann (n. 86) 83-84.

(97) Ver Bennett Marrrow, Mansi Karol e Steven Kuyan, "Artificial Intelligence and Arbitration: The Computer as an Arbitrator — Are We There Yet?", acessível em <ssrn.com>, 72, ss., admitindo que serão precisas certas adaptações nas regras do *Federal Arbitration Act* dos EUA; Imre Szalai, "Stranger Disputes: When Artificial Intelligence Turns Arbitration Upside Down", *LSN Artificial Intelligence — Role & Applications in Law eJournal*, Vol. 1, N.º 8, 10/16/2024, II.B e III, defendendo perante a mesma lei a admissibilidade de decisões tomadas por sistemas de IA, basicamente nas relações interempresariais, com mais referências.

tivo, consagrados nos já referidos art. 20.º CRP, 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e art. 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e, como tal, como objeto de direitos fundamentais([98]).

Isto vale tanto *de iure condito*, como de *iure condendo*: só a intervenção humana pode garantir que a solução do caso serve, tanto quanto possível, a realização da justiça no quadro de todas as coordenadas do sistema jurídico, mediante um processo de interpretação-aplicação inspirado por um sentimento humano do que é justo, e não uma mera probabilidade estatística obtida por inferência a partir de um conjunto de dados([99]).

Numa arbitragem Blockchain, esta exigência é reforçada pelos riscos implicados na execução automática da decisão.

A situação já parece diferente em modos não jurisdicionais de resolução de litígios específicos da *Blockchain*, como os que podem ser reconduzidos à atrás definida função contratual de terceiro (*supra* II.B). Isto, mesmo que no caso de decisão por um sistema de IA não se possa, em rigor, falar de "terceiro"([100]). Com efeito, *assim como as partes podem ser vinculadas por declarações negociais emitidas por sistemas de IA a quem atribuíram essa função, também podem ser vinculadas por decisões com eficácia obrigacional tomadas por estes sistemas, dentro dos limites atrás assinalados* (*supra* II.B).

Mesmo neste caso, porém, *a vinculação a tal modo de resolução de litígios pressupõe que as partes sejam informadas de que a decisão é tomada por um sistema de IA*. Estudos empíricos mostram que, por forma geral, as partes preferem decisores humanos([101]).

A própria utilização de sistemas de IA como ferramenta auxiliar do tribunal arbitral, quando possa influenciar significativamente a decisão arbitral, deve ser feita com um grau apropriado de supervisão humana e, segundo creio, deve ser comunicada às partes([102]).

([98]) Para Schnabl (n. 83) III.3, trata-se antes de uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

([99]) Ver, em sentido convergente, Lehmann (n. 86) 81-82; ver ainda Christoph Engel, Yoan Hermstrüwer e Alison Kim, "Human Realignment: An Empirical Study of LLMs as Legal Decision-Aids in Moral Dilemmas" *LSN Artificial Intelligence — Role & Applications in Law eJournal*, Vol. 2, N.º 15, 04/17/2025.

([100]) Em sentido convergente, Schnabl (n. 83) III.3 e IV.3, entendendo que não se trata aqui de uma função contratual de terceiro em sentido formal, porque o sistema de IA não é um "terceiro"

([101]) Eidenmueller/Mclaufghlin/Eidenmueller (n. 87) 35-36 e 43 (relativamente aos tribunais estaduais).

([102]) Ver *infra* referências aos arts. 14.º, 26.º e 86.º do Regulamento da IA e art. 22.º RGPD, de onde só limitadamente resultam estes deveres; Zamorska (n. 83) 213-214] Laukemann (n. 81) 229-230; Jeeri/Singh (n. 82) 220, ss.; em sentido aparentemente diferente, *SVAMC Guidelines on the Use of Arti-*

Naturalmente que o dever de comunicação diz fundamentalmente respeito àquela utilização de sistemas de IA que possa influenciar a decisão arbitral, não se estendendo ao uso de quaisquer tecnologias que utilizem a IA (por exemplo, um simples motor de busca) e que as circunstâncias em que o sistema de IA seja utilizado serão relevantes para determinar o modo e o conteúdo da comunicação. Esta comunicação não deve abrir a porta a trâmites processuais adicionais nem de outro modo levar ao prolongamento do processo arbitral.

Perante o *Regulamento da IA*, aplicável, em regra, a partir de 2 de agosto de 2026 (art. 113.º), determinados "sistemas de IA concebidos para a administração da justiça e os processos democráticos deverão ser classificados como sendo de risco elevado, tendo em conta o seu impacto potencialmente significativo na democracia, no Estado de direito e nas liberdades individuais, bem como no direito à ação e a um tribunal imparcial. Em particular, para fazer face aos riscos de potenciais enviesamentos, erros e opacidade, é apropriado classificar como sendo de risco elevado os sistemas de IA concebidos para serem utilizados por uma autoridade judiciária ou para, em seu nome, auxiliar autoridades judiciárias na investigação e interpretação de factos e do direito e na aplicação da lei a um conjunto específico de factos" (Considerando 61).

"Os sistemas de IA concebidos para serem utilizados por entidades de resolução alternativa de litígios para esses fins também deverão ser considerados de risco elevado quando os resultados dos procedimentos de resolução alternativa de litígios produzam efeitos jurídicos para as partes. A utilização de ferramentas de IA pode auxiliar o poder de tomada de decisão dos magistrados ou da independência judicial, mas não o deverá substituir, a decisão final tem de continuar a ser uma atividade humana. Contudo, a classificação de sistemas de IA como sendo de risco elevado não deverá ser alargada aos sistemas de IA concebidos para atividades administrativas puramente auxiliares que não afetam a administração efetiva da justiça em casos individuais, como a anonimização ou a pseudonimização de decisões judiciais, documentos ou dados, comunicações entre pessoal ou tarefas administrativas" (Considerando 61).

Assim, nos termos do art. 6.º/2 do Regulamento da IA, o Anexo III *qualifica como sistemas de risco elevado* os sistemas "de IA concebidos para serem utilizados por uma autoridade judiciária, ou em seu nome, para auxiliar uma autoridade judiciária na investigação e na interpretação de

---

ficial Intelligence in Arbitration (2024), Guideline 3, apontando para uma decisão casuística, mas ver Guideline 7.

factos e do direito, bem como na aplicação da lei a um conjunto específico de factos, ou para serem utilizados de forma similar na resolução alternativa de litígios" (n.º 8/*a*)([103]).

A expressão "aplicação da lei", corresponde, na versões em língua inglesa e alemã, a "aplicação do Direito" ["*applying the law*", "*Anwendung des Rechts*"]. Parece que as referência à "lei" feitas em versões como a portuguesa e a francesa, devem ser entendidas num sentido amplo de lei, que abrange todo o Direito. A própria versão em língua portuguesa começa por se referir à "interpretação de factos e do direito". Não se vê razão por que um sistema utilizado para interpretar e aplicar outras regras ou princípios jurídicos não devesse ser qualificado com sendo de risco elevado.

Embora a referência a procedimentos de resolução de litígios que "produzam efeitos jurídicos para as partes" pudesse sugerir a inclusão de todos os procedimentos alternativos de resolução de litígios, não só o critério do sentido literal (sistemas "para serem utilizados de forma similar" ao de uma autoridade judiciária), mas também o contexto desta referência, parecem indicar que os efeitos em vista devem ser efeitos jurisdicionais, e não meros efeitos obrigacionais ou reflexos. Do ponto de vista de critérios teleológicos, também não se vê razão para estender a procedimentos não jurisdicionais uma solução que é pensada, em primeira linha, para procedimentos judiciais.

Por outro lado, o art. 6.º/3 do Regulamento da IA *afasta a qualificação de tais sistemas como sendo de risco elevado* "se não representar um risco significativo de danos para a saúde, a segurança ou os direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente se não influenciarem de forma significativa o resultado da tomada de decisões". Isto aplica-se nos casos em que estiverem preenchidas quaisquer das seguintes condições:

— o sistema de IA destina-se a desempenhar uma tarefa processual restrita;

— o sistema de IA destina-se a melhorar o resultado de uma atividade humana previamente concluída;

— o sistema de IA destina-se a detetar padrões de tomada de decisões ou desvios em relação a padrões de tomada de decisões anteriores e não se destina a substituir nem influenciar uma avaliação

---

([103]) Sobre a definição de sistemas de risco elevado e o sentido da sua regulação, Marta Boura, "Regulação de Sistemas de Inteligência Artificial de Risco Elevado", *in AI Act — O Novo Regulamento de Inteligência Artificial Europeu*, ver org. por Alfar Rodrigues, João Almeida e João Luz Soares, 227, Coimbra, 2025, n.º 2.

humana previamente concluída, sem que se proceda a uma verificação adequada por um ser humano; ou

— o sistema de IA destina-se a executar uma tarefa preparatória no contexto de uma avaliação pertinente para efeitos dos casos de utilização enumerados no anexo III.

Por conseguinte, um sistema de IA utlizado na interpretação-aplicação do Direito só será considerado de risco elevado se influenciar de forma significativa a decisão do caso([104]).

Os sistemas de IA de risco elevado estão ainda submetidos a um conjunto de requisitos gerais, que incluem *critérios de qualidade dos conjuntos de dados de treino* (art. 10.º) e o *dever de os conceber e desenvolver de modo a que pessoas humanas possam supervisionar o seu funcionamento, assegurar que são utilizados como previsto e que os seus impactos são abordados ao longo do ciclo de vida do sistema* (Considerando 73 e art. 14.º)([105]).

Os utilizadores de sistemas de risco elevado estão sujeitos a determinadas obrigações, designadamente:

— assegurar a supervisão humana dos sistemas por forma a prevenir ou minimizar certos riscos (arts. 14.º e 26.º/2)([106]); e

— quando tomam decisões ou ajudam a tomar decisões relacionadas com pessoas singulares, informar as pessoas singulares de que estão sujeitas à utilização do sistema de IA de risco elevado (art. 26.º/11)([107]).

No caso de uma decisão ser tomada com base nos resultados de um sistema de IA de risco elevado e produzir efeitos jurídicos ou analogamente afetar num grau significativo uma pessoa, de forma que considere ter repercussões negativas na sua saúde, segurança ou direitos fundamentais, *o utilizador do sistema tem o dever de facultar explicações claras e*

([104]) Ver, em geral, Voigt/Hullen (n. 79) n.º 3.1.

([105]) Ver Voigt/Hullen (n. 79) n.º 3.2.

([106]) Ver Voigt/Hullen (n. 79) n.os 3.2.7 e 3.4; Melanie Fink, "Human Oversight under Article 14 of the EU AI Act", acessível em <ssrn.com>, n.º 5.

([107]) Sendo também aplicável o art. 13.º da Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, que não interessa ao nosso tema. Ver ainda Voigt/Hullen (n. 79) n.º 3.4.8.

pertinentes sobre o papel do sistema no processo de tomada de decisão e sobre os principais elementos da decisão (art. 86.º/1)([108]).

Segundo o Considerando 171, essas explicações deverão constituir uma base sobre a qual as pessoas afetadas possam exercer os seus direitos e o direito à obtenção de explicações não deverá aplicar-se à utilização de sistemas de IA para os quais decorram do direito da União ou do direito nacional exceções ou restrições e deverá aplicar-se apenas na medida em que não esteja já previsto no direito da União.

O art. 22.º/1 RGPD estabelece a regra geral segundo a qual o "titular dos dados tem o direito e não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar". Este preceito não exige, como art. 86.º do Regulamento da IA, que a decisão afete num grau significativo a pessoa, mas só se aplica quando se trata de uma decisão tomada com base no tratamento automatizado de dados pessoais a que é sujeita uma pessoa singular, o que não é exigido pelo art. 86.º do Regulamento da IA.

Além disso, o art. 22.º/2 RGPD exclui, em princípio (ver n.º 4), o direito a explicações, designadamente nos casos em que a decisão for necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento ou for baseada no consentimento explícito do titular dos dados. Nestes casos, o responsável pelo tratamento deve tomar medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão (n.º 3).

Decorre do anteriormente exposto que *as decisões jurisdicionais não podem, em princípio, ser automatizadas*. Poderia pensar-se na relevância destas regras, no que toca à matéria do presente estudo, para decisões de litígios com eficácia obrigacional, mas, no que toca ao Regulamento da IA, também decorre do anteriormente exposto que *só parecem ser qualificáveis como sistemas de risco elevado os que são utilizados em procedimentos jurisdicionais de resolução de litígios*. Não tratarei nesta sede de examinar se estas regras também poderão ser relevantes para decisões do tribunal arbitral que, apesar de produzirem apenas efeitos processuais, possam influenciar de forma significativa a solução do caso.

([108]) Ver Voigt/Hullen (n. 79) n.º 1.7.2.

No futuro, será ainda de ter em conta a *Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law* (2024), já assinada pela União Europeia, (designadamente a obrigação geral de transparência e supervisão contida no art. 8.º).

Na arbitragem transnacional em que sejam utilizadas ferramentas de AI, a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa basear-se-á nos critérios gerais que serão adiante examinados (*infra* III.C e D), mas surgem problemas específicos, como, designadamente, o da fixação da sede da arbitragem e o da escolha de regras de Direito feitas com a intervenção de sistemas de IA.

Problemas paralelos podem surgir relativamente à determinação do Direito aplicável a modos não jurisdicionais de resolução de litígios, designadamente aqueles que sejam reconduzíveis direta ou analogicamente à função contratual de terceiro (*supra* II.B).

Não vou entrar aqui no exame destes problemas e das suas soluções.

Será também necessário ter em conta o âmbito de aplicação no espaço reclamado por certos regimes, designadamente o art. 2.º do Regulamento da IA([109]).

III. Litígios transnacionais e Direito aplicável ao mérito da causa

A) *Transnacionalidade das relações estabelecidas na Blockchain*

Os contratos inteligentes são abrangidos pelo Direito Internacional Privado quando têm *contactos relevantes com mais do que um Estado soberano*. A internet, em geral, caracteriza-se pela sua ubiquidade e por uma elevada percentagem de relações transnacionais. No entanto, o facto de a internet ser uma rede global não significa que todos os contratos celebrados através da internet ou que utilizem plataformas para a sua execução automática sejam internacionais.

Esta transnacionalidade é reforçada nas redes Blockchain pela plurilocalização dos nós([110]). A relevância do armazenamento de registos ou a

---

([109]) Sobre a tomada em consideração das diretrizes supraestaduais pelos árbitros, ver Lima Pinheiro (n. 41) § 58.

([110]) Cf. Audit (n. 19) 678, sublinha a imaterialidade e a descentralização específicas da *Blockchain*.

localização dos operadores da plataforma de registo distribuído em diferentes países pode, então, suscitar dúvidas. Segundo alguns autores, como a *Blockchain* é essencialmente transnacional, qualquer relação baseada na *Blockchain* é transnacional(111).

No entanto, apenas alguns contactos com Estados são relevantes para efeitos do Direito Internacional Privado. Além disso, é hoje comummente entendido que a localização dos servidores não é relevante para efeitos de escolha da lei aplicável às relações estabelecidas através da internet. Também a plurilocalização dos nós não desencadeia a transnacionalidade das relações baseadas na *Blockchain*, porque não tem uma ligação objetiva com as partes nem confere especificidade à execução do contrato(112).

Considero que o critério de internacionalidade mais relevante para os contratos inteligentes é um critério subjetivo: a localização das partes em países diferentes. A internacionalidade do contrato pode também resultar do local de execução. A execução automática do contrato não significa que todos os atos sejam realizados em linha e, por conseguinte, a internacionalidade pode também resultar do lugar de execução. A internacionalidade pode também resultar de uma ligação estreita entre o contrato inteligente e um contrato plurilocalizado ou do facto de se tratar de uma operação que se realiza num mercado internacional, como é frequentemente o caso das operações financeiras sobre derivados.

Em todo o caso, tendo em conta a dificuldade em determinar a localização, e mesmo a identidade das partes, penso que *se pode presumir a internacionalidade do contrato inteligente*.

O mesmo pode ser dito relativamente à maioria das DAOs. Com efeito, deve ser tida em conta a dificuldade em determinar a residência, a nacionalidade ou a sede dos membros de uma DAO, ou mesmo a sua identidade. Por conseguinte, deve igualmente presumir-se a *transnacionalidade de uma DAO* que não limita os seus membros a pessoas situadas no mesmo Estado. A localização dos promotores, dos representantes ou da entidade externa que administram a DAO pode igualmente ser relevante como fator de transnacionalidade. O mesmo se pode dizer de uma ligação estreita com um mercado internacional, nomeadamente os mercados

---

(111) Cf. Florence Guillaume, "Aspects of private international law related with *Blockchain* transactions", *in Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, org. por Daniel Kraus, Thierry Obrist e Olivier Ha, Cheltenham (UK) e Northampton (MA, USA), 2019: 59; Audit (fn. 19) 672.

(112) Em sentido diferente, Tom Braegelmann e Markus Kaulartz, *Rechtshandbuch Smart Contracts*, 2019, § 12, n.os 5 e 13.

financeiros. Além disso, o local de constituição pode ter alguma relevância, mas pode não ser suficiente se todos os elementos da DAO estiverem claramente localizados num Estado.

Existe uma certa *especificidade nos problemas de escolha dos Direitos aplicáveis às DAOs*.

Por um lado, o pseudonimização dos membros de uma DAO pode dificultar ou mesmo impossibilitar a concretização de elementos de conexão relacionados com a sua localização([113]).

Por outro lado, os membros podem submeter-se voluntariamente aos preceitos codificados no código informático da rede que os membros aceitam expressa ou tacitamente ao participarem na rede([114]).

A natureza jurídica dos preceitos codificados nas redes de *Blockchain* depende do seu objeto e das suas fontes. Os preceitos codificados podem ser formulados não só pela pessoa ou entidade que administra a infraestrutura da *Blockchain*, mas também pelos promotores ou por uma entidade que gere a DAO. Mesmo que os membros apenas adiram a estes preceitos, eles apresentam diferenças importantes em relação às cláusulas contratuais gerais tradicionais, uma vez que regem igualmente as relações entre os membros da DAO que os aceitaram, o que pode ser relevante para a aplicabilidade do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais e para a determinação da sua natureza jurídica. É igualmente possível que os preceitos codificados sejam formulados por representantes escolhidos pelos membros da DAO, constituindo, por conseguinte, uma expressão da sua autonomia coletiva.

Em todo o caso, as cláusulas contratuais gerais aplicáveis nas redes de *Blockchain* podem servir de base ao desenvolvimento de usos comerciais e, eventualmente, de regras consuetudinárias.

Como todos os contratos internacionais, o *contrato inteligente internacional* coloca problemas específicos de *determinação da jurisdição competente*, de *determinação do Direito aplicável* e, eventualmente, de *reconhecimento de decisões estrangeiras*. O mesmo se diga das DAOs internacionais. No presente estudo, abrangerei apenas o problema da determinação do Direito aplicável.

([113]) Ver Jonas Drögemüller, *Blockchain-Netzwerke und Krypto-Token im Internationalen Privatrecht*, Baden-Baden, 2023, 36.

([114]) Ver Drögemüller (n. 113) 114-115, com respeito às redes de *Blockchain* em geral.

B) *Lex cryptographia?*

No que respeita ao Direito aplicável aos contratos e às organizações no contexto das redes de *Blockchain*, tem sido defendido que estas redes constituem um espaço jurídico autónomo de um novo tipo e que se regem pelas regras do seu código informático, independentemente de qualquer lei nacional, uma *lex cryptographia*(115).

Este entendimento tem um paralelo evidente com teses anteriores favoráveis à *nova lex mercatoria*, entendida como Direito autónomo do comércio internacional(116), e à *lex informatica*, enquanto Direito autónomo das relações que se estabelecem na internet. No entanto, existem aqui alguns fatores adicionais de autonomia:

— as transações realizadas automaticamente nas redes de *Blockchain*, nomeadamente as transações baseadas em certos *smart contracts*, não requerem a conduta de uma parte ou a execução forçada para a sua execução;

— os litígios em causa podem, até um certo ponto, ser resolvidos por mecanismos de resolução de litígios que operam no âmbito de uma plataforma *Blockchain*;

— O controlo estadual das redes e transações de *Blockchain* é particularmente difícil.

Alguns dos argumentos que se opõem a este entendimento não se reportam estritamente às relações contratuais e organizativas e não têm em conta o diferente grau de regulação estadual exigido pelas relações entre empresas e pelas relações entre empresas e consumidores ou investidores não profissionais(117). Outros argumentos, como a limitação do âmbito destas regras, não as impediriam de funcionar em coordenação com as regras estaduais aplicáveis a questões fora do seu âmbito.

Embora considere que a determinação das regras aplicáveis aos contratos inteligentes e às DAOs tenha de se basear sobretudo nos Direitos de Conflitos em vigor para os tribunais estatais e para os tribunais arbitrais,

---

(115) Ver Franz Mayer, "Recht und Cyberspace", *NJW* (1996) 1782-1791, 1790; Guillaume (n. 111) 71, ss.; De Filippi/Right (n. 4) 193, ss.

(116) Ver Luís Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, *Introdução e Direito de Conflitos/Parte Geral*, 4.ª ed., Lisboa, 2025, § 6, com mais referências.

(117) Ver, designadamente, Audit (n. 19) 676-677; Drögemüller (n. 113) 347-348. A responsabilidade de organizações externas perante terceiros ou questões relativas à insolvência não caem dentro do âmbito de aplicação da lei reguladora do contrato.

penso que devemos prestar atenção os processos autónomos de criação de regras que podem ocorrer nas redes de *Blockchain*, e que não devemos excluir completamente a possibilidade de essas regras serem escolhidas pelas partes para a decisão do mérito de um litígio submetido a arbitragem e que caia dentro do seu âmbito de aplicação.

A deferência a regras autónomas tem vantagens, nomeadamente dos pontos de vista da sua adequação à especificidade da *Blockchain* e da contenção exigível no exercício da competência legislativa dos Estados com vista a evitar conflitos normativos ou conflitos de deveres para os destinatários de regulações públicas.

Para além disso, existe a possibilidade de as partes acordarem numa *decisão segundo a equidade* (arts. 39.º/1 e 52.º/1 LAV). Este acordo permite que os árbitros tomem em consideração todas as circunstâncias do caso concreto sem estarem vinculados, em princípio, às regras de Direito estrito. Dentro dos limites estabelecidos pelos valores e princípios fundamentais do Direito Internacional Público e do Direito Transnacional, ou comuns aos sistemas nacionais envolvidos, bem como pelas cláusulas estipuladas pelas partes, os árbitros podem, neste caso, basear-se inteiramente em regras e princípios autónomos.

O simples facto de as partes terem celebrado um contrato inteligente ou estabelecido outra relação na *Blockchain* não permite, contudo, uma *decisão segundo a equidade*(118). A autorização das partes para uma arbitragem segundo a equidade deve ser expressa e não pode resultar da remissão genérica para o regulamento de um centro de arbitragem ou de uma plataforma *de Blockchain*(119).

C) *Direito de Conflitos da Arbitragem e contratos inteligentes*

A arbitragem transnacional é o modo normal de resolução de litígios nos negócios internacionais. O recurso aos tribunais estatais é marginal. As vantagens do recurso à arbitragem no que respeita aos contratos internacionais inteligentes são, em grande medida, comuns às encontradas em relação a outros contratos internacionais(120).

---

(118) Ver também Ortolani (n. 23) 655, ss.

(119) Ver Luís de Lima Pinheiro, "Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem", *in Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão. RFDUL* 64 (2023) 1427-1448, II; e Ortolani (n. 23) 655, ss.

(120) Com respeito a estas vantagens, ver Lima Pinheiro (n. 41) Introdução I.

No que respeita aos contratos inteligentes, existe ainda a possibilidade de *utilização da arbitragem como oráculo* que, perante controvérsias decorrentes de factos relevantes, permite a suspensão da sua execução automática e a introdução de modificações no programa de execução automática (*supra* II.C)([121]).

Quando existe uma convenção de arbitragem válida e eficaz, a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa deve, em princípio, basear-se em *normas de conflitos especiais*, diferentes das normas de conflitos aplicáveis pelos tribunais estaduais. Uma vez que a maioria dos mecanismos de resolução de litígios na *Blockchain* não tem natureza jurisdicional (*supra* II.B), em caso de intervenção dos tribunais estaduais, aplicam-se as normas de conflitos gerais.

Os árbitros gozam de ampla autonomia na *determinação do Direito aplicável ao mérito da causa*, nomeadamente porque o controlo pelos tribunais estaduais do Direito aplicado pelos árbitros é bastante limitado e os principais sistemas, quando não abdicam de emitir qualquer diretiva sobre a determinação do Direito aplicável pelos árbitros, consagram plenamente o princípio da liberdade de escolha pelas partes e, na ausência de designação pelas partes, critérios flexíveis para a determinação do Direito aplicável que deixam uma ampla margem de apreciação aos árbitros.

Além disso, *os tribunais arbitrais transnacionais não estão exclusivamente sujeitos a um determinado sistema nacional*([122]). Os árbitros não são obrigados a aplicar exclusivamente o Direito de Conflitos de um determinado Estado.

([121]) Ver Samuel Bourque e Sara Fung Ling Tsui, "A Lawyer´s Introduction to Smart Contracts", *in Scientia Nobilitat. Reviewed Legal Studies*, 4-23, 2014, <https://github.com/joequant/scms/blob/master/doc/pdfs/A%20Lawyer%27s%20Introduction%20to%20Smart%20Contracts.pdf>, 10; Mateja Durovic, "Law and Autonomous Systems Series: How to Resolve Smart Contract Disputes — Smart Arbitration as a Solution", University of Oxford — Faculty of Law, Blog 1/6/2018, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/06/law-and-autonomous-systems-series-how-resolve-smart-contract-disputes>; e Ibrahim Shehata, "Smart Contracts & International Arbitration", *LSN Transnational Litigation/Arbitration, Private International Law, & Conflict of Laws eJournal*, Vol. 6, N.º 3, 01/14/2019, 9-10.

([122]) Ver Lima Pinheiro (n. 41) 29, ss. e 234, ss., com mais referências. No mesmo sentido, Francesco Galgano e Fabrizio Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, 2.nd ed., Milão, 2007, 264; e Maria Helena Brito, "As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões", *in Est. Miguel Galvão Teles*, Vol. II, 27-49, Coimbra, 2012, 43. Os autores que defendem a exclusiva e absoluta sujeição da arbitragem à lei do Estado da sede defendem a posição contrária — ver referências em Lima Pinheiro [*loc cit.*], às quais se deve acrescentar Peter Mankowski, "Schiedsgerichte und die Veror dnungen des europäischen Internationalen Privat-und Verfahrensrechts", *in FS Bernd von Hoffmann,* 1012-1028, Bielefeld, 2011, 1013, ss.

A conjugação destes fatores leva a que *a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa seja essencialmente regido por regras e princípios específicos do Direito Transnacional da Arbitragem*([123]). As soluções adotadas pelos sistemas nacionais consultados interagem com estas regras e princípios autónomos e só à luz deles podem ser devidamente compreendidas.

Assim, justifica-se, nesta matéria, começar por estudar as soluções do Direito Transnacional da Arbitragem e, depois, avaliar em que medida a sua aplicação é limitada por diretrizes estaduais([124]).

As soluções oferecidas pelo *Direito Transnacional da Arbitragem* resultam, sobretudo, da prática dos tribunais arbitrais, que deram corpo a determinadas proposições jurídicas que fazem hoje parte da consciência jurídica da comunidade arbitral, e dos regulamentos dos centros de arbitragem institucionalizada, que utilizam critérios de determinação do Direito aplicável diferentes dos geralmente seguidos pelos tribunais estaduais e adotados nos sistemas nacionais de Direito Internacional Privado.

Assim, o *princípio da autonomia da vontade* é entendido, no quadro deste Direito Transnacional, como permitindo às partes remeter para o Direito estadual, para o Direito Internacional Público, para a *lex mercatoria*, para modelos de regulação como os Princípios do UNIDROIT dos Contratos Comerciais Internacionais, para "princípios gerais" ou para considerações de equidade([125]). Na prática dos tribunais arbitrais, a utilização de critérios de decisão não estaduais é relativamente frequente.

([123]) Este entendimento, que eu já defendi em *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1998, 630, ss., foi adotado pelo Supremo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 11/10/2005, proc. 05A2507 [at <www.dgsi.pt>]. Ver também Helena Brito (n. 122) 43-44.

([124]) Ver ainda Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, Vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, Tomo II, 5.ª ed., Lisboa, 2023, § 77.

([125]) Cf. jurisprudência referida por Felix Dasser, *Internationales Schiedsgerichte und Lex mercatoria. Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht* (Schweizerischen Studien zum Internationales Recht, Vol. 59), Zurique, 1989, 180, ss., e, designadamente, Peter Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2.ª ed., Tubinga, 1989, 532-533; Filip De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amesterdam, *et al.*, 1992, 290; Ursula Stein, *Lex Mercatoria. Realität und Theorie*, Francoforte-sobre-o-Meno, 1995, 138; Yves Derains, "Transnational Law in ICC Arbitration", *in The Practice of Transnational Law*, Klaus Peter Berger, 43-51, The Hague, London and Boston, 2001, 41; Nigel Blackaby and Constantine Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7.th ed., Oxford and New York, 2023, n.os 3.124, ss. Ver também Preâmbulo dos Princípios do UNIDROIT dos Contratos Comerciais Internacionais e o respetivo comentário n.º 4*a*. O meu entendimento, já defendido em *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado* (n. 123) 1020, ss., foi adotado pelo Supremo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 11/10/2005, proc. 05A2507 [at <www.dgsi.pt>].

A escolha das regras de Direito aplicáveis ao mérito da causa é particularmente importante no que respeita aos contratos inteligentes. A maior liberdade permitida pelo Direito de Conflitos da Arbitragem aumenta a possibilidade de escolha dos critérios de decisão mais adequados para os contratos inteligentes, incluindo a possibilidade de referências conflituais a algumas regras que se desenvolvem nas plataformas em que são celebrados e/ou executados.

Como foi atrás assinalado (B), os preceitos que se desenvolvem no âmbito das redes de *Blockchain* constituirão, em certos casos, meras cláusulas contratuais gerais, mas noutros casos podem ser expressão de uma autonomia coletiva ou constituir usos ou mesmo costumes suscetíveis de relevância como Direito objetivo. É neste segundo caso que parece plausível uma referência conflitual.

Naturalmente, a escolha de regras fragmentárias que não regem todos os aspetos do contrato não dispensa a utilização de outros critérios de decisão necessários para a resolução do litígio.

O consentimento das partes na designação das regras de Direito aplicáveis pode ser manifestado expressa ou tacitamente. Este entendimento, que está consagrado no Direito de Conflitos geral (n.º 1 do art. 3.º do Regulamento Roma I), foi também seguido, em matéria de arbitragem transnacional, à face do art. 33.º/1 LAV de 1986, e deve ser mantido perante o art. 52.º/1 LAV de 2011. A participação numa rede de *Blockchain* submetida a um determinado Direito ou regida por determinadas regras autónomas relevantes como Direito objetivo pode ser um indício importante de uma escolha dessas regras para a decisão do litígio.

A referência das partes ao Direito de um Estado deve ser entendida, na ausência de indicação em contrário, como uma referência ao Direito material desse Estado. Neste sentido, o art. 28.º/1 da Lei-Modelo da CNUDCI sobre Arbitragem Comercial Internacional e o art. 52.º/1 LAV. Naturalmente, nada impede as partes de fazerem uma referência global à lei de um Estado, que inclua o seu Direito de Conflitos (como resulta expressamente das disposições supracitadas).

A escolha das regras de Direito pelas partes de um contrato inteligente é fortemente recomendável. No entanto, parece ser necessário um acordo *off-chain*(126) ou, pelo menos, um complemento por comentários em linguagem natural(127).

---

(126) Neste sentido, Braegelmann/Kaulartz (n. 112) § 12 n. 17.

(127) Ver *Law Commission*, Advice to Government. Smart Legal Contracts, 2021, n.os 7.71, ss.

Na omissão das partes, não existem regras de Direito Transnacional da Arbitragem claramente estabelecidas para a determinação da lei aplicável.

A tendência mais significativa que se tem verificado na jurisprudência arbitral e nos regulamentos dos centros de arbitragem adota o *critério das regras de direito mais apropriadas ao litígio*.

Esta tendência encontra eco nas legislações francesa, holandesa e espanhola, segundo a qual o litígio deve ser decidido de acordo com as regras de Direito que o árbitro considere apropriadas (art. 1511.º/1 do CPC francês, art. 1054.º do CPC neerlandês e art. 34.º/2/§ 2 da Lei de Arbitragem espanhola). O mesmo sucedia, na ordem jurídica portuguesa, com a LAV de 1986, que determinava a aplicação do Direito mais apropriado ao litígio (art. 33.º/2)([128]).

A ideia de apropriação permite um equilíbrio de interesses e a consideração do conteúdo específico das questões jurídicas a resolver([129]). Para determinar o Direito aplicável, os árbitros devem ter em conta os vínculos que a relação litigiosa estabelece com os diferentes países, mas podem também considerar o conteúdo das respetivas leis([130]).

A apreciação do conteúdo das leis em causa não deve basear-se na preferência subjetiva dos árbitros. A ideia de apropriação ao litígio postula uma apreciação objetiva do conteúdo das leis em causa, em função da existência de regras jurídicas aplicáveis ao caso, do grau de desenvolvimento desse regime jurídico e da sua adequação face às necessidades atuais do comércio([131]), da sua correspondência com a cultura jurídica que mais influenciou o contrato em litígio e das consequências da sua aplicação para a validade do contrato.

Os tribunais arbitrais não podem reger-se apenas por regras e princípios autónomos. Devem ter em conta *as diretrizes para a determinação do Direito aplicável emanadas dos Estados que têm ligações particularmente significativas com a arbitragem ou onde a sentença arbitral possa previsivelmente ter de ser executada*.

O Direito português dispõe de um regime especial de determinação do Direito aplicável na arbitragem internacional (art. 52.º LAV).

([128]) Ver Henri Batiffol, "La loi appropriée au contrat", *in Études Berthold Goldman*, 1-13, Paris, 1982, and Emmanuel Gaillard, "Droit international privé français — Arbitrage commercial international — Sentence arbitrale — Droit applicable au fond du litige", *in J.-cl. dr. int.*, 1996, n.º 133.

([129]) Ver Isabel de Magalhães Collaço (n. 69) 64.

([130]) Ver Batiffol (n. 128); Gaillard (n. 128) n.º 133, e Fouchard/Gaillard/Goldman (n. 72) 889-890.

([131]) Cp. As observações críticas de Rui Moura Ramos, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, 1991, 578, ss.

No Direito português, entende-se por *arbitragem internacional* aquela que, tendo lugar em território português (art. 61.º LAV), "põe em jogo interesses do comércio internacional" (art. 49.º LAV).

O art. 52.º/1 LAV *permite às partes escolher, sem qualquer restrição, as "regras de direito" a aplicar pelos árbitros*. A substituição de "Direito", que constava da LAV de 1986, por "regras de direito", alinha o direito português com a Lei-Modelo da CNUDCI, não podendo ser destituída de um significado útil. De facto, esta referência a "regras de direito" tem sido entendida como não limitativa da ampla liberdade conferida às partes pelo Direito Transnacional da Arbitragem([132]). Adota-se assim expressamente a solução que defendi perante a LAV de 1986([133]).

O art. 52.º/2 da LAV 2011, veio, no entanto, prever que, na falta de designação pelas partes, *o tribunal arbitral aplica a lei do Estado com o qual o objeto do litígio apresente uma conexão mais estreita*. Esta solução aproxima a lei portuguesa da Lei-Modelo da CNUDCI, mas representa um retrocesso em relação ao disposto na LAV de 1986, que seguia a tendência de evolução do Direito Transnacional da Arbitragem, e não parece responder às necessidades do comércio internacional. De facto, a disposição não permite que os árbitros designem Direito não estadual nem que tenham em conta o conteúdo material das leis estaduais em presença([134]).

As desvantagens desta solução também parecem claras no que respeita aos contratos inteligentes. A possibilidade de, ao determinar o Direito aplicável ao mérito da causa, os árbitros terem em conta o conteúdo das leis em presença e aplicarem regras não estaduais é importante no caso de uma matéria nova e complexa, que só é objeto de regulação específica em alguns sistemas estaduais.

Os laços relevantes para estabelecer a conexão mais estreita, como a localização das partes e o lugar de execução do contrato, são difíceis, ou

---

([132]) No mesmo sentido, Rui Moura Ramos, "A arbitragem internacional no novo Direito português da arbitragem", *BFDUC* 88 (2012) 583-604, 595; Helena Brito (n. 122) 44; Dário Moura Vicente, "A determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional à luz , da nova lei portuguesa da arbitragem voluntária", *Rev. Int. de Arbitragem e Conciliação* 5 (2012) 37-50, 45-46; Manuel Pereira Barrocas, *Lei da Arbitragem Comentada*, Coimbra 2013, art. 52.º, n.º 4; e Mário Esteves de Oliveira (org.), *Lei da Abitragem Voluntária Comentada*, Coimbra, 2014, art. 52.º, n.º 4. Cp. António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem. Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Coimbra, 2015, art. 52.º, n.os 30 e 115.

([133]) Cf. Lima Pinheiro (n. 41) § 19 D.

([134]) No mesmo sentido, Helena Brito (n. 132) 46; Moura Vicente (n. 132) 47; e Esteves de Oliveira (org.) (n. 132) art. 52.º, n.os 6-7. Em sentido diferente, Menezes Cordeiro (n. 132) art. 52.º, n.º 115.

mesmo impossíveis, de determinar nas relações que se estabelecem na *Blockchain*([135]).

Nos casos-limite, em que não é possível determinar qual o Estado que apresenta a conexão mais estreita com o objeto do litígio, o Direito de Conflitos da LAV não oferece uma solução. Parece particularmente claro que é preferível aplicar a lei mais apropriada ao litígio do que recorrer simplesmente ao Direito material português.

Se admitirmos que, no caso de *impossibilidade de determinação da conexão mais estreita*, existe uma *lacuna* no Direito de Conflitos, essa lacuna deve ser preenchida de acordo com a metodologia prescrita pela lei e adotada pela ciência jurídica. Normalmente, existe uma margem de apreciação que permite a procura de soluções adequadas.

Nos termos do art. 10.º CC e dos principais autores portugueses, deve recorrer-se, em primeiro lugar, à analogia *legis*, em segundo lugar, aos princípios gerais e, por último, a uma solução criada "dentro do espírito do sistema". Parece-nos que a analogia com o 348.º/3 CC, que diz respeito aos casos de impossibilidade de determinar o conteúdo da lei estrangeira aplicável, é limitada. Em particular, não parece justificar-se quando existem soluções mais adequadas para o problema da impossibilidade de concretização do elemento de conexão do ponto de vista da justiça conflitual.

Os princípios gerais de escolha da lei aplicável não permitem integrar a lacuna existente neste caso concreto. No entanto, existem valores do sistema que podem ser relevantes para a criação de uma solução "dentro do espírito do sistema", nomeadamente, no caso em apreço, a *adequação*. Este valor é inerente à ideia de justiça de conexão e, mais amplamente, a toda a justiça conflitual e exige que, na determinação da lei aplicável, se tenha em devida conta a matéria jurídica em causa e as circunstâncias do caso([136]). Por isso, é defensável que a aplicação das regras mais apropriadas ao litígio seja também uma boa solução *de iure condito*.

Mesmo que o Direito designado pelas partes ou, na sua omissão, escolhido pelos árbitros, seja uma lei estadual, constitui regra adotada pela unificação internacional do Direito da Arbitragem, pelos regulamentos dos centros de arbitragem e pela jurisprudência arbitral que o tribunal arbitral, em matéria contratual, deve ter sempre em conta as disposições do contrato

---

([135]) Ver também Guillaume/Riva (n. 22) 582-583.

([136]) Ver Luís de Lima Pinheiro, "Choice-of-Law Justice", 2020, on <ssrn.com> (versão em língua portuguesa *in Direito Internacional e Comparado: Trajetória e Perspectivas. Homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos*, Campos Monaco/Loula (orgs.), Vol. I, 411, 2021, III.C.

e os usos do comércio. O Direito português (art. 52.º/3 LAV), bem como os Direitos alemão, espanhol e francês(137), estabelecem expressamente a relevância autónoma dos usos na arbitragem comercial internacional. Por conseguinte, as práticas geralmente observadas nas plataformas de *Blockchain* devem ser tidas em conta, independentemente do Direito aplicável ao mérito da causa, embora com respeito das suas normas imperativas.

As normas de conflitos gerais, contidas principalmente no Regulamento Roma I, são aplicáveis a arbitragens que, tendo contactos juridicamente relevantes com mais de um Estado, não são "internacionais" na acção do 49.º LAV, ou seja, que não ponham em causa interesses do comércio internacional(138). É o caso da arbitragem de conflitos decorrentes de *contratos internacionais com consumidores*. Este entendimento foi adotado no art. 14.º da L n.º. 144/2015, de 8/9, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 2013/11/UE, relativa à resolução alternativa de litígios de consumo. De facto, esta disposição, baseada no art. 11.º da Diretiva, remete para o art. 5.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais e para o art. 6.º do Regulamento Roma I.

D) *Direito de Conflitos da Arbitragem e DAOs*

Uma vez que *as DAOs têm uma dimensão contratual e uma dimensão organizativa*, o Direito aplicável às questões contratuais pode ser diferente do Direito aplicável às questões societárias ou a outras questões organizativas. Perante as normas de conflitos aplicáveis na falta de uma convenção de arbitragem válida e eficaz, existe uma clara distinção entre as *regras aplicáveis aos contratos* (nomeadamente o Regulamento Roma I) e as *regras aplicáveis às pessoas coletivas* (nomeadamente os arts. 33.º e 34.º CC e art. 3.º/1 do Código das Sociedades Comerciais). No entanto, *esta distinção não é traçada pelas normas de conflitos aplicável pelos tribunais arbitrais*, não estando claramente estabelecido se estas se aplicam apenas a questões contratuais ou também, em princípio, a outras matérias arbitráveis.

De acordo com a tendência dominante no Direito Comparado e na doutrina, *os litígios societários são, em princípio, arbitráveis*, embora com

---

(137) Cf. art. 1051.º/4 ZPO, art. 34.º/3, da Lei de Arbitragem espanhola e art. 1511.º/2 do CPC francês.

(138) Cf. Isabel de Magalhães Collaço (n. 69) 60 *in fine* e seg. Ver ainda Menezes Cordeiro (n. 132) art. 52.º, n.º 111.

sujeição a algumas limitações ou à aplicabilidade de regras específicas(139). Em especial, podem ser necessárias regras especiais para a arbitragem de litígios relativos à validade, anulação ou nulidade das deliberações sociais(140). O mesmo vale para o Direito português, uma vez que *são arbitráveis os litígios em matérias patrimoniais ou em que seja admissível uma transação* (art. 1.º/1 e 2 LAV)(141), mas tendo em conta que, em princípio, *a decisão arbitral apenas vincula as partes que tenham celebrado a convenção de arbitragem ou a ela tenham aderido* (arts. 1.º, 2.º e 36.º LAV)(142).

A questão que então se coloca é a de saber se a determinação das regras aplicáveis ao mérito das questões organizativas se deve basear no regime conflitual especial estabelecido para a arbitragem ou se as normas de conflitos gerais aplicáveis na ausência de uma convenção de arbitragem também se devem aplicar quando existe uma tal convenção.

Esta é uma questão muito controversa (143). A maioria das leis de arbitragem nacionais que contêm regras sobre a escolha do Direito aplicável ao mérito da causa, bem como a maioria dos autores, omitem qualquer limitação ao âmbito de aplicação dessas regras a quaisquer matérias arbitráveis. Tal não significa necessariamente que essas limitações não existam, mas pode ser razoavelmente entendido no sentido de que, em princípio, essas regras são também aplicáveis a litígios extracontratuais(144).

---

(139) Ver Bernard Hanotiau, 2002, "L'arbitrabilité", *RCADI* 296 (2002) 29-253, 157, ss.; Id. — "L'arbitrabilité des litigies en matière de droit des sociétés", *in Liber Amicorum Claude Reymond*, Paris, 2004, n.os 4, ss.; Raúl Ventura, "Convenção de arbitragem", *ROA* 46 (1986) 289-413, 340, ss.; António Sampaio Caramelo, "Arbitragem de Litígios Societários" (2001), *in Temas de Direito da Arbitragem*, Coimbra, 2013, 341 e segs ; Lima Pinheiro (n. 41) § 8; Böckstiegel/Kröll/Nacimiento/ /Duve/Wimalasena (n. 39) n.os 9 e 11, ss.; Seraglini/Ortscheidt (n. 72) n.º 146.

(140) Ver Sampaio Caramelo (n. 139) 375, ss.; Id. "Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema", *in Temas de Direito da Arbitragem*, Coimbra, 2013, 287, ss.; Böckstiegel/ /Kröll/Nacimiento/Duve/Wimalasena (n. 39) n.os 20, ss.; Menezes Cordeiro (n. 132) art. 1.º, n.os 55, ss.

(141) Ver Sampaio Caramelo (n. 139) 344, ss. e (n. 140) 287, ss.; Menezes Cordeiro (n. 132) art. 1.º, n.os 64, ss.

(142) Em sentido parcialmente diferente, ver Sampaio Caramelo (n. 139) 369, ss.

(143) Ver diferentes posições em Lima Pinheiro (n. 124) § 77 C.

(144) Ver referências *loc. cit.* na anterior n. e ainda Radicati Di Brozolo, "International Commercial Arbitration" (*ssrn.com*) 2015, § 16.8.1; Id. — "Applying the Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration: What Role for Inherent Powers" (*ssrn.com*), 2018, n.º 4; n.º 1380. Em sentido diferente, ver referências *loc. cit*. na anterior n. e também Böckstiegel/ /Kröll/Nacimiento/Duve/Wimalasena (n. 39) n.º 137; Born (n. 72) § 19.04-19.05; e Giuditta Cordero-Moss, "Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration", *RCADI* 372 (2015) 178, ss., alegando que a possibilidade de as partes escolherem a lei aplicável não se estende a matérias suscetíveis de afetarem interesses de terceiros, e que uma violação grave das regras de Direito das Sociedades pode representar uma violação da ordem pública internacional. No entanto, uma vez que,

Mesmo no domínio do Direito de Conflitos geral aplicável pelos tribunais estaduais, a liberdade de escolha, pelas partes, da lei aplicável tem sido alargada a muitas matérias extracontratuais e, no que respeita à arbitragem voluntária, tal justifica-se ainda pelo facto de *esta se basear numa convenção de arbitragem e de, em princípio, a decisão arbitral apenas vincular as partes que celebraram ou aderiram a essa convenção*.

Este é também o meu entendimento face ao art. 52.º LAV([145]). Nomeadamente, *quaisquer limites à liberdade de escolha da lei aplicável devem ser cuidadosamente justificados pelo intérprete-aplicador*([146]). Naturalmente, as questões não arbitráveis suscitadas como questões preliminares ou as questões arbitráveis que não ponham em jogo interesses do comércio internacional estão fora do âmbito do art. 52.º LAV e são abrangidas pelas normas de conflitos gerais (*supra* C).

Na minha opinião, *os árbitros estão vinculados à escolha das regras aplicáveis ao mérito do litígio feita pelas partes*, mesmo que este diga respeito a questões relativas a pessoas coletivas ou a outras organizações externas. Este entendimento fundamenta-se tanto no Direito Transnacional da Arbitragem, decorrente dos regulamentos dos centros de arbitragem e da jurisprudência arbitral, como no art. 52.º/1 LAV. Como já referi, a escolha, que pode ser expressa ou tácita, não se limita a uma lei estadual e pode mesmo recair sobre normas que não são juridicamente vinculativas em termos estritos (*supra* C). Pelos mesmos motivos, as partes podem igualmente acordar numa decisão segundo a equidade.

Outras *regras imperativas* só são aplicáveis na medida em que a sua pretensão de aplicabilidade deva ser aceite pelos árbitros de acordo com uma ponderação dos interesses típicos e legítimos das partes e dos interes-

---

em princípio, a decisão arbitral apenas vincula as partes, este raciocínio não parece ser aplicável à arbitragem, sem prejuízo da ordem pública inernacional, na medida em que seja relevante para a arbitragem transnacional, nos termos adiante referidos no texto. Relativamente a este último ponto, ver também Seraglini/Ortscheidt (n. 72) n.º 146.

([145]) Ver Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 34/IV [*Diário da Assembleia da República* II s. n.º 83, de 2/7/86], n.º 7; Isabel de Magalhães Collaço (n. 69) 62; Lima Pinheiro (n. 123) 363, ss., com mais referências; António Marques dos Santos, "Nota sobre a nova lei portuguesa relativa à arbitragem voluntária — Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto", *Rev. Corte Esp. Arb.* (1987) 15-50, 47; Id. — "Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no Direito Internacional Privado em Portugal e no Brasil", *in Est. Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, 379-429, Coimbra, 2002, 397, pelo menos com respeito aos litígios relativos a obrigações extracontratuais; e Maria Helena Brito, *Direito Internacional Privado sob influência do Direito Europeu* (relatório polic.), Lisboa, 2015, 135-136. Cp., no sentido de restringir a Liberdade de escolha do Direito aplicável às obrigações contratuais, Dário Moura Vicente, *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, 1990, 133, e "Applicable law in voluntary arbitrations in Portugal", *Int. Comp. L. Q.* 44 (1995) 179-191, 188.

([146]) Cf. Isabel de Magalhães Collaço (n. 69) 62.

ses legítimos e razoáveis dos Estados envolvidos. Podem também ser relevantes as finalidades da sociedade mundial em formação e os valores da ordem pública transnacional. O conceito de uma *ordem pública transnacional específica da arbitragem transnacional*, que integra proposições essenciais decorrentes do Direito Internacional Público e de fontes transnacionais, bem como de certos "princípios" fundamentais, comuns aos sistemas nacionais em presença, é frequentemente invocado este contexto(147).

Já referi que, na ausência de uma tal escolha das partes, a tendência mais representativa da jurisprudência arbitral e dos regulamentos dos centros de arbitragem é a do critério muito flexível das regras de Direito mais apropriadas ao litígio, mas também que o art. 52.º/2 LAV é mais restritivo, determinando que, na ausência de uma escolha das partes, o tribunal arbitral aplique a lei do Estado com o qual o objeto do litígio apresenta uma conexão mais estreita (*supra* C).

Em todo o caso, no que respeita *a DAOs com personalidade jurídica ou outra organização externa*, *as regras mais apropriadas a um litígio societário ou de outra natureza organizativa* serão frequentemente as regras do Estado mais estreitamente conectado com o litígio, bem como as regras designadas pelas normas de conflitos gerais aplicáveis na falta de uma convenção de arbitragem(148).

As normas de conflitos gerais aplicáveis às pessoas coletivas visam não só os interesses dos membros da DAO e da própria pessoa coletiva, mas também os interesses de terceiros que lidam com a DAO e do comércio jurídico em geral. Estas normas de conflitos são aplicáveis à aquisição de personalidade; à capacidade; aos assuntos internos; à responsabilidade da DAO, bem como dos seus órgãos e membros em relação a terceiros; à

---

(147) Ver Lima Pinheiro (n. 41) §§ 47, 57 e 62; Id. "The Confluence of Transnational Rules and National Directives as the Legal Framework of Transnational Arbitration", *in Towards a Universal Justice? Putting International Courts and jurisdictions into Perspective*, ed. by Dário Moura Vicente, 383-431, Leiden and Boston, 2016, e *LSN Comparative Law eJournal*, Vol. 17, N.º 25, 04/19/2017 (accessible on ssrn.com), III.B; e Id. (n. 12) § 77 B, com mais referências.

(148) Ver, sobre estas soluções, Luís de Lima Pinheiro, "Laws Applicable to International Smart Contracts and Decentralized Autonomous Organizations (DAOS)", *in Decentralised Autonomous Organisations (DAO) Regulation. Principles and Perspectives for the Future*, org. por Madalena Perestrelo de Oliveira e António Garcia Rolo, 249-284, Tubinga, 2024 (= *LSN Comparative Law eJournal*, Vol. 22, N.º 121, 06/13/2023(=*Transnational Litigation/ Arbitration, Private International Law, & Conflict of Laws eJournal*, Vol 9, N.º 80 6/13/2023), *Law & Society: Private Law — Contracts eJournal*, Vol 8, N.º 18, 6/12/2023, *International Journal of Cryptocurrency Research* 3/1 (2023) 16-39, *LSN: CIDP Research Paper Series* Vol. 2, N.º 1, 05/30/2024) (<ssrn.com>), VI, with more references.

"representação" da DAO pelos seus órgãos; e à transformação, dissolução e extinção de uma DAO.

Não abrangem a responsabilidade contratual ou extracontratual em relação a terceiros, que são regidas pelas leis aplicáveis às obrigações contratuais e extracontratuais.

As principais soluções oferecidas por estas normas de conflitos são a *teoria da constituição* [*incorporation theory*], que submete a pessoa coletiva à ordem jurídica segundo a qual foi constituída, e *a teoria da sede*, que submete a pessoa coletiva à lei do lugar da sede da sua administração. No que respeita à teoria da constituição, tal como é entendida nos países da *Common Law*, o fator decisivo é o lugar onde os órgãos públicos praticam os atos que desencadeiam a aquisição da personalidade jurídica.

O Direito português adota a teoria da sede (art. 33.º CC), mas não só dá relevância à sede estatutária no que respeita às sociedades comerciais (art. 3.º/1 o Código das Sociedades Comerciais), como também é defendido que se deve presumir que a sede da administração se situa no lugar da sede estatutária, que normalmente coincide com o lugar da constituição(149). Além disso, a teoria da constituição aplica-se às fundações (arts. 2.º/1 e 5 da Lei das Fundações)(150).

Nos sistemas da família romanogermânica, prevalece o entendimento de que *as entidades sem personalidade jurídica que tenham uma organização externa* estão sujeitas, diretamente ou por analogia, às normas de conflitos das pessoas coletivas. No que respeita ao Direito português, a melhor opinião parece ser a de que estas normas de conflitos se aplicam analogicamente sempre que existam razões suficientes para tal e na medida em que a analogia o justifique(151).

Por minha parte, entendo que estas soluções podem também ser relevantes para a determinação do Direito aplicável ao mérito de uma arbitragem, mas apenas na ausência de uma escolha pelas partes das regras de Direito aplicáveis e com alguma flexibilidade adicional.

As normas de conflitos gerais em matéria contratual desempenham um papel no que se refere às DAOs, não só quando não dispõem de uma organização externa, mas também, de acordo com a melhor opinião, mesmo que estas DAOs estejam direta ou analogamente sujeitas às regras de escolha da lei aplicável às pessoas coletivas(152). Na minha opinião, *tais*

---

(149) Ver Lima Pinheiro (n. 124) § 59 B e D, com mais referências.
(150) Aprovada pela Lei n.º 24/2012, de 9/9.
(151) Ver Lima Pinheiro (n. 124) § 58 B.
(152) Ver Lima Pinheiro (n. 146) V.

regras são aplicáveis ao contrato de finalidade comum subjacente à DAO([153]), sem prejuízo das regras imperativas relativas ao contrato previstas na lei aplicável à organização da DAO.

Estas normas de conflitos são, em princípio, aplicáveis à formação, validade, interpretação, integração de lacunas e obrigações criadas pelo contrato e consequências do seu incumprimento.

Como já foi referido relativamente aos contratos inteligentes (C), a escolha da lei pelas partes envolvidas deve ser fortemente recomendada. No entanto, abstraindo da possibilidade de uma submissão tácita às regras codificadas na plataforma de *Blockchain*, relevantes em matéria de arbitragem, parece ser necessário um acordo *off-chain* ou, pelo menos, um complemento deste acordo através de comentários em linguagem natural.

Também já foi referido que, na ausência de uma escolha válida feita pelas partes, tanto as normas de conflitos gerais como a norma de conflitos contida LAV determinam *a aplicação da lei do Estado com o qual o contrato ou o objeto do litígio apresentam uma conexão mais estreita* (arts. 3.º e 4.º do Regulamento Roma I, até certo ponto o art. 42.º/1 CC e art. 52.º/2 LAV). A determinação da conexão mais estreita com o contrato é muito problemática na maior parte das DAOs em que os membros estão situados em vários Estados ou em situações em que é difícil ou mesmo impossível saber onde estão situados.

Os elementos de conexão que podem ser utilizados para estabelecer a conexão mais estreita não consistem apenas na residência habitual ou na sede dos membros, que possam ser conhecidas por outros membros através de uma diligência razoável, mas também:

— a residência habitual ou sede de uma pessoa ou entidade que tenha algum poder de administração da DAO;

— o lugar de constituição da DAO constituída como pessoa coletiva;

— a residência ou a sede registadas de um representante registado da DAO;

— a residência habitual ou a sede dos promotores;

— a sede da entidade que administra a infraestrutura da *Blockchain*;

— o idioma do contrato subjacente celebrado em linguagem natural; e

---

([153]) Cp. Mienert (n. 17), entendendo que na maioria dos casos as DAOs são organizações externas; e, em geral, com respeito às relações entre os participantes numa rede de *Blockchain*, Rögemüller (n. 113) 113, ss.

— a referência a uma lei, a disposições específicas ou a conceitos de uma lei contidos em qualquer acordo celebrado fora da cadeia ou no sítio dos promotores na internet que, por si, não permitam inferir uma escolha tácita do Direito aplicável ao contrato.

Se estes laços não estiverem disponíveis ou não permitirem a determinação da conexão mais estreita por não apontarem claramente para um determinado Estado, como pode acontecer frequentemente, tem-se considerado que o Direito Internacional Privado português conduzirá à aplicação da *lex fori* (por analogia com o art. 348.º/3 CC)(154).

Em contrapartida, o *Direito Transnacional da Arbitragem* permite a aplicação das regras mais apropriadas ao litígio. Este critério flexível parece mais satisfatório do que ter em conta apenas os laços entre o litígio e os Estados envolvidos e aplicar apenas Direito estadual. Como já foi referido, este critério permite ter em conta não só os laços espaciais com os Estados envolvidos, mas também atender a outras circunstâncias do caso concreto, incluindo o conteúdo das regras em jogo (*supra* C).

As regras mais apropriadas ao litígio podem igualmente fornecer uma solução mais adequada para os casos difíceis do que o recurso à *lex fori*, tendo igualmente em conta o facto de que a relação controvertida pode não ter uma ligação significativa com o Estado português e que o seu Direito material não contém disposições específicas sobre as DAOs. Se aceitarmos que, no caso de *impossibilidade de determinação da conexão mais estreita*, existe uma *lacuna* no art. 52.º/2 LAV, parece defensável que a aplicação das regras mais apropriadas ao litígio também é justificada na ótica desta disposição.

No que diz respeito ao *Direito aplicável aos litígios societários ou outros litígios organizacionais*, deve recorrer-se, em primeiro lugar, às regras de Direito escolhidas pelas partes, tal como acima referido. Por exemplo, tal pode resultar expressamente de uma escolha de lei feita num acordo *off-chain* ou tacitamente de uma referência ao Direito aplicável no sítio dos promotores na internet.

Na ausência de uma escolha das partes, deve, em princípio, ser aplicada a lei do Estado de constituição da DAO como ente coletivo, entendida nos termos anteriormente referidos.

---

(154) Ver António Marques dos Santos, "A aplicação do Direito Estrangeiro", *ROA* 60 (2000) 647-668, 667; e Lima Pinheiro (n. 116) § 29 B. Em resultado também João Batista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.ª ed., Coimbra, 1982, 251.

No entanto, na maior parte dos casos, as DAOs não são constituídas como pessoa coletiva e, por conseguinte, o Direito aplicável à organização externa deve ser determinado, em princípio, por um critério de conexão subsidiário que se aproxime o mais possível da teoria da constituição: *o Direito segundo o qual, de forma externamente visível, foi orientada a sua constituição* (ver também o art. 154.º/1) *in fine* da Lei Suíça de Direito Internacional Privado).

Se a determinação inequívoca desta lei não for possível, a solução subsidiária seria a aplicação da lei da sede da administração.

No entanto, estas soluções são frequentemente inviáveis. Por um lado, porque a constituição de uma DAO não instituída como pessoa coletiva não é frequentemente orientada por qualquer lei, ou esta orientação não é visível no exterior. Por outro lado, porque a grande maioria das DAOs não tem uma administração central no sentido exigido pela teoria da sede([155]).

Em casos excecionais, em que a participação na DAO é limitada a pessoas situadas num mesmo Estado, e admitindo que, apesar disso, se coloca um problema de escolha do Direito aplicável, pode considerar-se que a sede da administração se situa neste Estado.

Em casos normais, *temos de recorrer a outros elementos de conexão para integrar a lacuna*.

Se existir uma pessoa ou entidade com alguns poderes para administrar a DAO, ou, se não existir, um representante registado da DAO, ou, se não for esse o caso, uma pessoa ou entidade a quem tenha sido confiada a administração da infraestrutura da *Blockchain*, a sua residência registada ou a sua sede registada pode constituir o ponto de referência necessário para terceiros e, consequentemente, funcionar como o elemento de conexão relevante([156]).

Como último recurso, se não existir um ponto de referência para terceiros, tenho defendido, para os casos em que não existe convenção de arbitragem, que, em vez de se aplicar a *lex fori*, parece preferível, no que respeita

---

([155]) No mesmo sentido, Anton Zimmermann, "*Blockchain*-Netzwerke und Internationales Privatrecht — oder: der Sitz dezentraler Rechtsverhältnisse", *IPRax* 38 (2018) 566-573, 568; Audit (n 19) 693; Guillaume/Riva (n. 22) 9. A nacionalidade ou residência do grupo de *tokenholders* com suficiente direitos de voto para determinar a atividade da DAO foram sugeridas como um elemento de conexão relevante — ver Madalena Perestrelo de Oliveira/Garcia Rolo/Vieira Santos/Ana Nunes Teixeira (n. 19) 69; mas esta solução não assegura o exigido ponto de referência para terceiros.

([156]) Ver também as observações Mienert (n. 17) 95, ss. Para este efeito, é igualmente concebível que a residência habitual de uma pessoa possa funcionar como o critério de conexão relevante na falta de uma residência registado, mas a questão suscita dúvidas.

aos assuntos internos da organização externa, aplicar a lei que rege o contrato da DAO, e, no que respeita à responsabilidade envolvendo terceiros, a lei que rege cada relação contratual ou extracontratual com o terceiro(157).

No entanto, *na presença de uma convenção de arbitragem, existe uma maior flexibilidade* que, como se assinalou, resulta de a arbitragem voluntária se basear numa convenção de arbitragem, e de, em princípio, a decisão só vincular as partes que a celebraram ou que a ela aderiram.

Assim, designadamente, não é de excluir que uma ponderação dos interesses das partes no caso concreto, bem como de outras finalidades prosseguidas por normas individualizadas, tendo em o conta os laços espaciais da relação controvertida com os Estados envolvidos e o conteúdo das respetivas leis, possa conduzir *à aplicação, como regras mais apropriadas ao litígio, de regras de Direito que não seriam competentes de acordo com os critérios anteriormente referidos*. Além disso, em qualquer caso, o respeito de certas proposições essenciais pode ser exigido pela *ordem pública transnacional da arbitragem* (*supra* C).

Por outro lado, nos casos-limite em que tais critérios gerais não permitem a determinação do Direito aplicável, o critério das regras de Direito mais apropriadas ao litígio pode conduzir a soluções mais adequadas do que o mero recurso ao Direito material do foro, que pode não ter uma ligação significativa com a relação controvertida nem um regime adequado para a decisão do litígio.

Com foi anteriormente assinalado, em qualquer caso, *o tribunal arbitral deve ter em conta as disposições contratuais que forem aplicáveis os usos do comércio* (*supra* C).

IV. Perspetivas futuras

Resulta do anteriormente exposto que *a instituição de modos de resolução de litígios baseados na Blockchain é justificada pela especificidade das relações que se estabelecem no seu seio e responde a necessidades reais de tutela jurídica* que de outro modo podem não ser devidamente asseguradas(158).

---

(157) Neste sentido, em, qualquer caso de impossibilidade de concretização dos tradicionais elementos de conexão, ver Zimmermann (n. 155) 570-571.

(158) Ver Ana Perestrelo de Oliveira (n. 7) 47, ss.; Bahadori (n. 29) 190-191] e Tan (n. 26) 151, ss. Ver também conclusões do Conselho da União Europeia em 2020, sobre as oportunidades da digi-

Como *perspetivas de evolução* ([159]), pode pensar-se, em primeiro lugar, numa adaptação dos BDRs às principais leis nacionais de arbitragem. Uma evolução dos BDRs nesta direção é certamente possível, mas parece difícil adaptá-los ao modelo arbitral definido por estas leis.

Em sentido inverso, pode conceber-se um regime específico da arbitragem baseada na *Blockchain* que, embora sem permitir uma qualificação arbitral dos BDRs tais como estão presentemente desenhados, permita ultrapassar parte das dificuldades práticas das verdadeiras arbitragens baseadas na *Blockchain*.

Poderá justificar-se *a regulação dos BDRs* que atualmente conduzem a uma decisão com mera eficácia obrigacional num duplo sentido. Por um lado, clarificando e o regime aplicável. Por outro, reforçando as suas garantias processuais e a sua eficácia jurídica em termos que podem conduzir a uma nova categoria jurídica de modo de resolução de litígios situada entre a arbitragem e a função contratual de terceiro.

A *articulação da arbitragem Blockchain e dos BDRs com a utilização da IA* também deverá ser clarificada.

Na elaboração destes regimes jurídicos deverão ser ponderados todos os valores e interesses em causa, designadamente os interesses dos utilizadores da plataforma de *Blockchain*, dos "promotores" das DAOs, dos organizadores das plataformas de resolução de litígios e dos árbitros, bem como do tráfico jurídico em geral. *Os regimes também devem ser adequados à "cultura" descentralizada das comunidades da Blockchain e às suas especificidades tecnológica*s([160]).

Dado o caráter transnacional de grande parte das relações em causa e a presunção geral de transnacionalidade das DAOs (*supra* III.A), é de todo conveniente que se estabeleçam *regimes internacionalmente unificados e que assegurem uma coordenação das competências de intervenção de órgãos nacionais e uma cooperação internacional*, designadamente nos casos em que seja necessário um reconhecimento e uma execução *off-chain* da decisão([161]).

No que toca à determinação do Direito aplicável ao mérito da causa, *a flexibilidade do critério das regras de Direito mais apropriadas ao litígio, admitido, pelo Direito Transnacional da Arbitragem e por alguns*

---

talização para o acesso à justiça, *in* <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11599-2020-INIT/en/pdf>.

([159]) Ver Yang (n. 34).

([160]) Ver Schmitz (n. 82 [2024]) 9-11.

([161]) Ver Ortolani (n. 23) 666, ss.

regimes estaduais da arbitragem transnacional, para os casos em que as partes não tenham escolhido essas regras, é particularmente adequado para a as relações estabelecidas na Blockchain, pelo que também conviria a sua admissibilidade perante a generalidade dos regimes estaduais.

É sobretudo concebível que tudo isto passe por *convenções internacionais* elaboradas sob a égide da Conferência da Haia de Direito internacional Privado e/ou da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional.

E, com estas considerações, termino o presente estudo, mais destinado a identificar e sugerir respostas provisórias para as principais questões suscitadas pelo tema, do que a fornecer conclusões definitivas.

SGPS E CLÁUSULA GERAL ANTIABUSO:
Algumas reflexões

Pela D.ra Maria Amélia Barradas Carlos([1])

Sumário:

1. Introdução. **2.** Da aplicabilidade da cláusula geral antiabuso. **3.** A reação jurídica à elisão ou abuso fiscal. *3.1.* A subsunção normativa. **4.** A jurisprudência do TJUE. **5.** Conclusão.

Resumo:

Entre o conhecimento científico do tema que tem por objeto as SGPS e a crescente pertinência atribuída às *holdings* como instrumento de organização societária em cujo universo aquelas se inscrevem, encontramos uma zona difusa *de conformidade à lei*, num contexto de escândalos financeiros e desafios globais, que obrigam a recentrar a finalidade societária e as caraterísticas dos atos ou construções negociais, à luz da proibição da elisão ou abuso, com apelo à coordenação fiscal europeia e internacional.

Naquela zona encontram-se formas jurídicas que não estão abrangidas pelas normas de incidência e a substância, quando existe, nem sempre é conforme à teleologia legal. Estamos perante o fenómeno elisivo cuja resposta parece apontar para a cláusula geral antiabuso, com a exigência de valorações, aplicação de princípios e o atendimento ao poder dos factos alicerçados na subsumibilidade normativa.

Palavras-Chave:

SGPS; Cláusula Geral Antiabuso; Princípio Geral de Proibição de Abuso.

([1]) Advogada.

1. Introdução

As Sociedades Gestoras de Participações Sociais (SGPS) contam com um regime legal próprio, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, nos termos do qual, cumpridas certas condições, a estrutura societária tem a possibilidade de se organizar a partir da constituição de uma figura decisora — a SGPS —, da qual emergem as estratégias que alinham os interesses do grupo empresarial.

É perfeitamente compreensível que, para o fortalecimento da posição concorrencial ou o acréscimo de produtividade, seja relevante uma modelação negocial plurissocietária, com diferenciação ou especialização da atividade, diversificação do risco, aumento dos proveitos e da posição do mercado.

De resto, é do próprio preâmbulo daquele diploma legal que advém a referência às vantagens da gestão estratégica e centralizada, passível de ser potenciada com o recurso a uma SGPS, no âmbito de um plano de ação destinado a promover a implementação de grupos económicos, com o objetivo de robustecer a gestão de títulos societários.

Esclarecendo-se, a este propósito, que este regime visa providenciar um quadro jurídico, designadamente de natureza fiscal, que permita que aquela gestão adote uma maior especificidade.

Esperando-se, assim, que a criação de uma SGPS assegure a aquisição e detenção de quotas ou ações de um modo eficiente, mas também eficaz, permitindo o financiamento e a prestação de serviços de apoio às participadas, fomentando a concorrência crescente, ao nível interno e sobretudo europeu e internacional(2).

Note-se que é com este particular objetivo que as SGPS assumem uma configuração jurídico-organizativa que proporciona à cúpula ou topo da estrutura um tipo societário vocacionado a desempenhar a gestão das sociedades por ela abrangidas, em moldes simultaneamente unívocos e sofisticados.

Com efeito, aquelas sociedades constituem uma forma de organização societária cujo objeto social, de gestão de participações sociais noutras sociedades, constitui uma forma indireta do exercício da atividade económica, que se efetua de modo exclusivo ou principal, compreendendo a detenção com caráter permanente de posições ou das referidas participa-

---

(2) Sobre o quão difícil é a promoção de condições para alcançar tal desígnio ao nível da estabilidade do regime tributário e da justiça da cooperação tributária, cf. D.M. Broekhuijsen, L.C.J. van Apeldoorn, "International Tax Cooperation in a Multipolar World", *Intertax*, 1, 2025, pp. 56-66.

ções sociais noutras sociedades juridicamente independentes, servindo aquela configuração de pedra angular à coordenação e gestão de médio-longo prazo.

É sabido, no entanto, que ponderados os valores fundamentais inerentes à ordem jurídico-tributária, em face dos quais se promove o combate à elisão ou abuso fiscal, o resultado obtido pelas SGPS com a celebração de certa forma de atos ou construções negociais, embora lícito, nem sempre é desejado pelo Direito Fiscal(3).

Com efeito, a conformação daqueles atos ou construções negociais pode não possuir outro objetivo senão a obtenção de uma indevida vantagem fiscal, restando à Administração Tributária e aos Tribunais — estes na perspetiva de controlo jurisdicional(4) — a possibilidade de concretização dos tipos fiscais estruturados com suporte na cláusula geral antiabuso, contida no art. 38.º, n.os 2-6 da Lei Geral Tributária, com posterior subsunção da realidade económica ao *Tatbestand.*

Algo que legitima a apresentação pelas SGPS de causas justificativas assentes na reorganização ou restruturação societária para demonstrar que as suas práticas não possuem cariz elisivo ou abusivo, por, ao invés, serem implementadas sem preponderância de razões fiscais ao prosseguirem a supremacia do seu racional económico-comercial(5).

Assim sendo, procuram asseverar a substância económica da atividade desenvolvida e esforçam-se em mostrar que esta não frustra a teleologia normativa, nem têm como um dos principais objetivos a obtenção de certa vantagem fiscal.

Dito de outro modo, procuram demonstrar que a sua atividade não deve ser considerada elisiva ou abusiva(6).

---

(3) Para uma análise crítica do regime fiscal das SGPS, cf. Maria Amélia Barradas Carlos, "Breves Notas sobre o Regime Fiscal das Sociedades Gestoras de Participações Sociais (SGPS)", *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, jan./jun. 2022, pp. 249-262.

(4) Acarretando a cláusula geral antiabuso maior insegurança jurídica se comparada com as cláusulas específicas antiabuso, assume particular importância o facto de a mesma ir sendo tipificada pelos tribunais, à medida que por via de uma jurisprudência constante se vão "tornando mais determinados os casos a que se aplica". Neste sentido Ana Paula Dourado, "Direito Fiscal, Lições", Coimbra, 2020, p. 289.

(5) A adoção de atos ou construções negociais que reduzam, ou até suprimam, a carga fiscal constitui uma prática de racionalidade económica, cf. arts. 61.º, 80.º, al. *c*) e 86.º da CRP; e, por todos, ver ainda os acórdãos do TCAS, proc. n.º 4255/10, de 15.02.2011, Relator: Juiz Desembargador José Correia e proc. n.º 3877/10, de 20.11.2012, Relator: Juiz Desembargador Pedro Vergueiro; No mesmo sentido, Saldanha Sanches, "Manual de Direito Fiscal", Coimbra, 2007, pp. 157-159 e Ana Paula Dourado, "Direito Fiscal, …" *cit.*, p. 295.

(6) Ver em *Cadbury Schwepps*, a partir da doutrina jurisprudencial fixada em *Halifax* uma visão geral do conceito, num quadro de ausência de substância económica; Acórdão TJUE, 12.09.2006, C-

Por contraponto, e não raras vezes, a Administração Tributária constata a falta de *genuinidade* daqueles atos ou construções, acabando por provar que o exercício da atividade desenvolvida pela SGPS apenas se conforma formalmente com o normativo fiscal.

Afigurando-se, assim, relevante a análise objetiva da finalidade da norma aplicável ao caso concreto, em face da qual a Administração Tributária demonstre que o fim pretendido por essa norma não foi atingido, ante a celebração de certos atos ou construções negociais, *não genuínos*, isto é, sem justificação económica e tendo apenas como um dos principais propósitos a obtenção de uma vantagem fiscal(7).

O que suscita a questão de saber: o que deve relevar, neste contexto de aferição da elisão ou abuso, é a obtenção de certa vantagem fiscal através de atos ou construções negociais, *não-genuínos*?

Ou antes releva a realidade económica, subjacente a estes atos ou construções, atenta a estatuição da norma de incidência?

As questões exigem reflexão crítica, designadamente, de cariz teleológico, sem perder de vista, naturalmente, a assunção da desejável reação jurídica à elisão ou abuso, em face de uma razão fiscal exclusiva ou até segmentária.

Serão estes vetores suficientes para aferir a aplicabilidade da nossa cláusula geral antiabuso(8)?

Não temos, por ora, respostas para os quesitos suscitados, mas talvez a análise crítica a apresentar na secção seguinte contribua para as facultar.

-196/04, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas vs. Commissioners of Inland Revenue*; Acórdão TJUE, 21.02.2006, C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Developments Services Ltd e County Wide Property Investments.* Cf., ainda, Ben J. M. Terra e Peter J. Wattel *"*European Tax Law*"*, 8.ª ed., Wolters Kluwer, 2022, p. 46.

(7) Sobre o conceito de *não-genuinidade* cf. Ana Paula Dourado, "Direito Fiscal …" *cit.*, pp. 308-309.

(8) A este propósito, afirma Ana Paula Dourado que as cláusulas gerais antiabuso só devem conter, em regra, presunções elidíveis, a não ser que tenham fundamento em princípios fiscais que prevaleçam no caso concreto à luz da proporcionalidade. Cf. Ana Paula Dourado, *ibidem*, p. 264. No mesmo sentido, a Administração Tributária só deverá aplicar uma cláusula antiabuso se permitir ilidir a presunção, cf. o já referido Acórdão TJUE, de 12.09.2006, *Cadbury Schweppes*, C--196/04, § 50.

2. Da aplicabilidade da cláusula geral antiabuso

Envidar esforços para tolher práticas que possibilitem, às SGPS, alcançar uma vantagem fiscal com frustração do sentido da lei na sua materialidade e razão de existência envolve a interpretação da lei fiscal, que em face da sua insuficiência pode tornar necessário o recurso às cláusulas específicas antiabuso, que a não serem aplicáveis ao caso concreto poderá desencadear o recurso à cláusula geral antiabuso prevista no art. 38.º, n.os 2-6 da Lei Geral Tributária (LGT).

Preceito que acomoda, desde 2019, mais concretamente desde a entrada em vigor da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, o teor normativo do art. 6.º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12.07.2016, *Anti Tax Avoidance Directive* (ATAD), que estabelece normas contra a elisão fiscal e que foi transposta para a ordem jurídica nacional precisamente por aquele dispositivo legal.

De salientar que a ATAD, ao procurar refletir os requisitos de práticas abusivas interpretados pelo TJUE(9), operacionalizou o entendimento sufragado por este, qual seja: mais do que alcançar, ou não, uma vantagem fiscal, importa que a *holding* demonstre a existência de um racional económico atendível(10).

Desde então, tem sido pertinente a jurisprudência nacional que, versando sobre o preenchimento dos requisitos que justificam a sujeição à cláusula geral antiabuso de certos atos ou construções negociais, densifica o conceito de *não-genuinidade* quando aqueles são praticados com abuso da norma jurídica ou, até, da sistemática normativa-fiscal aplicável, tendo em vista a obtenção de uma (indevida) vantagem fiscal(11).

Com efeito — a par da dogmática de natureza legislativa e doutrinária —, os tribunais vão operacionalizando teleologicamente a referida cláusula em face de práticas elisivas, das quais se destacam os contratos de

---

(9) Cf. Proposta da Comissão Europeia de 28.01.2016 sobre regras contra práticas que afetem diretamente o funcionamento do mercado interno, COM (2016) 26 final, pp. 9-10.

(10) Ac. TJUE, 17.07.1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, § 47 e 10.11.2011, *Foggia*, C-126/10, § 34. Para mais desenvolvimentos, cf. Maria Amélia Barradas Carlos "As *holdings* e os dividendos à saída à luz do Direito Europeu", *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, jul./dez 2022, pp.555-605.

(11) Cf. acórdão STA, 21.03.2024, proc. n.º 0147/22.2 BALSB, relator João Sérgio Ribeiro; acórdão TCAS, 13. 07.2023, proc. n.º 1015/20.8 BELRS, relatora Patrícia Manuel Pires, acórdão STA, 07.06.2023, proc. n.º 03285/11.3 BEPRT, relatora Paula Cadilhe Ribeiro. Para uma perspetiva geral de correção da elisão ou abuso com aplicabilidade de uma cláusula geral antiabuso, cf., por todos, Paulus Merks, "Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning", *Intertax*, 5, 2006, p. 274; Christiana Panayl, "Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?" *Intertax*, 10, 2015, p. 552.

compra e venda de ações celebrados entre uma SGPS (soc. A) e cada um dos acionistas de uma sua sociedade participada (soc. B), com aquisição pela SGPS de 100% das ações representativas do capital social desta última sociedade.

Sendo de salientar que a SGPS (soc. A), na qualidade de sociedade gestora de participações sociais, com o referido objeto exclusivo ou principal de detenção de posições ou participações sociais noutras sociedades, não está vocacionada nem dispõe de capacidade financeira para a celebração de atos ou construções negociais com aqueles contornos.

Não é criado um grupo económico nem a SGPS centraliza o financiamento, nem tão-pouco cria condições económico-financeiras para o concretizar, na medida em que não possui a estrutura operacional apta a centralizar e fornecer concreta gestão de participações sociais da sua participada (soc. B).

Com ambas as sociedades a contarem exatamente com os mesmos acionistas e órgãos sociais, atenta a aquisição daquela sociedade pela SGPS esta passa a receber os dividendos distribuídos por aquela, sem sujeição a imposto, prática que a Administração Tributária qualifica como elisiva ou abusiva.

A ser assim, a aplicação de um dispositivo legal que averigue a existência da finalidade negocial ou de atividade económica subjacentes àqueles atos ou construções negociais, será, quiçá, suficiente para combater tal prática([12]).

Referimo-nos à aplicabilidade da cláusula geral antiabuso em vigor no ordenamento jurídico nacional, atenta a factualidade acabada de enunciar([13]).

([12]) A este propósito convém lembrar, nos termos do mencionado art. 1.º, n.º 2, da Diretiva (UE) 2015/121, do Conselho, de 27.01.2015, que ocorre uma prática abusiva se através de uma *holding* interposta se construiu uma montagem — ou uma série de montagens — com a finalidade principal — ou uma das finalidades principais —, de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto da Diretiva e que *não seja genuína* — por não ter sido posta em prática por *razões comerciais válidas* que reflitam a realidade económica — considerando todos os factos e circunstâncias relevantes. Neste sentido cf. Ana Paula Dourado, "Direito Fiscal …" *cit.*, p. 321.

([13]) O surgimento das *holdings* interpostas no contexto do mercado global associada à desmaterialização dos ativos colocou em evidência as insuficiências da Diretiva 2015/121/UE do Conselho, 27.01.2015, ao estabelecer uma cláusula geral antiabuso, a Targeted Anti-Abuse Rule (TAAR) nos termos da qual foi dada permissão aos Estados-Membros para, no âmbito da Diretiva, combaterem a elisão ou abuso fiscal, mostrando-se, a partir de então, a necessidade de *uma formulação mais simples* que prevenisse a dupla não tributação pela aplicabilidade de uma cláusula geral antiabuso, por via da qual o entendimento do que se pudesse considerar um ato ou construção negocial elisivo ou abusivo fosse interpretado *segundo o Direito Europeu e jurisprudência constante do TJUE*. Surgia, assim, a *general anti-abuse rule* (GAAR) prevista no art. 6.º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho,

É, ainda, importante recordar que, no caso em análise, está-se perante a inexistência de uma sociedade com capitais próprios suficientes para proceder à aquisição de participações sociais da sociedade participada (Soc. B), ou mesmo a obtenção de financiamento com capitais alheios para a concretização da aquisição. Sublinhando-se a circunstância da SGPS ter sido interposta entre os acionistas e a sociedade participada (soc. B), com a celebração de venda de ações à SGPS, *geradora de dívidas* de esta para com aqueles acionistas.

Numa contraposição, os valores recebidos pelos acionistas, a título de pagamento da *dívida*, são objetivamente entendidos pela Administração Tributária como sendo rendimentos de capitais.

Suscitando-se a questão de saber: a tipologia contratual em apreço, a simultaneidade de órgãos socias e acionistas nas sociedades, e demais factualidade apontada são razões que fundamentam a ampla abrangência estatutiva do Direito Fiscal aplicável com recurso à cláusula geral anti-abuso([14])?

Vejamos. Para a aplicabilidade da cláusula geral antiabuso são identificados pela doutrina, mas também jurisprudencialmente, quatro pressupostos. Um deles é designado por (*i*) elemento meio, que como iremos ver se encontra presente no exemplo dado. Refere-se aos meios que a SGPS se socorreu para aquisição da totalidade das ações representativas do capital social da sociedade participada (soc. B) que cada um dos acionistas possuía, com vista a que o rendimento fosse qualificado relativamente a estes

---

de 12.07.2016, (*Anti Tax Avoidance Directive* — ATAD). Sobre a influência da ATAD na cláusula geral antiabuso portuguesa cf., por todos, Ana Paula Dourado "Direito Fiscal …, *cit*., pp. 308-313. Sobre a TAAR enquanto norma mínima. Cf. Ana Paula Dourado, "Lições de Direito Fiscal Europeu-Tributação Directa", Coimbra, 2010, p. 163; Acórdão TJUE, 17.07.1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, § 41 e Acórdão TJUE, 12.12.2002, *Lankhorst-Hohorst*, C-324/00, § 37.Sobre a prevenção da (indevida) atenuação ou isenção de tributação, cf. Ana Paula Dourado, "Aggressive Tax Planning in EU Law and in light of BEPS — The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6", *Intertax*, 1, 2015, pp. 42-57; "The EU Anti-Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?" *Intertax*, 6/7, 2016, pp. 440-446; Pasquale Pistone, "Avoidance and Aggressive Tax Planning under BEPS in light of EU Law", 7.TH GREIT LISBON SUMMER COURSE ON TAX EVASION, TAX AVOIDANCE & AGGRESSIVE TAX PLANNING, *Intertax,* 2, 2016, pp. 88-89; STEF VAN WEEGHEL, BEPS in the EU and the New EU GAAR — Realigning Taxation and Substance: "The New EU GAAR in the Parent-Subsidiary Directive", 7.TH GREIT LISBON SUMMER COURSE ON TAX EVASION, TAX AVOIDANCE & AGGRESSIVE TAX PLANNING, *Intertax*, 2, 2016, pp. 77-78.

([14]) Para uma análise de como colmatar a elisão ou abuso fiscal numa dupla perspetiva: em sentido amplo à luz dos princípios de Direito Fiscal e em sentido restrito pelas regras de interpretação e aplicabilidade de cláusulas antiabuso. Cf. Paulus Merks, "Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning", *Intertax*, 5, 2006, p. 274; Christiana Panayl, "Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?" *Intertax*, 10, 2015, p. 552.

como reembolso de uma dívida, não sendo assim tributável, porquanto só o seria se tivesse sido atendida a sua verdadeira natureza de rendimentos provenientes de capitais. O meio usado para concretizar a elisão ou abuso fiscal, como observámos, foi a venda de acções à SGPS que *criaram* dívidas de esta para com os acionistas da sociedade (soc. B). Ou seja, estes receberam valores a título de pagamento da dívida, que deveriam ter sido objetivamente qualificados como rendimentos de capitais (dividendos)([15]).

Dito de outro modo, o elemento meio ou a via escolhida pela SGPS e pela sociedade participada (soc. B) para obterem o desejado ganho ou vantagem fiscal consubstanciou-se nos atos ou construções negociais celebrados, cuja estrutura se encontra determinada em função de um dado resultado fiscal, que não se verificaria caso estes não tivessem sido praticados nos moldes e com os contornos escolhidos pelas sociedades.

Através daqueles atos ou construções negociais, visando a obtenção de uma vantagem fiscal aquando da distribuição de dividendos, foi atribuída a qualificação de *pagamento de dívida* a acionistas, sendo estes comuns a ambas as sociedades. Apontam-se, ainda, como caraterísticas destas construções negociais não só o diferimento do pagamento do preço estipulado como também a contabilização de suprimentos sem vencimento de juros.

Algo que nos leva a referir um outro elemento indispensável na aferição da aplicabilidade da cláusula geral antiabuso — o (*ii*) elemento resultado — e que ajuda a compreender os atos ou construções negociais adotados num contexto de obtenção de certo efeito fiscal: a não tributação da distribuição daqueles dividendos, em face da sua qualificação não como rendimento de capital, mas sim como pagamento de uma dívida([16]).

([15]) A este propósito, recorde-se os dividendos distribuídos e suas implicações e critérios identificados pelo TJUE, a 26.02.2019, nos casos C-116/16, *T Danmark,* e C-117/16, *Y Denmark*, mais conhecidos por *Danish cases*, §§ 70 a 72, 75, 79, 80 e 98. Cf., ainda, Pablo A Hernández Gonzaléz-Barbela, "Holding Companies and Leveraged Buyouts in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law, and the Single Taxation Principle (Danish ECJ Cases C-115/16, 116/16, 117/16, 118/16, 119/16 and 299/16)", *European Taxation*, 59, 2019, p. 409. Neste sentido, cf., também, Jasper Korving, L. C. van Hulten "Case law note: Svig og Misbrug: The Danish Anti-Abuse Cases", *Intertax*, 8/9, 2019, pp. 793-800. Sobre uma análise crítica — e atual — das respostas antiabuso a dar pela UE, numa visão alargada à reforma tributária americana de dezembro de 2017, cf., por todos, Ana Paula Dourado, "The US Base Erosion and Anti-Abuse Tax, and the EU Responses", *Intertax,* 4, 2018, pp. 266-267.

([16]) Para uma visão da atividade desenvolvida por uma SGPS no âmbito de uma economia cada vez mais desmaterializada cf., por todos, Andres Báez Moreno e Yariv Brauner "Taxing the Digital Economy Post-BEPS… Seriously", Madrid, 2019, pp. 30-37. Sobre como os atos ou construções negociais requerem crescentemente menos substância física para criar mais valor económico, cf. Nikolai Milogolov, "The Emergence of the 'Technological Tax Hub': Digitally Oriented Trajectories of

Com efeito, o elemento resultado consubstancia-se, neste caso, na vantagem fiscal alcançada através do já referido elemento meio utilizado pela SGPS (soc. A) e a sociedade participada (soc. B) ao *transverterem* um fluxo financeiro — a distribuição de dividendos —, sujeito a imposto, noutro fluxo, o pagamento do valor em dívida aos acionistas (da sociedade B) sem que dele decorra qualquer tributação, mas tão-somente o registo do crédito relativo a cada acionista como "suprimento".

Na verdade, apenas existe a finalidade (objetiva) de obter a vantagem fiscal, tendo a SGPS sido interposta sem que justifique os fins para os quais a mesma está vocacionada: a gestão de participações sociais noutra(s) sociedade(s).

Com efeito, a interposição da SGPS entre a sociedade (soc. B) e os seus acionistas em nada altera a atividade da sociedade (soc. B), na medida em que o que ambas modificaram foi a forma de distribuição dos dividendos, que a ser feita à SGPS daria lugar a que esta beneficiasse da eliminação da dupla tributação económica, conforme previsto no n.º 1, do art. 51.º do CIRC, mas não tendo ocorrido a distribuição diretamente aos acionistas, há o fito de debelar a possibilidade de serem tributados individualmente. Podemos, portanto, dizer que decorrente do referido elemento meio, se cumpre uma das finalidades principais de obter aquela vantagem fiscal — o (*iii*) elemento normativo. Existindo uma desconformidade entre o resultado alcançado e o propósito da lei, que pretende a tributação daquele rendimento efetivamente obtido.

Na verdade, se tivessem sido celebrados os atos ou construções negociais de distribuição desses dividendos aos seus acionistas — enquanto remuneração do capital investido — o rendimento daí resultante seria sujeito a tributação, em conformidade com a alínea *h*) do n.º 2 do art. 5.º do CIRS.

Assim, os acionistas — que são simultaneamente da SGPS (Soc. A) e da sociedade participada (soc. B) — receberam rendimento sem sujeição a imposto, porquanto o mesmo foi qualificado como reembolso de uma dívida, consubstanciada no pagamento do preço determinado na construção negocial de aquisição da participada (soc. B), apesar de, atenta a sua substância, dever ser qualificado como dividendos.

Reforms in Tax Planning Hub Jurisdictions", *Intertax*, 12, 2020, pp. 1105-1124; Svetislav V. Kostic "Plea for a Workforce Presence PE Concept in a Post-Covid Digitalized World", *Intertax*, 10, 2021, pp. 758-770; Ana Paula Dourado, "Lições de Direito Fiscal Europeu …" *cit.*, p. 51.; "Governação Fiscal Global", Coimbra, 2018, p. 132. Sobre as possíveis alterações à Diretiva que poderiam contribuir para a sua aplicação mais simples cf. Alessio Persiani, "Case Law Note: Italian Supreme Court and the Parent-Subsidiary Directive: A Dark Tunnel with a Light at the End?" *Intertax*, 11, 2020, pp. 1053--1061.

Ao aquilatar a substância económica subjacente aos contratos celebrados de compra e venda de ações entre uma SGPS (soc. A) e cada um dos acionistas de uma outra sociedade (soc. B), a Administração Tributária depara-se, ainda, com a necessidade de aferir um outro elemento indispensável para preencher os pressupostos de aplicabilidade da cláusula geral antiabuso — (*iv*) o elemento teleológico — ínsito ao normativo de incidência.

Na verdade, a escolha da forma dada aos atos ou construções negociais foi motivada por razões fiscais, ou seja, só estas explicam a opção seguida pelas duas sociedades(17).

Comprovando-se, assim, a existência de uma prática elisiva ou abusiva entre a sociedade (soc. B) totalmente subordinada à SGPS (soc. A), sem alteração da atividade daquela com a criação desta. O que suscita a necessidade de avaliar a respetiva reação jurídica, nos termos que se apresentarão na secção seguinte.

3. A reação jurídica à elisão ou abuso fiscal

3.1. A subsunção normativa

Avaliar a realidade económica subjacente aos atos ou construções negociais — no caso em apreço, contratos de compra e venda de ações — constitui, a nosso ver, a reação jurídica possível, traduzida em apurar se tal realidade é, ou não, suscetível de subsunção normativa. Ou seja, uma vez aferida e confirmada a existência de substância, importará verificar se a mesma é subsumível no Direito aplicável(18).

Assim, para a subsunção à norma é determinante a análise crítica e conjugada da factualidade de cariz económico inerente à prática elisiva ou

---

(17) Sendo determinante o papel da jurisprudência no controlo da aplicação da norma pela Administração Tributária, no respeito pelo princípio da legalidade fiscal e da desejável densificação do *controlo judicial da legalidade administrativa*. Neste sentido cf. Ana Paula Dourado, "O Princípio da Legalidade Fiscal, Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre e apreciação", Coimbra, 2007, p. 83; no mesmo sentido de considerar a lei *o ponto de partida e de chegada da competência administrativa*, cf. Maria Amélia Barradas Carlos e AA.VV., "O Poder de Execução Coerciva das Decisões Administrativas", coord. de Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2011, p. 123.

(18) Para uma análise sobre indicadores de substância, cf. 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", *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, jan./jun. 2023, pp. 244-253.

abusiva, considerando os elementos típicos da cláusula geral antiabuso acabados de explicitar e que fundamentam, a nosso ver, a sua aplicabilidade.

Com efeito, aferir a elisão ou abuso fiscal exige, antes de mais, analisar objetivamente as características dos atos e construções negociais celebrados pela SGPS.

Por assumirem uma natureza compósita, com envolvimento de diversas partes, em que quer a finalidade geral do seu conjunto quer a finalidade específica de cada um deles têm relevância na averiguação da correspetiva *não-genuinidade*, configuramos a subsunção normativa da realidade económica subjacente como sendo passível de abranger qualquer uma das etapas que compõem aqueles atos ou construções negociais.

Serve o que escrevemos para dizer que se torna indispensável começar por observar se subjacente a cada uma daquelas etapas existe, ou não, realidade económica e caso esta esteja presente avaliar a sua eventual subsunção normativa.

Importa sublinhar que a essência da celebração daqueles atos ou construções negociais centra-se na realidade económica que lhes é subjacente e que é sempre a mesma, ela não é juridicamente transmutável.

Cabendo à Administração Tributária asseverar a *não-genuinidade* daqueles contratos e aferir da eventual subsunção da realidade económica na norma de incidência — ou, sendo o caso, na base legal do benefício fiscal — por ser exatamente a realidade económica que constitui o ponto de partida para a subsunção normativa, e é esta que operacionaliza os efeitos jurídicos associados àquela norma.

Suscitando-se, no entanto, a questão de saber se para a prática ser declarada elisiva ou abusiva basta asseverar a *não-genuinidade* ou se, além disso, importa aferir também a teleologia normativa.

Dito de outro modo, se, como vimos, os atos ou construções negociais são *não-genuínos,* por não comportarem uma justificação económica-comercial, mas tão-somente fiscal, importará, ainda, ter em conta a teleologia legal, num quadro em que a realidade económica seja suscetível de subsunção normativa? Estamos em crer que sim. Por só então se dever afirmar que aqueles são elisivos ou abusivos. Vejamos porquê.

Admitindo um cenário em que os mesmos fossem considerados *genuínos*, mas sem possibilidade de subsunção normativa estar-se-ia, certamente, perante um caso insuscetível de tributação.

Se, ao invés, os atos ou construções negociais forem *genuínos* e em face da teleologia normativa se apresentarem como objeto de incidência, subsumível no *Tatbestand*, o rendimento de capitais a eles associado deverá ser sujeito a tributação.

Na verdade, sendo aqueles contratos *não-genuínos* e admitindo-se, por mera hipótese, que inexistisse a possibilidade de aferir a teleologia normativa por estarmos perante uma lacuna legal, o rendimento que lhes estivesse associado não seria tributado. Será, porventura, o que tenderá a suceder nos casos em que o *Tatbestand* seja concebido através de uma tipologia contratual com certa particularidade ou especificidade normativo-tributária(19).

Por ser assim, asseverar-se-á, em conformidade com o elemento teleológico, que, nestes casos, a finalidade do Direito Fiscal é sujeitar a tributação uma dada situação de facto e não uma certa substância económica.

Bem sabemos que o ordenamento jurídico-tributário nacional atende aos efeitos económicos, mas por vezes, os conceitos jurídicos não são submetidos à observação económica, mas apenas jurídica. A sistemática tributária, onde aquela observação e interpretação se inserem, é norteada por conceitualizações dogmáticas-jurídicas e não — talvez tantas vezes como seria desejável — económicas.

Seja como for, estamos em crer, que no caso do exemplo em análise, o que verdadeiramente importa é aferir da possibilidade da subsunção do referido rendimento de capitais no tipo legal-tributário, considerando para tal a teleologia ínsita ao *Tatbestand*.

Assim, a prática de atos ou construções negociais que sejam considerados como *não-genuínos*, desprovidos de racionalidade económica, mas que apesar disso não frustrem no caso concreto o normativo aplicável, não são, a nosso ver, suscetíveis de subsunção normativa.

Dito de outro modo, não são incompatíveis com a ordenamento jurídico-tributário e como tal os mesmos não devem ficar sujeitos a qualquer reação jurídica.

Do confronto da *não-genuinidade* com a *não frustração* da teleologia normativa dos atos ou construções resultará, estamos em crer, a ausência de reação jurídica, na medida em que os mesmos sejam inseríveis num cenário de lacunas legais(20).

Daqui decorre a necessidade de aferir a subsunção normativa da subjacente realidade económica — que no caso do exemplo dado se traduz na

---

(19) Neste sentido, cf. Ana Paula Dourado, "Aggressive Tax Planning in EU Law and in light of BEPS — The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6", *Intertax*, 1, 2015.

(20) Na medida em que existe um "potencial de diferenciação e de individualização [que] não é suscetível de ser acompanhado pelo legislador em termos praticáveis (…)", como nos lembra José Casalta Nabais, "O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo", Coimbra, 2004, p. 377.

subsumibilidade da realidade económica ínsita aos contratos de compra e venda de ações celebrados entre uma SGPS (soc. A) e cada um dos acionistas da sociedade participada (soc. B) — reportada aos dispositivos normativo-tributários de incidência.

Revelando aquela subsunção a qualificação jurídica dos atos ou construções negociais em cada uma das etapas, de maneira a apurar a sua interdependência e conformidade.

Com efeito, consideramos ser indispensável começar pela aferição (objetiva) da substância económica dos atos ou construções no caso concreto — compra e venda de ações — e só perante a falta de uma justificação económica, atenta a sua *não-genuinidade*, é possível identificar os atos ou construções elisivos ou abusivos cuja realidade económica preencha os pressupostos do *tipo* fiscal.

Sendo certo que a teleologia normativa é inoperante sem aquela observação prévia. Como se demonstrou em *Cadbury Schwepps*([21]) o cariz elisivo ou abusivo com predominância das razões fiscais afetou a operação no seu todo. Isto é, constatou-se uma justificação preponderantemente fiscal, associada a outras motivações económico-comerciais legitimas, que foi determinante para a elisão ou abuso fiscal ser extensível a todos os atos ou construções negociais.

De resto, esta jurisprudência bem como a subsequente dimanadas do TJUE assume uma importância fundamental no contexto da elisão ou abuso fiscal, atribuindo-se ao Tribunal a construção — em curso — do princípio geral de proibição de abuso([22]) que, sendo aplicável a várias matérias, tem contribuído para dotar a União Europeia de um quadro fiscal mais equitativo e sustentável, impulsionador de inovação contínua na tentativa de alinhamento do Direito com os instrumentos de estratégia fiscal das *holdings* interpostas, a par da ação coletiva de cooperação entre os Estados-Membros([23]).

Com efeito, só quando os interesses económicos e as prioridades políticas destes verdadeiramente convergirem se formará o necessário estí-

---

([21]) Cf. § 75 do acórdão.

([22]) Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16, *T Danmark,* e C-117/16, Y *Denmark*, § 91, Lembrando, sumariamente, a matéria de facto: para a obtenção de uma vantagem fiscal o grupo societário interpôs uma *holding* entre a sociedade distribuidora de dividendos e a entidade que os passava a deter, preenchendo formalmente os requisitos legais exigidos, sem, todavia, concretizar o objetivo das disposições normativas e sem apresentar uma justificação económica-comercial. Sobre a noção de sociedade interposta enquanto formalmente proprietária do rendimento, mas que na prática apenas dispõe de poderes muito limitados, cf. § 91 do acórdão.

([23]) Cf. Aitor Navarro e Johanna Stark, "The Fiscal Future of the European Union", *Intertax*, 8/9, 2024, pp. 520- 521.

mulo ao pluralismo jurídico decorrente da coordenação internacional e europeia em matéria de combate à elisão ou abuso fiscal.

Em face do que antecede, e considerando que a tendência a perspetivar aquela estratégia fiscal se apresenta numa ótica interna, a relação lógico-causal entre rendimento e tributação não é, ainda, suficientemente ponderada à escala transfronteiriça. Se assim fosse, talvez os próprios sistemas fiscais nacionais se redesenhassem, no sentido de atingir uma maior harmonização fiscal em matéria de aferição da substância económica das *holdings*, nestas se incluindo as SGPS. Tem sido, no entanto, e como dissemos, decisivo o papel do TJUE ao recusar "a aplicação de normas vantajosas de Direito Europeu (…) com o preenchimento meramente formal de condições legais"([24]), conforme se analisará na secção seguinte.

4. A jurisprudência do TJUE

O TJUE já se pronunciou não só sobre *o caráter puramente formal da estrutura do grupo de sociedades*([25]) como também no que se refere à *substância económica das holdings*([26]), ao considerar que uma sociedade interposta com a finalidade de obtenção de uma vantagem fiscal, sem justificação económica e comercial, é uma construção negocial impedida de beneficiar dessa vantagem, em face do princípio geral de proibição de abuso de Direito Europeu([27]). Para aferir se a *holding* está, ou não, a beneficiar do Direito da União de forma abusiva à luz do referido princípio o Tribunal entende que deverão ser asseverados os indícios atendíveis([28]).

Sabemos "não ser tarefa simples para o TJUE, já que nem todos os comportamentos [das *holdings*] tendentes à redução dos impostos devem estar sujeitos ao veredicto do abuso"([29]), no entanto, o Tribunal considerou que

---

([24]) Cf. Ana Paula Dourado, "Direito Fiscal …", *cit*., p. 318.

([25]) Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16, *T Danmark*, e C-117/16, *Y Denmark*, §§ 72 e 98.

([26]) Cf. Ole Steen Schmidt e Niclas Holst Sonne, "Introduction of Withholding Tax on Dividends from Danish Conduit Companies", *Tax Notes Today International and Tax Notes Today Global*, Vol. 71, n.º 3, 2013, pp. 270-271.

([27]) Cf. Pablo A Hernández Gonzaléz-Barrela, "Holding Companies and …", *cit.*, p. 410; Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16, *T Danmark,* e C-117/16, *Y Denmark*, §§ 70 a 72, 75, 79, 80 e 98.

([28]) Neste sentido, cf. Jasper Korving, L. C. van Hulten, Case law note: Svig og …", *cit.*, p. 794 e, ainda, Ana Paula Dourado, "The US Base Erosion and Anti-Abuse …" *cit.*, p. 267. Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16, *T Danmark,* e C-117/16, *Y Denmark*, § 72.

([29]) Cf. Conclusões da A.G. Kokott de 01.03.2018, C-115/16, § 4.

aqueles indícios existem quando as *holdings* pretendem obter abusivamente uma vantagem ao *criarem* os requisitos exigidos para a sua satisfação([30]).

Sublinhe-se, no entanto, que o Tribunal não é suficientemente claro quanto à inserção destes indícios no conceito de abuso([31]), sobretudo se tivermos em conta que para o TJUE certa prática deve ser considerada elisiva ou abusiva — e por isso negada — se for desguarnecida de justificação económica-comercial, erigindo-se a demonstração de tal abuso à luz daqueles indícios([32]).

Importa sublinhar que o TJUE entendeu que "o facto de estar reunido um certo número de indícios pode demonstrar a existência de um abuso de direito, desde que esses indícios sejam objetivos e concordantes e haja a possibilidade de fazer prova do contrário"([33]).

No entanto, não declara expressamente os requisitos a satisfazer para demonstrar que a *holding* foi constituída por razões económicas-comerciais. Na verdade, como dissemos, o Tribunal apenas proclama que uma *holding* interposta numa estrutura meramente formal, mas cuja principal finalidade, ou uma das principais finalidades, seja a obtenção de certa vantagem fiscal que frustre o objeto ou propósito do direito aplicável, poderá ser encarada como uma prática abusiva, desde que desprovida de intento económico.

Além disso, atentas as caraterísticas dos atos e construções negociais que se apresentaram no exemplo dado, por via das quais se observa a respetiva falta de *genuinidade*, cumpre aferir da aplicabilidade da nossa cláusula geral antiabuso tendo em atenção que a mesma transpõe o art. 6.º da ATAD e esta *interage* com o referido princípio geral de proibição de abuso, estabelecendo-se, a nosso ver, uma relação hierárquica entre este e aquela que decorre da própria ordem constitucional da União([34]).

O que, curiosamente, suscita a questão de saber, atenta a jurisprudência do TJUE, por quanto tempo subsistirá uma certa evitação do Tribunal em fiscalizar a legalidade do art. 6.º da ATAD à luz do princípio geral de proibição de abuso, na medida em que, pelo menos por enquanto, aquele

---

([30]) Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16, *T Danmark,* e C-117/16, *Y Denmark*, § 97.

([31]) Cf. Luc de Broe e Sam Gommers, "Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases", 2019, 06, *EC Tax Review*, p. 270.

([32]) *Ibidem*, § 98.

([33]) Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16, *T Danmark*, e C-117/16, *Y Denmark*, §§ 99 e 114.

([34]) Sobre esta questão, cf. Maria Amélia Barradas Carlos, "As *holdings* e os dividendos à saída …", *cit.*, pp. 578-585. Na verdade, seria surrealista reclamar as valorações materiais ínsitas à proibição da elisão ou abuso e, em seguida, não aplicar o princípio, no momento em que dogmaticamente tais valorações devem ser postas em prática através da aplicação do princípio.

ainda não se pronunciou sobre a hierarquia entre os dois, com as consequências que daí advêm e a que estão subordinadas as cláusulas gerais antiabuso nacionais(35).

A nosso ver, ainda que sem abordar o eventual conflito entre o princípio e a cláusula, o Tribunal tenderá a reforçar a fiscalização efetiva da legalidade daquele preceito legal, e, a ser assim, também a aplicabilidade da cláusula-geral antiabuso nacional tenderá a induzir um maior grau de harmonização por via de aplicação do princípio geral de proibição do abuso.

Pese embora, de um modo geral, todos estejamos de acordo que a elisão ou abuso fiscal é uma prática lícita que ao gerar uma vantagem fiscal não admitida pelo ordenamento tributário(36) impõe a aferição sobre a aplicabilidade da cláusula geral antiabuso, consideramos que a jurisprudência portuguesa não tem sido suficientemente apoiada pela doutrina e, nessa medida, vai trilhando o seu próprio caminho na clarificação dos critérios que demonstram aquela prática, com assinalável importância jurídica no contexto das SGPS.

Constata-se um certo individualismo dos autores portugueses, que os leva, salvo louváveis exceções, a não se mostrarem interessados em estudos aprofundados sobre a temática, dando ensejo a uma doutrina um pouco *desordenada* onde, em lugar de se progredir, se procura voltar a discutir fundamentos histórico-culturais, nalguns casos já assentes há muito tempo.

Seria, assim, profícuo que houvesse maior intervenção da comunidade científica, tanto mais relevante quanto se tenha presente o crescente surgimento de novas realidades económicas, que, no plano teleológico deveriam ser acolhidas pela norma de incidência do imposto, e que, cada vez mais, não são subsumíveis nas condições fáctico-jurídicas, contidas no *Tatbestand*.

Não podemos, em decorrência, deixar de concordar com Alice Pirlot, sobre a necessidade de abraçar um certo ativismo na área de estudos do Direito Fiscal, defendendo-se o debate já há muito iniciado por Wolfgang Schön(37) e continuado por Santtu Raitasuo sobre o uso do trabalho académico como ferramenta da advocacia em Direito Fiscal — uma atitude que aquela designa de *escolativismo* tributário independente(38).

---

(35) Rita Szudoczky, "The Sources of EU Law, and their Relationships: Lessons for the Field of Taxation", *Doctoral series*, IBFD, 2014, pp. 97-107.

(36) Cf. Gustavo Lopes Courinha, "A Cláusula Geral Anti-abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua compreensão", Coimbra, 2004, p. 15.

(37) Cf. Wolfgang Schön, com merecido destaque sobre o tema "The Concept of Abuse of Law in European Taxation: A Methodological and Constitutional Perspective", *The Dynamics of Taxation — Essays in Honour of Judith Freedman*, Oxford, 2020.

(38) Cf. Alice Pirlot, "Scholactivism in Tax Law", *Intertax*, Vol. 53, n.º 5, 2025, pp. 408-413.

5. Conclusão

Analisados os principais aspetos que envolvem a aplicabilidade da cláusula geral antiabuso no âmbito das SGPS, verificamos que o legislador português foi fiel, diríamos mesmo quase literal, ao transpor o art. 6.º da ATAD para a nossa cláusula geral antiabuso contida nos n.os 2-6 do art. 38.º da LGT. Pese embora já estivesse estabelecia, desde 1999, uma cláusula geral antiabuso, ainda que não tão completa e abrangendo as particularidades que a ATAD inovou ao permitir estabelecer relação com o princípio geral de proibição de abuso de Direito europeu, cuja construção contínua — do TJUE — vem melhorando o ordenamento jurídico-tributário português em matéria de combate à elisão ou abuso fiscal.

Ainda que esta seja uma prática lícita, a mesma é geradora de vantagens fiscais não admitidas pelo ordenamento tributário que impõe, no contexto de aferição da aplicabilidade da cláusula geral antiabuso, um certo ativismo na inovação dos instrumentos jurídicos de combate à elisão ou abuso fiscal, com maior intervenção da comunidade científica, sobretudo em face de novas realidades económicas, que, numa perspetiva de teleologia legal, deveriam ser abrangidas pela norma de incidência do imposto, e que, crescentemente, não são subsumíveis nas condições fáctico-jurídicas, contidas no *Tatbestand*.

Neste sentido, defende-se aquele ativismo na área de estudos do Direito Fiscal e a consequente discussão sobre o uso do trabalho académico como ferramenta da advocacia em Direito Fiscal — uma atitude que alguma doutrina designa de *escolativismo* tributário independente.

SUB-ROGAÇÃO LEGAL PELO PAGAMENTO EXECUTIVO

Pelo Prof. Doutor José Lebre de Freitas

Sumário:

1. Objeto. **2.** Pagamento voluntário e pagamento executivo. **3.** Pagamento voluntário e pagamento executivo. **4.** Verificação no caso concreto do processo 1768/21. **5.** Direito de regresso? **6.** Interrupção da prescrição da obrigação de restituir por enriquecimento sem causa. **7.** Conclusões.

1. Objeto

O presente artigo constitui uma reflexão sobre duas questões de direito civil que foram objeto de decisão contrária pelo Tribunal da Relação de Évora, em 28.9.23 (Anabela Laura de Carvalho), e pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 17.4.24, no mesmo processo 1768/21 (Ferreira Lopes), conforme se pode ver na publicação feita no sítio da <dgsi.pt>:

— O art. 592.º-1 CC([1]) tem aplicação ao pagamento executivo, ou a sub-rogação que estatui só se verifica quando o terceiro garante ou diretamente interessado na satisfação do crédito paga voluntariamente?

— No pressuposto de que o art. 592.º-1 CC não se aplica ao pagamento executivo e de que se verificam os requisitos do enriqueci-

([1]) "Fora dos casos previstos nos artigos anteriores ou noutras disposições da lei, o terceiro que cumpre a obrigação só fica sub-rogado nos direitos do credor quando tiver garantido o cumprimento, ou quando, por outra causa, estiver diretamente interessado na satisfação do crédito".

mento sem causa, o prazo de prescrição de três anos do art. 482.º CC é interrompido, por reconhecimento do direito, nos termos do art. 323.º-1 CC([2]), quando a devedora inscreva a favor do *solvens*, na sua contabilidade, a quantia correspondente à que o credor obteve na execução dos bens do terceiro?

A justificar a análise que se segue, em que, como se verá, concordo com o TRE e discordo do STJ na solução dada à 1.ª questão (aliás em oposição a outras suas anteriores decisões) e concordo com este na solução dada à segunda, está, por um lado, a relevância jurídica de ambas essas questões e a divergência jurisprudencial verificada no seio do STJ relativamente à primeira delas.

Nem o prazo prescricional de três anos do direito à restituição por enriquecimento sem causa nem a sujeição do direito objeto de sub-rogação (ou de direito de regresso) ao prazo prescricional geral de 20 anos oferece dúvida.

Começo, pois, por determinar a espécie de obrigação decorrente, no caso concreto, da execução das ações do terceiro na ação em que o banco fez valer os seus direitos de titular do penhor sobre elas constituído em garantia da restituição das quantias por ele emprestadas: serão os atos executivos equiparáveis, para o efeito, ao ato voluntário de cumprimento?

Da solução negativa deste ponto central depende que se equacione a questão da verificação dos pressupostos do enriquecimento sem causa e, tendo esta resposta afirmativa, a questão da interrupção da prescrição do direito à restituição pelo reconhecimento da dívida na contabilidade, publicada, da devedora.

2. Pagamento voluntário e pagamento executivo

Quer a sub-rogação voluntária (arts. 589.º a 591.º do CC), quer a sub-rogação legal (art. 592.º CC), têm como requisito o **cumprimento** da obrigação por terceiro, sendo equiparadas ao cumprimento, na sub-rogação legal, "a dação em cumprimento, a consignação em depósito, a compensação ou outra causa de satisfação do crédito compatível com a sub-rogação" (art. 592.º-2 CC).

([2]) "A prescrição interrompe-se pela citação ou notificação judicial de qualquer ato que exprima, direta ou indiretamente, a intenção de exercer o direito, seja qual for o processo a que o ato pertence e ainda que o tribunal seja incompetente".

O cumprimento é, como se sabe, um **ato voluntário**. Não constitui um negócio, mas um mero ato jurídico, pertencente à categoria das operações ou atos reais. De resto, no ato de cumprimento não releva apenas a vontade de ação (vontade de realizar o ato na sua materialidade), mas também a intenção de cumprir (art. 476.º-1 CC), isto é, a vontade de realizar a entrega como prestação devida. A esta configuração não escapa o cumprimento da obrigação alheia([3]).

Mas, quando o devedor não cumpra, o credor tem o direito de exigir judicialmente o cumprimento (em ação de condenação: art. 10.º-3-*b* CPC) e de executar o património do devedor (ou o de terceiro que haja garantido o cumprimento da obrigação), realizando **coercivamente** a prestação **devida**([4]) (cf. art. 10.º-4 CPC, impropriamente falando de "obrigação devida") ou, quando tal não seja possível e não se trate de obrigação pecuniária, um valor **equivalente** do património do devedor (ou do terceiro garante). Em qualquer caso, o tribunal **substitui-se** ao devedor no ato do pagamento (ou, na execução por prestação de facto fungível, na obtenção de meios que permitam custear a prestação por terceiro). Não se trata, em sentido próprio, dum ato de cumprimento, mas de um seu **sucedâneo**, que permite realizar **a mesma função** do cumprimento, tal como o é também o pagamento subsequente à venda extrajudicial do penhor (art. 675.º-1 CC) ou a sua adjudicação ao credor (art. 675.º-2 CC).

Esta **identidade de função** (do cumprimento e do seu sucedâneo) é suficiente para justificar que, ao menos em princípio, a sub-rogação se dê quando o terceiro garante é executado e o crédito seja satisfeito mediante a venda coativa do bem dado em garantia ou, no caso da fiança ou do aval, de qualquer bem do fiador ou avalista. Para tal apontam:

— A equiparação ao cumprimento de "outra causa [além da dação em cumprimento e da consignação em depósito] de satisfação do crédito compatível com a sub-rogação" (art. 592.º-2 CC)([5]);

([3]) Ver a minha obra *A confissão no direito probatório*, Coimbra, Coimbra Editora, edição de 2013, n.º 31 (28).

([4]) Por meio direto (apreensão e entrega da coisa ou quantia devida; prestação do facto devido por terceiro) ou indireto (apreensão e venda dos bens do devedor e subsequente pagamento da quantia devida).

([5]) Vaz Serra, *Sub-rogação nos direitos do credor*, BMJ, 37, p. 56, exemplifica com o caso em que o devedor solidário obtenha a extinção da dívida por meio de remissão onerosa a favor de todos os devedores, em que entende que esse devedor fica com o direito de regresso contra os outros pela parte proporcional deles na importância despendida para a remissão e, na mesma medida, fica sub-rogado nos direitos do credor. Ainda que o raciocínio dos autores civilistas se use manter no campo dos atos voluntários de extinção das obrigações, e mesmo que se entenda que a norma do art. 592.º-2 CC só foi pensada pelo legislador para atuações extrajudiciais, ela constitui uma pista para a extensão da previsão do art. 592.º-1 CC para além desse campo.

— Preceitos suscetíveis de interpretação *a contrario,* como o do art. 639.º-3 CC ("o autor da garantia real, **depois de executado**, não fica sub-rogado nos direitos do credor contra o fiador"), que tem como razão de ser a — **excecional** — responsabilidade **subsidiária** do fiador perante a do terceiro que constituiu a garantia real (art. 639.º-1 CC)(6);

— Preceitos em que a sub-rogação está implícita, como o do art. 717.º-1 CC (quando por facto do credor, não possa dar-se a sub-rogação, a hipoteca constituída por terceiro extingue-se)(7), também aplicável ao penhor (art. 667.º-2 CC) e à consignação de rendimentos (art. 657.º-2 CC).

O ponto está, porém, em saber se a sub-rogação é compatível com o ato de pagamento executivo.

3. Pagamento voluntário e pagamento executivo

Numa interpretação restritiva da norma do art. 592.º-1 CC, poder-se-á dizer, como fez a 1.ª instância no caso concreto: por um lado, que o interesse direto do *solvens* na satisfação do crédito é exigido, quer quando ele seja garante do cumprimento, quer quando ocorra "outra causa"; por outro lado, que esse interesse consiste na conservação no seu património dos bens afetos à garantia (todos, no caso da fiança; o objeto restrito da garantia, quando esta é real), de tal modo que, executados esses bens, o interesse deixa de existir?

Faz todo o sentido exigir ao terceiro **não garante** que tenha um **interesse direto na satisfação do crédito**, uma vez que a ele o credor nada pode exigir(8); o seu interesse é um interesse **objetivo** em que o crédito seja satisfeito, sempre cumulável com o interesse, também objetivo, do credor e, não estando o terceiro sujeito à execução, restringido ao paga-

---

(6) Antunes Varela, *CC anotado*, I, n.º 3 da anotação ao art. 639.º.

(7) Cf. Antunes Varela, *CC anotado*, I, n.º 1 da anotação ao art. 717.º. A extinção da hipoteca impede a sua execução, ainda que a penhora já tenha tido lugar.

(8) A prestação pode ser feita por qualquer terceiro, interessado ou não no cumprimento (art. 767.º-1 CC), sem prejuízo do direito do credor a recusá-la quando expressamente se tenha acordado que só o devedor a poderá efetuar ou quando a substituição prejudique o credor (art. 767.º-1 CC). Mas só o terceiro diretamente interessado na satisfação do crédito se sub-roga nos direitos do credor (sem prejuízo da sub-rogação voluntária, pelo credor ou pelo devedor: arts. 589.º e 590.º do CC).

mento voluntário; ainda que possa estar pendente uma execução, o pagamento pelo terceiro visa impedir a venda executiva dos bens do devedor.

Já no caso do terceiro **garante** o interesse está *in re ipsa*: o fiador ou o proprietário do bem dado em garantia está **diretamente interessado na relação de obrigação e nas suas vicissitudes**, visto que estas se repercutirão na relação acessória de garantia. Agora, não há incompatibilidade com o pagamento executivo: o terceiro garante limita-se, neste caso, a suportar a penhora e a venda dos seus bens; mas o seu interesse nas vicissitudes da relação jurídica obrigacional mantém-se, **sem que isso implique necessariamente um interesse na liberação da garantia que prestou**, a fim de conservar no seu património os bens que podiam responder pela dívida. Aliás, o mesmo é defensável quanto ao adquirente do bem sujeito à ação pauliana (cf. art. 818.º CC), pelo que, em minha opinião, uma interpretação extensiva da previsão da primeira parte do preceito do art. 592.º-1 que o equipara ao terceiro garante impõe-se.

O interesse do *solvens* pode também consistir em evitar a perda, limitação ou afetação da consistência económica dum seu direito (aquele a que a garantia respeita ou outro).

E pode consistir em se substituir ao credor na titularidade dum direito de garantia de que o credor dispunha contra terceiro. É assim que, não sendo ele o único garante da obrigação, executados os seus bens, a sub-rogação concede ao fiador o poder de executar, não só os bens do devedor, nomeadamente (com o atributo da preferência) aqueles sobre os quais tenha sido constituída garantia real (art. 644.º CC), mas também os bens dos seus cofiadores (art. 650.º-1 CC), bem como aqueles sobre os quais incida garantia real prestada por terceiro (art. 639.º CC)(9). Generalizando, em todos os casos, não excetuados por lei, em que seja constituída mais do que uma garantia real, a sub-rogação funciona entre os proprietários dos

---

(9) O art. 639.º-1 CC concede ao fiador o direito de exigir a **execução prévia** das coisas sobre que recaia garantia real constituída por terceiro (Antunes Varela, *CC anotado*, I, n.º 1 da anotação ao art. 644.º). Por sua vez, o art. 639.º-3 CC recusa a este terceiro, após a execução, a sub-rogação nos direitos do credor contra o fiador. Tudo aponta para a excecionalidade deste nº 3: a recusa da sub-rogação contra o fiador ao proprietário do bem dado em garantia — e só a este contra aquele — inculca a ideia de que, em todos os outros casos de pluralidade de garantias, o efeito sub-rogatório se produz; a confirmá-lo, está a norma do art. 639.º-1 CC para a situação inversa, a qual, concedendo ao fiador o direito de execução prévia, não pode deixar de se entender que lhe concede, alternativamente, a sub-rogação quando não exerça esse direito, em situação paralela à do cofiador que, tendo pago integralmente a obrigação sem ter invocado o benefício da divisão, pode reclamar dos restantes as quotas deles no que exceda a sua própria quota (art. 650.º CC, n.os 2 e 3); finalmente, a razão de ser do preceito (a responsabilidade subsidiária do fiador perante a do terceiro proprietário do bem onerado) afasta qualquer dúvida que pudesse subsistir.

bens dados em garantia, tal como funciona entre o proprietário do bem garante que seja executado e o devedor([10]). Assim acontece, nomeadamente, no caso de **venda executiva da coisa empenhada**([11]).

Voltemos, à luz destes elementos racionais, à interpretação literal do texto do art. 592.º-1 CC. A expressão "por outra causa" não implica que também o terceiro garante **tenha de** estar diretamente interessado em satisfazer o crédito a fim de evitar a execução do bem dado em garantia, mas sim o reconhecimento de que esta situação **pode** ocorrer e, na previsão deste caso, os dois termos da alternativa (garante **ou** interesse direto) deixam de mutuamente se excluir: se assim não fosse, essa situação integraria, **ao mesmo tempo**, o primeiro (dada a existência da garantia) e o segundo (dada a verificação desse tipo de interesse). A expressão faz assim todo o sentido: a 2.ª situação da previsão da norma exclui a primeira e só se aplica quando não haja garantia prestada pelo *solvens*; havendo, o interesse subjacente à estatuição tem, como deixei dito, outro objeto (a própria relação principal de obrigação), sem constituir um requisito autónomo. Temos, pois, o fundamento de sub-rogação consistente na pura e simples existência da garantia prestada pelo *solvens* e o fundamento de sub-rogação consistente no interesse direto do *solvens* na satisfação do crédito, mas este só quando todo o património do *solvens* (fiança) ou alguns dos seus bens (hipoteca ou penhora) não garantam o crédito. As duas situações não se sobrepõem. "Por outra causa" significa, pois, **por qualquer razão** que não tenha a ver com a sujeição decorrente da existência duma garantia.

O termo "causa" não está, pois, usado no sentido subjetivo de **intenção** que leve à prática do ato, nem no de função típica deste (como acontece com a causa do negócio jurídico), embora comungue com esta segunda aceção uma perspetiva objetiva: prescinde da motivação concreta do terceiro, cuidando apenas da **justificação objetiva** do interesse do *solvens* ao efetuar a prestação. Pode por isso falar-se de um tipo, ou de tipos, de interesse, isto é, de razões que objetivamente justifiquem a substituição do terceiro ao devedor, independentemente das suas intenções subjetivas.

Paralelamente, para a primeira parte da previsão do art. 592.º-1 CC, a vontade de cumprir, característica do comportamento voluntário que não

---

([10]) Antunes Varela, *CC anotado*, I, n.º 1 da anotação ao art. 717.º.

([11]) Antunes Varela, *CC anotado*, I, n.º 6 da anotação ao art. 675; acs. do STJ de 14.3.17 (João Camilo), proc. 3088/07, do TRC de 13.11.12 (Alberto Ruço), proc. 749/08, do TRE de 12.9.19 (Francisco Xavier), proc. 590/17, e do TRL de 2.7.09 (Fátima Galante), proc. 1077/06; ac. do TRL de 19.11.19 (Luís Espírito Santo), proc. 4254/14, em *obiter dictum*.

se verifica no "cumprimento" forçado, é irrelevante, interessando apenas a situação de **extinção da dívida alheia à custa do terceiro garante**, pelo que não se pode exigir que o ato de cumprimento tenha por finalidade evitar a penhora e a alienação do bem abrangido pela garantia, a sua limitação ou sequer apenas a afetação da sua consistência económica ou a de outro bem do património do garante. Aliás, sendo certo que o "cumprimento" forçado prescinde da vontade do devedor, não é menos certo que o pagamento voluntário prescinde da vontade funcional, própria do negócio jurídico, como mostra o regime da restituição do indevido (arts. 476.º-1 e 477.º do CC): só se a obrigação não existir no momento da prestação, ou se for alheia, é que esta é repetível, relevando para tanto a intenção do *solvens* — de outro modo irrelevante só por si, ao contrário do que aconteceria se se exigisse a vontade negocial. Essa intenção mais não é do que a vontade do ato em si, independentemente do seu efeito, não se podendo falar, em sentido próprio, de uma causa do ato de cumprimento, mas só de uma função, como realização do interesse que a lei (e não o autor do ato) visa satisfazer mediante a produção dos efeitos que rigidamente lhe imputa(12).

Não se pode, pois, dizer que a intenção do *solvens* ao pagar releva para o ato de pagamento ou cumprimento (pagamento da dívida ou cumprimento da obrigação são sinónimos), ou que este tenha como causa essa intenção, mas sim que a função do ato é a realização do interesse do credor, independentemente dos efeitos laterais que ele, por lei, tenha.

A função do pagamento e do "cumprimento" executivo é, pois, exatamente a mesma e não se vê razão para que, perante a sua realização à custa do terceiro garante, o regime sub-rogatório não deva ser o mesmo. O interesse objetivo do terceiro constitui um pressuposto em qualquer das duas "causas" de sub-rogação, mas ele deve ser latamente entendido mediante interpretação extensiva do preceito do art. 592.º CC que não o reduza ao interesse na salvaguarda jurídica ou económica de bens próprios (como entendeu o acórdão de 2013: pp. 19-22): superando uma interpretação literal restrita do preceito, todo o terceiro diretamente interessado na relação obrigacional em causa é por ele abrangido, em entendimento, de qualquer modo, sempre mais circunscrito do que o do terceiro do art. 767.º-1 CC, que pode ter um interesse indireto nessa relação. Aliás, o interesse no pagamento mais não é do que uma consequência desse interesse na relação obrigacional. A interpretação da 1.ª parte do art. 592.º-1 CC só assim é **racional**.

---

(12) Cf. Lebre de Freitas, *A Confissão cit.*, p. 630, a articular com a nota 5 de p. 271; ver também p. 604.

4. Verificação no caso concreto do processo 1768/21

Tanto basta para concluir que os requisitos da sub-rogação se verificavam no caso dos acórdãos.

Aliás, mesmo que, além desses, fosse exigível, **como requisito autónomo**, o interesse do *solvens* garante da obrigação na aquisição das garantias que oneravam o devedor, as garantias reais constituídas pela devedora seriam suficientes para o justificar: a hipoteca constituída pela TVT sobre o Casal dos Pinheiros e o penhor de equipamentos mantinham-se, a favor da sub-rogatária, como garantias acessórias do direito de crédito sub-rogado. A não execução da garantia constituída pelo *solvens* garante não constitui, como vimos, o único interesse justificativo da sub-rogação pelo pagamento da dívida garantida, estando subjacente à 1.ª parte da previsão do art. 592.º-1 CC o interesse do *solvens* na relação obrigacional e nas suas vicissitudes([13]).

([13]) A nossa lei civil não optou por consagrar como norma geral (aplicável à sub-rogação voluntária e legal) a regra *nemo contra se subrogasse consetur*, isto é, a sub-rogação não pode dar-se em prejuízo do credor. Consagrada na lei alemã para a sub-rogação do fiador ao credor (§774, 1, 2.ª parte, da BGB) e na lei francesa para qualquer caso de sub-rogação (art. 1552.º CC francês), constitui entre nós mera norma **supletiva** da sub-rogação **voluntária** (pelo credor ou pelo devedor: arts. 589.º e 590.º do CC) quando a satisfação do crédito é parcial (art. 593.º-2 CC), não obstante a sua introdução ter sido pretendida com esse alcance mais vasto no Anteprojeto de Vaz Serra (*Sub-rogação cit.*, p. 66: "No caso de satisfação parcial, a sub-rogação não prejudica os direitos do credor ou do seu cessionário"). Significa esta norma que, **sendo a satisfação do crédito parcial**, o credor tem **preferência** relativamente ao *solvens* (Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, Coimbra, Almedina, 1995, II, pp. 346-347). Este mesmo alcance, apenas mais amplo por se aplicar também na sub-rogação legal, tem a norma no direito alemão (Larenz — Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, Beck, 1994, II 2, p. 15; Dieter Medicus, *Schuldrecht*, II, München, Beck, 1993, p. 242) e, bem expressamente, no direito francês ("A sub-rogação (…) não pode prejudicar o credor, quando tenha sido **pago em parte**": art. 1252.º). Sendo este o seu alcance, não é sustentável a sua aplicação a prejuízos **indiretos** do credor, inclusivamente quando, como no caso concreto, a dívida se tenha **totalmente** extinguido mediante a aquisição das ações da acionista (e de outras acionistas nas mesmas circunstâncias) ao exequente, que assim se tornou sócio da sociedade, não podendo constituir impedimento à transmissão sub-rogatória a eventual repercussão que o subsequente pagamento da sociedade ao ex-acionista tenha no valor económico da posição do novo acionista, ainda que limitando tal efeito na proporção da percentagem transmitida de 25,8% do capital social. Nem se compreenderia muito bem que, por um lado, o *solvens* devesse ter, na 2.ª situação prevista no art. 592.º-1 CC (o alcance da exceção seria geral) um interesse direto no cumprimento e, por outro, obstasse à sub-rogação um prejuízo indireto do credor.

5. Direito de regresso?

Se não existissem outras garantias e se continuasse a exigir a verificação do interesse do *solvens* garante da obrigação, não se poderia falar de sub-rogação, mas o *solvens*, ao pagar (voluntária ou forçadamente) em substituição do devedor, não poderia deixar de ter contra este o direito à restituição daquilo que paga: não se poderia já falar de aquisição derivada do direito satisfeito; mas tratar-se-ia dum direito constituído *ex novo* com o ato de pagamento.

Em último caso, tratar-se-ia do direito à restituição por enriquecimento sem causa, mas este instituto é, como se sabe, **subsidiário**, não tendo lugar quando a lei faculta ao empobrecido outro meio de ser restituído (art. 474.º CC). Sempre no pressuposto de que não se desse a sub-rogação, não haveria norma **expressa** a facultar a restituição; no entanto, a aproximação de outras situações levaria a conceder ao *solvens* o **direito de regresso**.

O direito de regresso tem a distingui-lo do direito emergente da sub-rogação subjetiva que já não é produto duma aquisição derivada (o mesmo direito transmite-se para o sub-rogatário), mas duma aquisição originária: o direito de regresso constitui-se *ex novo*, por isso não dispondo dos acessórios do crédito nem das garantias de que era titular o credor satisfeito. No entanto, esta dicotomia não pode fazer esquecer que ambos têm um **escopo comum**([14]), havendo uma "afinidade substancial nas suas raízes([15]), de tal modo que há sistemas jurídicos que não conhecem a distinção.

O direito de regresso é primacialmente concedido no âmbito das obrigações solidárias, nomeadamente passivas (art. 524.º CC), incluindo as relações entre cofiadores principais pagadores, bem como entre o devedor e o fiador principal pagador (arts. 640.º-*a*, 641.º e 650.º-1 do CC)([16]). Mas a lei concede-o igualmente em outras situações, como nas relações entre fiadores com o benefício da excussão prévia e entre estes e o devedor (arts. 644.º-1 e 650.º-1 do CC), assim como entre o vendedor demandado pelo consumidor que lhe comprou a coisa e aquele que lha vendeu (art. 7.º do DL 607/2003, de 8 de abril), o que mostra que extravasa o campo das obrigações solidárias.

([14]) Vieira Gomes, *Do pagamento com sub-rogação*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 123.

([15]) Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, Coimbra, Almedina, II, 7.ª ed., pp. 346-347.

([16]) Já não entre o avalista e o aceitante e demais obrigados na letra, pois o art. 32.º(3) da Lei Uniforme Relativa às Letras e Livranças concede a qualidade de sub-rogado ao avalista que pague a letra.

Se a lei não mantivesse o direito de crédito satisfeito na esfera jurídica do *solvens*, como efeito duma transmissão *ex lege* resultante do pagamento(17) e semelhante nos seus efeitos à cessão de créditos (nomeadamente quanto à transmissão de garantias e acessórios: arts. 582.º, 593.º e 594.º do CC), teria de se entender que o pagamento **por terceiro interessado** constituiria na esfera jurídica deste, *ex novo*, um direito de regresso, por **integração** baseada na analogia (art. 10.º-2 CC). Havendo assim causa justificativa do pagamento, não estaríamos perante um enriquecimento sem causa (art. 473.º-1 CC).

6. Interrupção da prescrição da obrigação de restituir por enriquecimento sem causa

Se, porém, não houvesse causa justificativa do pagamento por terceiro que devesse enriquecer o devedor à custa dele(18), ocorreria enriquecimento sem causa. Prescrevendo o direito à restituição no prazo de três anos a partir do enriquecimento (art. 482.º CC), ter-se-ia este prazo interrompido, por reconhecimento do direito pela devedora, ao inscrever nas suas contas, a favor do *solvens*, a quantia correspondente à que o credor obteria na execução dos bens empenhados?

Se o *solvens* fosse ainda, à data da prática desse ato contabilístico, titular das ações empenhadas, esse ato de reconhecimento teria sido claramente praticado **perante o titular do direito à restituição**, visto que das contas do ano é dado conhecimento aos sócios antes da assembleia geral que as aprova (isto abstraindo do conhecimento anterior que o *solvens* teria tido se fosse gerente da sociedade). Não o sendo, poderá considerar-se preenchido o requisito do reconhecimento constante do art. 325.º-1 CC?

Para solução desta questão, há que ter em conta que nos encontramos perante uma sociedade anónima, cujas contas são publicadas após a apro-

---

(17) O pagamento feito nos termos do art. 592.º-1 CC, ao mesmo tempo que, como qualquer pagamento, libera o devedor da obrigação, tem a particularidade de não a extinguir, operando uma transformação subjetiva na relação jurídica. Este efeito **automático** tem assim lugar no próprio momento do pagamento, não exigindo, como a sub-rogação voluntária, uma manifestação de vontade (do credor ou do devedor) **anterior** ao pagamento (arts. 589.º e 590.º do CC).

(18) Esta causa justificativa é obviamente reportada ao enriquecimento, não ao pagamento. Está em causa a **relação entre o enriquecido e o empobrecido**, não a relação entre este e o terceiro a quem haja pago: o locupletamento, medida da obrigação de restituição (arts. 473.º-2 e 479.º-1 do CC), é injusto quando não há fundamento jurídico para a persistência, nas relações entre enriquecido e empobrecido, dos efeitos da transferência patrimonial.

vação da assembleia geral, pelo que não estamos perante um ato meramente interno, mas perante um ato de **difusão pública** cuja seriedade não é duvidosa. Ao dar conhecimento público do balanço e contas anuais, com reconhecimento, nele, da dívida para com o *solvens*, a sociedade teve seguramente a **intenção** de reconhecer o direito de crédito do primeiro e, independentemente de esta declaração ter chegado ao conhecimento efetivo do credor, tal basta para que o requisito do reconhecimento perante ele ocorra.

Com efeito, esta exigência funda-se, tal como a do art. 358.º-2 CC para a confissão (feitas "à parte contrária **ou a quem a represente**"), na necessidade de garantir a **seriedade da declaração**. O art. 325.º-1 CC não exige assim uma declaração recetícia, caso em que teria de se provar que foi recebida pelo destinatário (art. 224.º-1 CC); basta-se com uma declaração emanada do declarante e com a sua direção, por este, por modo que o declarante entenda suscetível de a levar ao conhecimento do destinatário([19]). É manifesto que, ao inscrever o débito na sua contabilidade, a sociedade procedeu com a **intenção séria** de reconhecer a dívida perante o credor. Se assim não fosse e considerasse o crédito como inexistente ou duvidoso, não o teria inscrito nas contas ou tê-lo-ia feito na rubrica de créditos duvidosos ou contingentes, a título de **provisão** para cobertura do risco de vir a ser reconhecido([20]). Não o tendo feito, a inscrição não se deu

---

([19]) Relativamente à confissão, entende-se que o termo "representante" abrange, não só o **real** representante, mas também o representante **putativo** e ainda, numa vertente subjetiva, qualquer pessoa que o confitente **considere capaz de transmitir** a confissão à parte contrária (minha obra *A confissão cit.*, pp. 218-221). O mesmo relativamente ao ato de reconhecimento do direito na interrupção da prescrição (*idem*, pp. 462-463).

([20]) Vigorava, em 2007, o Plano Oficial de Contabilidade (POC), aprovado pelo DL 47/77, de 7 de fevereiro, e revisto pelo DL 410/89, de 21 de novembro. Nas considerações técnicas feitas nas notas explicativas do primeiro diploma, previa-se, sob o n.º 7, rubricas de provisões, relativas a elementos do ativo ou a encargos, abrangidas pela conta 29 do Código de Contas (n.º X do "Trabalho"), sob a designação "provisões para cobranças duvidosas e outros riscos e encargos", entre as quais as relativas a "processos jurídicos e causas" (subconta 2922) e a "riscos e encargos diversos" (subconta 2929). Por sua vez, dos devedores e credores certos tratava a conta 26. O DL 410/89 manteve, na mesma conta 29, a designação "provisões para riscos e encargos", explicitando que "esta conta serve para reportar as responsabilidades derivadas dos riscos de natureza específica e provável (contingências)", enquanto a conta 26 passou a abranger "outros [depois de alguns tipificados nas contas anteriores] devedores e credores" certos. O DL 410/89 foi revogado pelo DL 158/2009, de 13 de julho, que aprovou, em substituição do POC, o Sistema de Normalização Contabilística (SNC), que prevê, no seu n.º 4.1, a publicação, por portaria, do Código de Contas (aprovado pela Portaria 1011/2009, de 9 de setembro). O n.º 29 deste código tem o título de "Provisões", entre as quais, designadamente, a subconta 293 para "processos judiciais em curso" e a 298 para "outras provisões". Nas respetivas "Notas de enquadramento", explica-se que "esta conta [29] serve para reportar as responsabilidades cuja natureza esteja claramente definida e que à data do balanço sejam **de ocorrência provável** ou certa, mas

a título prudencial, mas como correspondente a uma **dívida existente**. Para o efeito, pouco importa que as contas tenham sido materialmente elaboradas por um técnico de contas e fiscalizadas por um ROC, uma vez que são levadas para aprovação à assembleia geral pelo conselho de administração (arts. 376.º-1-*a*, 406.º-*d* e 407.º, n.os 2 e 4, do CSC) e que a este, ao seu administrador delegado ou a uma comissão executiva cabe assegurar a execução, incluindo as publicações obrigatórias, das deliberações por esta tomadas (arts. 405.º-1 e 407.º, n.os 1 e 3, do CSC)(21).

Se, portanto, fosse aplicável o instituto do enriquecimento sem causa, o reconhecimento do direito prescribendo teria impedido a formação da fatispécie da prescrição, mediante a paralisação, por interrupção, do prazo que a ela levaria(22).

---

incertas quanto ao seu valor ou data de ocorrência (*vide* NCRF21 — Provisões, passivos contingentes e ativos contingentes — e NCRF26 — Matérias ambientais)". A norma 21 da NCFR (Normas Financeiras e de Relato Financeiro) tem por base a Norma Internacional de Contabilidade IAS 37, adotada pelo texto original do Regulamento (CE) 1126/2008 da Comissão, de 3 de novembro, e nela se distingue a provisão ("passivo de tempestividade ou quantia incerta") do passivo contingente ("obrigação possível que provenha de acontecimentos passados e cuja existência somente será conformada pela ocorrência ou não de um ou mais acontecimentos futuros incertos não totalmente sob controlo da entidade" ou uma "obrigação presente que decorre de acontecimentos passados, mas que não é reconhecida"). Entretanto, bem separadas da conta 29 do Código de Contas do POC e do Código de Contas do SNC (bem como das normas 21 e 26 do NCRS), as contas 21 (clientes), 22 (fornecedores), 23 (pessoal), 24 (Estado e outros entes públicos), 25 (financiamentos obtidos), 26 (acionistas/sócios), 27 (outras contas a receber e a pagar) e 28 (diferimentos) dos mesmos códigos de contas tratam dos créditos e dívidas constituídos **de ocorrência certa**. Temos, portanto, que, relativamente aos credores não tipificados, o registo dos seus créditos como **certos** se fazia no POC na conta 26 e se faz no SNC na conta 27, enquanto o dos **incertos** (provisões e créditos contingentes) continua a fazer-se na conta 29. Ora foi precisamente na conta 27 que o débito foi, desde 2009 (com referência, embora, ao ano de 2007), inscrito, na mesma conta tendo sido também inscritos os créditos dos restantes sócios cujas quotas foram penhoradas na execução do mesmo crédito.

(21) Duas palavras ainda sobre a competência do STJ para alterar, nos termos do art. 682.º-2 CPC, as respostas dadas pelas instâncias quanto ao ponto de facto consistente em saber se a TVT havia reconhecido na sua contabilidade o crédito pretendido pela autora. Basearam-se para tanto as instâncias em depoimentos testemunhais e atas do conselho de administração meramente internas, não destinadas a publicação ou outro modo de comunicação a terceiros. Ora os depoimentos testemunhais não podiam valer contra a prova plena decorrente da confissão; quanto às atas, a terem o alcance de exprimir uma limitação do sentido da declaração confessória, tal corresponderia a uma reserva mental, figura, que, a ser relevante perante uma declaração de ciência, como a do confitente, implicaria, nos termos gerais, o seu conhecimento pelo beneficiário da confissão (arts. 244.º-2 e 359.º-1 do CC). A subsunção do caso na previsão do art. 682.º-2 CPC não era duvidosa.

(22) *A confissão cit.*, p. 460.

7. Conclusões

1. O efeito da sub-rogação pressupõe literalmente o cumprimento da obrigação (por pagamento ou outro modo de extinção).

2. O cumprimento forçado do processo executivo constitui ainda um cumprimento, ou melhor, por faltar a vontade de quem cumpre, um seu sucedâneo.

3. O interesse direto do terceiro, exigido pelo art. 592.º-1 CC para a 2.ª situação da sua previsão e inerente à 1.ª situação nele prevista, é um interesse objetivo e sempre cumulável com o interesse, também objetivo, do credor, seja o cumprimento voluntário ou forçado; neste caso, o terceiro limita-se a suportar a penhora e a venda, mas o facto de não exercer atividade não elimina esse seu interesse objetivo.

4. O interesse do garante pode consistir na liberação da garantia prestada, conservando os bens do seu património que a ela estavam afetos (todos no caso da fiança; o objeto da garantia, quando esta é real), em evitar a perda, limitação ou afetação da consistência económica dum seu direito ou até em se substituir ao credor na titularidade dum direito de garantia de que o credor disponha contra terceiro.

5. Entre fiadores e entre fiador e devedor, a lei é expressa em conceder a sub-rogação (arts. 644.º e 650.º-1 do CC).

6. Ao invés, recusa-a no caso do art. 639.º-3 CC: executado o autor da garantia real, é excluída a sub-rogação dele nos direitos do credor contra o fiador, mostrando esta norma, por um lado, que o cumprimento voluntário e o forçado são colocados no mesmo plano e, por outro, dada a sua formulação, que se trata duma norma excecional, o que o art. 639.º-1 CC corrobora (direito de execução prévia na situação inversa), tendo em conta a paralela ligação entre o direito de divisão prévia e o direito de regresso (art. 650.º, n.os 2 e 3).

7. Assim, em interpretação *a contrario*, nos casos de mais do que uma garantia real, a sub-rogação funciona entre os proprietários dos bens dados em garantia, tal como entre o autor da garantia real que seja executado e o devedor.

8. A garantia referida no final do n.º 4, justificativa do interesse da sub-rogação, pode consistir em outra garantia, constituída a par

da que onerava o *solvens* ou os seus bens (vários penhores, penhor e fiança, etc.).

9. No caso concreto, a transmissão do crédito para o *solvens* teve para este o interesse de manter a garantia da hipoteca constituída pela devedora, o que é suficiente para justificar o efeito sub-rogatório.

10. Se assim não fosse, talvez não se pudesse falar de sub-rogação, mas o *solvens*, não deixando de ser um terceiro interessado, nos termos do art. 767.º-1 CC, teria direito de regresso contra o devedor — direito que só se distingue do decorrente da sub-rogação por se constituir *ex novo* com o ato de cumprimento e que tem um escopo comum à sub-rogação.

11. Este direito de regresso não se confunde com o direito à restituição por enriquecimento sem causa: o instituto do enriquecimento sem causa só tem lugar quando a lei não faculta ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído (art. 474.º CC); mas, no caso em apreciação, embora a lei não seja expressa em concedê-lo, como é na relação entre devedores solidários (incluindo cofiadores ou o devedor e o fiador principal pagador) e ainda, como se vê nos arts. 644.º e 650.º-1 do CC, entre fiadores com o benefício da excussão prévia ou entre estes e o devedor (e também entre o vendedor demandado pelo consumidor que lhe comprou e aquele que lhe vendeu a coisa: art. 7.º do DL 607/2003, de 8 de abril), teria de se entender, por integração baseada em analogia, haver direito de regresso quando a sub-rogação não pudesse jogar (cf. art. 650.º, n.os 2 e 3, CC).

12. O acórdão do STJ errou, pois, ao julgar que a sub-rogação não se dá no caso da execução, nomeadamente em benefício do terceiro proprietário do bem executado com fundamento em garantia real constituída, e, assim entendendo, ao não considerar o direito de regresso que o *solvens* teria se não se desse a sub-rogação.

13. Com o mesmo acórdão é de concordar na parte em que decidiu, na base da verificação do direito à restituição por enriquecimento sem causa, que o prazo prescricional de três anos do art. 482.º CC foi interrompido pelo reconhecimento do direito pela devedora, ao inscrever nas suas contas publicadas, a favor do *solvens*, a quantia correspondente à que o credor obteve na execução dos bens empenhados, ficando assim impedida a for-

mação da fatispécie da prescrição, mediante paralisação do prazo que a ela levaria.

14. A exigência do art. 325.º-1 CC de que o direito sujeito à prescrição seja reconhecido "perante o respetivo titular" funda-se, tal como a do art. 358.º-2 CC para a confissão "feita à parte contrária ou a quem a represente", na necessidade de garantir a seriedade da declaração, pelo que esta não constitui uma declaração recetícia (art. 224.º-1 CC), bastando-se com a sua emanação do declarante e a sua direção, por este, ao titular do direito, por algum modo que implique a intenção de reconhecer o direito.

Jurisprudência dos Conselhos

Consulte os pareceres do Conselho Geral e do Conselho Superior no portal da Ordem dos Advogados: <https://portal.oa.pt/advogados/pareceres-da-ordem/conselho-geral/20232025/>
Ou através do QR Code

Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

No âmbito do processo legislativo sempre que, nos termos do artigo 3.º, alínea *j*) do EOA, a Ordem dos Advogados é "ouvida sobre os projetos de diplomas legislativos que interessem ao exercício da advocacia e ao patrocínio judiciário em geral e propor como alterações legislativas que se entendam convenientes" são emitidos os respetivos pareceres os quais se encontram disponíveis em: <https://portal.oa.pt/advogados/pareceres-da-ordem/processo -legislativo/2024/>
Consulte através do QR Code

Vida Interna

Regulamento n.º 1403-A/2024, 4 de dezembro — Aprova o Regulamento Eleitoral da Ordem dos Advogados.
<https://portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/>
Consulte através do QR Code

REVISTA
da Ordem dos Advogados



80 Anos de sabedoria
80 Anos de conhecimento jurídico

A ROA através do formulário online disponível em ***www.oa.pt***

SUBSCREVA!

Revista em suporte papel mediante assinatura com entrega no domicílio profissional

Revista em suporte E-book enviada gratuitamente para todos os Advogados com a inscrição activa e sem quotas em dívida

O prazo de entrega da ROA depende do planeamento editorial definido, da edição, revisão de textos a publicar e respectiva impressão.

Todos os números da ROA, publicada desde 1941, disponíveis no portal da OA