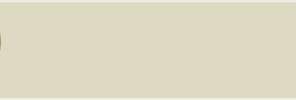


Data enia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

12 
2021



Publicação científico-jurídica
em formato digital
ISSN 2182-8242

Periodicidade anual
N.º 12 — Ano 2021

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registada n.º 486523 – INPI

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da *Data Venia* nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respetivos Autores.

Índice

- DIREITO ADMINISTRATIVO
- 005** *Do dever (ou não) de regulamentar - o caso da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho*
Ricardo Novais Vilas Boas, Jurista
- DIREITO DA SEGURANÇA SOCIAL E CONSTITUCIONAL
- 029** *A proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice no ordenamento jurídico português*
Cláudia Isabel Ferraz Dias Matias, Mestre em Direito e Advogada
- DIREITO DESPORTIVO E DIREITO CIVIL
- 073** *E-Sports: Direitos de Arena e de Imagem dos Cyber-Aletas*
André Augusto Duarte Monção, Especialista em Direito Desportivo e Mestrando em Ciências Jurídicas
- DIREITO COMERCIAL
- 121** *Manifestações Legais da Desconsideração da Personalidade Jurídica nas Pessoas Coletivas*
Vasco António Martins Carrão, Mestrando em Direito dos Contratos e da Empresa e Advogado Estagiário
- DIREITO LABORAL
- 141** *Videovigilância no local de trabalho*
Anabela Luna de Carvalho, Juíza Desembargadora
- DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES
- 175** *Regime geral das contraordenações - Uma análise à questão da remissão para a lei penal*
Marcos Carvalho, Jurista e Mestrando em Direito Judiciário
- DIREITO DAS COISAS
- 191** *A utilidade do art.º 48.º, da Lei 75/2017, de 17-08 nas questões de baldios*
Gonçalo Duarte, Advogado
- DIREITO DO ARRENDAMENTO
- 203** *Resolução do contrato pelo senhorio: falta de pagamento da renda*
Mércília Pereira Gonçalves, Mestranda em Direito e Notária Estagiária
- DIREITO DOS CONTRATOS
- 227** *A locação financeira dos bens de consumo*
Joana Catarina da Cunha Lobo, Licenciada em Solicitadoria
- PROCESSO PENAL
- 237** *A relação das normas de processo civil com os princípios do processo penal*
David Emanuel da Silva Cameira, Jurista e Mediador de Conflitos
- DIREITO CONSTITUCIONAL
- 241** *O princípio da separação de poderes: onde está o poder judicial? (Breves notas)*
Naldemar Lourenço, Mestre em Direito, Magistrado do Ministério Público (Angola)

Índice

DIREITO DA FAMÍLIA

- 273** *As doações entre cônjuges na vigência do regime da separação judiciais e bens e a sua conversão em divórcio: revogação e caducidade*

Mercília Pereira Gonçalves, Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa

Ana Cristina Sampaio Lemos, Mestranda em Direito dos Contratos e da Empresa

DIREITO SOCIETÁRIO E DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

- 287** *As prestações acessórias e suas implicações notariais, fiscais e registais*

Vitor Câmara, Notário



Do dever (ou não) de regulamentar

O caso da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho

Ricardo Novais Vilas Boas
Jurista

RESUMO: O objetivo do presente texto é analisar a Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, que vem estabelecer o reconhecimento e proteção de estabelecimentos e entidades de interesse histórico e cultural ou social local, com vista a concluir pelo dever (ou não) da emissão de regulamentos municipais, pelas autarquias locais, ao abrigo da mencionada Lei, e nessa sequência avaliar os meios jurisdicionais aplicáveis

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo, Lojas Históricas, Regulamentos.

ABSTRACT: The purpose of this text is to analyze Law No. 42/2017, of 14 June, which establishes the recognition and protection of establishments and entities of local historical and cultural or social interest, with a view to concluding by duty (or not) of the issuance of municipal regulations, by the local authorities, under the aforementioned Law, and then evaluate the applicable jurisdictional means.

KEYWORDS: Administrative Law, Historical Stores, Regulations.

INTRODUÇÃO:

Partindo da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho¹, que vem estabelecer o reconhecimento e proteção de estabelecimentos e entidades de interesse histórico e cultural ou social local, pretende-se analisar do dever (ou não) da emissão de regulamentos municipais, pelas autarquias locais, ao abrigo da mencionada Lei, e nessa sequência avaliar os meios jurisdicionais aplicáveis.

A escolha do tema prende-se com o facto da questão ter surgido em contexto profissional², sendo que, na presente data, correm os seus termos ações administrativas, junto do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, onde é levantada esta problemática, com possíveis implicações na validade dos atos administrativos de reconhecimento e proteção já praticados.

De facto, a questão tem relevante importância na medida em que uma vez praticados atos administrativos de reconhecimento e proteção de estabelecimentos comerciais, por parte das autarquias locais, estes poderão ser declarados nulos, ou não, **consoante se conclua pela natureza obrigatória ou facultativa da emissão do regulamento municipal que discipline a matéria do reconhecimento.**

Estrutura do trabalho:

No **Capítulo I** faz-se uma breve exposição sobre regulamentos administrativos, a administração local, e os meios jurisdicionais previstos.

O **Capítulo II** fornece uma visão geral da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho.

O **Capítulo III** debruçar-se-á sobre a natureza da regulamentação prevista na Lei n.º 42/2017, de 14 de junho.

No **Capítulo IV** analisaremos a possibilidade da utilização da figura da diretiva interna.

No **Capítulo V** estarão as notas conclusivas, designadamente se o ato administrativo de reconhecimento e proteção do estabelecimento comercial carece ou não da emissão prévia de um regulamento administrativo, por parte da autarquia local.

¹ Doravante poderá ser designada por Lei.

² Enquanto jurista na Divisão Municipal de Contencioso da Câmara Municipal do Porto.

CAPÍTULO I: OS REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS

Todos sabemos que as autarquias locais – municípios e freguesias - dispõem de poder regulamentar próprio. Esta competência tem fonte constitucional - artigo 241.º da Constituição da República Portuguesa (CRP)³ -, ao estipular que as autarquias locais dispõem poder regulamentar próprio nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar.

O poder regulamentar próprio significa a competência das autarquias locais para aprovar os regulamentos que entendam necessários para disciplinar os mais variados aspetos da vida local, desde que essa regulação caiba no quadro das suas atribuições autárquicas⁴ e sempre em obediência: (i) aos princípios e normas da Constituição, (ii) as leis aplicáveis (princípio da legalidade) e (iii) aos regulamentos emanados do governo - n.º 1 do art.º 138.º do Código do Procedimento Administrativo⁵ (CPA) - e de autarquias de grau superior - n.º 2 do art.º 138.º, n.º 2 do CPA.

O Regime Jurídico das Autarquias Locais (RJAL) atribui aos órgãos deliberativos das autarquias locais, a assembleia municipal – alínea g) do n.º 1 do art.º 25.º do RJAL e assembleia de freguesia – alínea f) do n.º 1 do art.º 9.º do RJAL- e das entidades intermunicipais – conselho metropolitano – alínea m) do n.º 1 do art.º 71.º do RJAL e conselho intermunicipal – alínea q) do n.º 1 do art.º 90.º do RJAL – a competência para a aprovação dos regulamentos externos.

A doutrina tem vindo a definir regulamento administrativo como quaisquer

³ A Constituição da República Portuguesa de 2 de Abril de 1976, na redação que lhe foi dada pelas Leis Constitucionais n.º 1/82, de 30 de Setembro, 1/89, de 8 de Julho, 1/92, de 25 de Novembro, 1/97, de 20 de Setembro, 1/2001, de 12 de Dezembro, e 1/2004, de 24 de Julho, e 1/2005, de 12 de agosto.

⁴ Regime Jurídico das Autarquias Locais (RJAL), aprovado em anexo à Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, na sua atual redação, distribui os poderes de intervenção no procedimento regulamentar por diversos órgãos.

⁵ Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, na sua atual redação.

normas emanadas pelos órgãos ou autoridades competentes no exercício da função administrativa, com valor infralegal “regulamentar” e destinadas, em regra, à aplicação das leis ou de normas equiparadas, tais como as disposições normativas diretamente aplicáveis da União Europeia.

Quanto à produção dos seus efeitos/eficácia ou seja, quanto ao âmbito dos seus destinatários ou obrigados, os regulamentos podem classificar-se em regulamentos internos e regulamentos externos: **(i) regulamentos internos** dirigem-se a órgãos integrados na mesma pessoa coletiva pública do órgão autor do regulamento ou seja, são regulamentos que se limitam a disciplinar a organização ou funcionamento de uma pessoa coletiva ou de um órgão, na medida em que não tenham carácter relacional, nem envolvam dimensões pessoais, bem como os regulamentos operacionais que determinam autovinculações internas (incluindo diretrizes de órgãos superiores) na interpretação e aplicação das leis, designadamente no exercício de poderes discricionário e **(ii) os regulamentos externos** visam produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros (quer particulares quer outras entidades públicas), possuindo eficácia externa, ou seja, são regulamentos aplicáveis a quaisquer relações intersubjetivas (também às relações interadministrativas).

O CPA apenas considera sujeitos ao procedimento do regulamento administrativo nele previsto os regulamentos externos, definindo-os como as normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos – art.º 135.º do CPA.

O CPA estabelece um prazo de 90 dias para emissão/aprovação de regulamento nos casos em que a adoção de um regulamento seja necessária para dar exequibilidade a ato legislativo carente de regulamentação, sempre que a lei não fixe expressamente um prazo diferente para o efeito - n.º 1 do art.º 137.º do CPA.

O CPA está aqui a considerar apenas e especificamente os regulamentos

executivos ou de execução da lei, [ou seja, os regulamentos] que são necessários à execução, ou pelo menos, à boa execução, das leis: organizam procedimentos, pormenorizam, interpretam ou integram lacunas (por analogia, no quadro da lei respetiva) de leis específicas. *São regulamentos que estabelecem condições para a aplicação prática de uma lei, regulando aspetos de pormenor, e dão resposta a questões técnicas que a lei deixou em aberto. Limitam-se, portanto, a extrair consequências de uma lei que os precede.*

Quanto aos demais regulamentos, a lei deixa aos órgãos competentes para (desencadear) o procedimento do regulamento a escolha, de acordo com o seu critério de oportunidade e conveniência, do momento que entenda adequado para tal.

Há porém que atentar que as sentenças de condenação à emissão de normas podem, elas próprias, fixar um prazo para aprovação do regulamento, prorrogável judicialmente – n.º 4 do art.º 95.º do Código do Processos nos Tribunais Administrativos (CPTA), para além da previsão de aplicação de sanção pecuniária compulsória – n.º 2 do art.º 169.º - que é aplicável a todos os membros do órgão ao qual caiba a iniciativa regulamentar – n.º 3 do art.º 169.º CPTA, como forma de prevenir a violação desse prazo.

Efetivamente a definição de uma situação jurídica que imponha *a emissão de “regulamento devido”, constante do n.º 1 do art.º 137.º é suficientemente ampla para nela caberem várias situações distintas. Na verdade, o regulamento será devido quando a adoção do mesmo seja “necessária para dar exequibilidade a ato legislativo carente de regulamentação”. Deve, por conseguinte, excluir-se a possibilidade de ocorrência de uma omissão no caso de não ser editado um regulamento independente pese o facto de essa edição ser determinada por uma obrigação fixada por lei. O preceito é claro em referir-se à necessidade de dar exequibilidade ao ato legislativo em sede de regulamentação, realidade que apenas se aplica aos regulamentos de execução, tal como ocorre, aliás com o n.º 1 do art.º*

77º do CPTA.⁶

Efetivamente nem sempre é fácil identificar as situações de omissão do dever de regulamentar. *Grosso modo*, temos as seguintes situações: (1) A lei prevê uma data para a emissão de regulamento executivo de normas que dele careçam e a Administração não observa o prazo; (2) A lei prevê a sua regulamentação, mas não estipula prazo pelo que é aplicável o prazo previsto no art.º 137.º do CPA, verificando-se posteriormente o incumprimento deste prazo pelo órgão competente para o exercício do poder regulamentar, e por último (3) a lei não prevê a emissão de regulamentação, mas da interpretação da lei, da sua densidade e linguagem o intérprete conclui que a sua exequibilidade é inviável sem que sejam emitidos critérios normativos densificadores constantes de uma indispensável regulamentação que não foi emitida.

CAPÍTULO II: A LEI N.º 42/2017, DE 14 DE JUNHO.

O novo Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, particularmente na sua redação decorrente das alterações introduzidas em 2012 e 2014, não prevê, infelizmente, nenhum regime que vise assegurar a proteção do comércio local tradicional quando este reveste características marcantes e traços identificadores da vivência histórica e cultural das cidades.

Foi neste quadro e na necessidade de existirem políticas públicas dirigidas ao apoio a estas atividades económicas, dinamizadoras dos centros urbanos, criadores de emprego e fontes de atração de investimento que no dia 14 de junho de 2017 foi publicada, em Diário da República, a Lei n.º 42/2017, que estabelece

⁶ Carlos Blanco de Morais, *Novidades em matéria da disciplina dos regulamentos no código de procedimento administrativo*.

um novo regime cujo objeto é o reconhecimento e proteção de estabelecimentos e entidades de interesse histórico e cultural ou social local.

Estamos perante um novo enquadramento jurídico que visa inovatoriamente permitir a viabilização do funcionamento de lojas históricas nos centros urbanos, dadas as preocupações de natureza histórica e cultural que urgem face ao seu possível desaparecimento, contribuindo assim para a sua continuidade.

O âmbito de proteção da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, tanto abrange estabelecimentos, como entidades (ex: associações), desde que revestidas de valor histórico e cultural ou social local, integrando uma das categorias previstas: «Estabelecimentos de interesse histórico e cultural ou social local», comumente designados por “lojas históricas”, e «Entidades de interesse histórico e cultural ou social local».

O **reconhecimento** de interesse histórico e cultural ou social local de estabelecimentos ou de entidades é **concedido pelo município**, após um período de consulta pública, sendo válido por períodos sucessivos de, pelo menos, 4 anos, automaticamente renováveis.

No uso do novo conceito e metodologia iniciada pelo art.º 148.º do CPA⁷, também a Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, utiliza um conjunto de conceitos operacionais como *loja histórica* ou *comércio tradicional*, que têm como finalidade conferir densidade conceptual à disciplina prescritiva.

No âmbito das competências – art.º 3.º da Lei – temos uma divisão daquilo que é a competência dos municípios – n.º 1 do art.º 3.º - e daquilo que é a competência do Estado – n.º 2 do art.º 3.º. Para o que aqui nos interessa é a competência dos Municípios, entre outras, no âmbito da gestão urbanística e preservação do património, **proceder ao inventário e ao reconhecimento** dos

⁷ Para efeitos do disposto no presente Código, consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta.

estabelecimentos e das entidades de interesse histórico e cultural – alínea a) do n.º 2 do art.º 3.º, **assim como aprovar os regulamentos municipais pertinentes** – alínea c) do n.º 2 do art.º 3.º.

A Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, fixa **critérios gerais** a que deve obedecer os efeitos do reconhecimento de um estabelecimento ou de uma entidade como de interesse histórico e cultural ou social local – n.º 1 do art.º 4.º. Cada um desses critérios deve ser apreciado e avaliado em função dos elementos enumerados respetivamente nas alíneas que os compõem – número 2,3, e 4 do art.º 4.º. Os critérios, nos termos do n.º 1 do artigo 4.º, são a **atividade** – alínea a) – o **património material** – alínea b) - e o **património imaterial** – alínea c), devendo cada um destes critérios ser apreciado e avaliado em função dos elementos enumerados, respetivamente, nas alíneas que compõem, os números 2, 3 e 4 do mesmo artigo. Da leitura do art.º 4.º, rapidamente concluímos que os critérios previstos estão configurados como **conceitos indeterminados**⁸ e **de carácter vago**.

A Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, é um exemplo de técnica legislativa claramente marcada pelo que se designa como textura aberta⁹ do ordenamento jurídico-administrativo, técnica na qual assumem relevância a incremental utilização, e relevância, dos princípios jurídicos face às regras, por um lado, e o crescente lançar mão de conceitos abertos, de cariz polissémico e indeterminado, nos quais vai implicado um também crescente reconhecimento às entidades

⁸ Os conceitos indeterminados *apresentam uma compreensão muito ampla*. A concretização do seu conteúdo fica assim na escolha do seu intérprete e aplicador. Tal não significa uma liberdade de escolha dado que a lei quando utiliza estes conceitos fornece critérios de interpretação dos quais o aplicador não se pode desviar. Nestes termos, e como bem afirma, **MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA** “Direito Administrativo”, Vol. I, Lisboa, 1980, pág. 246., o intérprete não dispõe de *qualquer margem de livre escolha, tendo antes que procurar conhecer a mens legis e atuar na sua conformidade: o sentido a adotar na interpretação é um único, pelo que a atividade interpretativa é algo de profundamente diferente – senão contrário – da discricionariedade*.

⁹ **PAULO OTERO**, Manual de Direito Administrativo, vol. I, Lisboa, 2013, p. 128,

administrativas e, por isso, às estruturas orgânicas que as compõem de uma maior latitude de ação e discricionariedade.

Tal como não podia deixar de ser tal terá efeitos no âmbito das reações no plano contencioso dado que o legislador, em homenagem à separação de poderes constitucionalmente consagrada¹⁰, remete à função jurisdicional a competência para sindicar aquelas vertentes ou aqueles aspetos da conduta dos órgãos administrativos que pressuponham ou, de algum modo, (co) envolvam a apreciação dos juízos próprios da função administrativa, ou seja os juízos, ponderações ou opções que manifestem ou, de algum modo, impliquem considerações de mérito, de conveniência ou de oportunidade.

Uma vez atribuído o reconhecimento, o estabelecimento é objeto de medidas de proteção, tais como: concessão de benefícios ou isenções fiscais aos proprietários, concessão de direito de preferência aos municípios e aos arrendatários, acesso a programas de apoio municipais e nacionais, entre outras.

CAPÍTULO III: A NATUREZA DA REGULAMENTAÇÃO PREVISTA NA LEI N.º 42/2017, DE 14 DE JUNHO.

O regulamento é uma decisão de um órgão da administração pública que, ao abrigo de uma norma de direito público, produz efeitos jurídicos em situações gerais e abstratas. Deste modo podemos dizer que são normas que emanam de autoridades competentes no exercício da função administrativa.

Como tal, podemos dizer que se trata de um ato unilateral, positivo e imaterial. É um ato de administração na medida em que o regulamento é emitido por um órgão administrativo. É um ato jurídico, na medida em que visa produzir efeitos jurídicos. É um ato de gestão pública, uma vez que emana de normas de

¹⁰ n.º 2 do art.º 266.º da Constituição da República Portuguesa: *os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.*

direito público. Consideram-se assim regulamentos administrativos as normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos. São, fundamentalmente, normas jurídicas, que se dirigem a uma pluralidade indeterminada de sujeitos e referem-se a todas as situações que podem enquadrar-se nas suas hipóteses¹¹.

A lei habilitante é fundamento do regulamento. A emissão de regulamentos depende sempre de lei habilitante. Os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou, no caso de regulamentos independentes, as leis que definem a competência subjetiva e objetiva para a sua emissão. As autarquias locais – municípios e freguesias - dispõem de poder regulamentar próprio. É quanto resulta do artigo 241.º da Constituição da República, ao dizer que as autarquias locais dispõem poder regulamentar próprio nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar.

Na sequência da repartição de competências entre os municípios e o Estado, os artigos 3.º e 5.º da Lei, dando corpo, no plano intersistemático, à competência genericamente prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º, **defere aos municípios a faculdade de emissão de normaçaõ regulamentar, por via da concatenaçaõ atuante da câmara municipal - órgão propulsivo - e assembleia municipal - órgão deliberativo**. Determina-se assim que **compete à câmara municipal** a classificação de um estabelecimento comercial ou de uma entidade sem fins lucrativos.

Estamos perante um mecanismo idêntico ao previsto no RJAL a competência para a emissão de regulamentos externos assenta na articulação - interorgânica - entre a câmara e a assembleia municipal, por via da qual assiste àquela a iniciativa de desencadear, mediante proposta, o procedimento e a esta a atuação constitutiva propriamente dita, por via da deliberação dita -

¹¹ Artigo 135.º do CPA.

impropriamente – de aprovação do regulamento, conforme previsto respetivamente, nos artigos 33.º, n.º 1, alínea k) e 25.º, n.º 1, alínea g) do RJAL.

A doutrina define regulamento administrativo como quaisquer normas emanadas pelos órgãos ou autoridades competentes no exercício da função administrativa, com valor infralegal (“regulamentar”) e destinadas, em regra, à aplicação das leis ou de normas equiparadas (designadamente, das disposições normativas diretamente aplicáveis da União Europeia)¹².

Quanto à projeção dos seus efeitos (eficácia) ou seja, quanto ao âmbito dos seus destinatários ou obrigados, os regulamentos podem classificar-se em **regulamentos internos e regulamentos externos**. Os **regulamentos internos** *dirigem-se a órgãos integrados na mesma pessoa coletiva pública do órgão-autor do regulamento ou seja, são regulamentos que se limitam a disciplinar a organização ou funcionamento de uma pessoa coletiva ou de um órgão, na medida em que não tenham carácter relacional, nem envolvam dimensões pessoais, bem como os regulamentos operacionais que determinam autovinculações internas (incluindo diretrizes de órgãos superiores) na interpretação e aplicação das leis, designadamente no exercício de poderes discricionários*. Os **regulamentos externos**, visam produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros (quer particulares quer outras entidades públicas), possuindo eficácia externa, ou seja, são regulamentos aplicáveis a quaisquer relações intersubjetivas (também às relações interadministrativas). Nota para o facto do Código do Procedimento Administrativo (CPA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, apenas considerar sujeitos ao procedimento do regulamento administrativo nele previsto os **regulamentos externos**, definindo-os como as normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos - art.º 135.º CPA. Assim a existir uma regulamentação prevista na Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, esta terá, sem sombra de dúvida,

¹² JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Lições de Direito Administrativo, 5ª edição, 2017, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra.

natureza externa, dado que é suscetível de produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros, devendo assim cumprir o procedimento administrativo¹³ de aprovação previsto no CPA – artigos 97.º a 101.º.

Os **regulamentos complementares ou de execução** consubstanciam uma tarefa de pormenorização, de detalhe e de complemento do comando legislativo, dando o desenvolvimento, operado por via administrativa, da previsão legislativa, tornando possível a aplicação do comando primário às situações concretas. Os regulamentos complementares ou de execução podem, por sua vez, ser *espontâneos ou devidos*¹⁴. No primeiro caso, a lei nada diz quanto à necessidade da sua concretização. Em qualquer caso, se a Administração o entender adequado e para tanto dispuser de competência, poderá editar um regulamento de execução. No segundo, é a própria lei que impõe à Administração a tarefa de desenvolver a previsão do comando legislativo.

Importa saber então, num primeiro momento, se existe a obrigação de regulamentar ou dito de outro modo, se existe uma obrigação de regulamentar ou uma faculdade de o fazer. Importa saber em concreto, se existe a obrigação, ou seja, o dever de emitir o regulamento, ou se, quanto a este ponto (existência da obrigação) se verifica, não uma vinculação, mas uma situação de discricionariedade. *O dever de emitir o regulamento pode decorrer expressamente da lei ou pode decorrer “do facto de esta não poder pura e simplesmente ser executada sem um regulamento que densifique o seu conteúdo, que o concretize, desenvolva ou pormenoriza”*¹⁵.

¹³ Uma fase preparatória, uma fase constitutiva e uma fase integrativa de eficácia.

¹⁴ FREITAS DO AMARAL, Curso, II, pág. 159, fala em “regulamentos complementares ou de execução”, para designar uma categoria de regulamentos onde tem sentido a distinção entre “espontâneos ou devidos”, ou seja, poderíamos dizer, entre discricionários ou devidos.

¹⁵ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, CPTA anotado, I, Coimbra, 2017, anotação ao art.º 77º do CPTA.

Outro aspeto também a ter em conta é como qualificamos a Lei n.º 42/2017, de 14 de junho: **é uma lei auto exequível ou uma lei não auto exequível**^{16 17}.

No que a Lei, aqui em análise diz respeito, *prima facie*, o legislador não parece ter querido impor como **obrigatória ou imperativa** a aprovação de regulamentos, a que se reporta o artigo 5.º da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho. Aponta nesse sentido, desde logo, o elemento literal, corporizado na utilização, no corpo do artigo, da forma verbal “**podem**”. Uma tal formulação semântica indicia um intuito regulatório de **índole meramente permissiva**, habilitadora, não se perfilando, pois, o enquadramento em análise como consubstanciando ou carreando uma norma percetiva que, consabidamente, pode ter um conteúdo impositivo ou proibitivo.

Sem embargo, parece-nos, em qualquer caso, dever alertar-se para o seguinte: se parece, objetivamente, plausível a conclusão de um intuito regulatório de natureza meramente permissiva, também se afigura totalmente descabido entender-se que a não imperatividade fundada pela letra da lei pode, em certos termos, dar origem ou, em qualquer caso, implicar ou envolver **uma obrigatoriedade de tipo reflexo, mediato ou indireto**.

O artigo 5.º da Lei prescreve, por um lado, na alínea a), que o regulamento municipal conterà, nomeadamente, a densificação dos critérios gerais para o reconhecimento e, na alínea b), que o conteúdo daquele regulamento poderá ainda definir os critérios especiais que o município entenda necessários para atender a concretas circunstâncias ou particularidades que, no seu âmago, se

¹⁶ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, Princípio da Legalidade e Omissão Regulamentar, pág. 199.

¹⁷ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, ob. cit. pág. 201, que “existe omissão regulamentar ilegal, ou seja, dever de aprovar um regulamento (independentemente do seu conteúdo poder ser discricionário) quando exista uma lei total ou parcialmente não auto exequível, ou seja, quando a lei careça de um regulamento para poder ser executada ou complementada, sob pena de – a ser de outro modo – caber à Administração um “fático poder de veto sobre decisões legislativas”. Quando a própria lei – expressamente – impõe à Administração a “tarefa de desenvolver a previsão do comando legislativo” (Freitas do Amaral, ob. cit. pág. 160) estamos perante um regulamento complementar ou de execução “devido”.

constituirão enquanto abertura normativa à valoração e/ou tomada em consideração que é o correspondente simétrico da variabilidade, da mutabilidade e do polimorfismo que caracterizam o devir e, desde logo, do casuísmo fáctico-material que é seu intrínseco apanágio. Como se verificou, quando se falou do n.º 1 do artigo 4.º da Lei, os “critérios gerais” são, na prática, o fundamento do reconhecimento. É evidente que o legislador, se, por um lado, concebe a aprovação do regulamento como uma prerrogativa e não como um dever, também prescreveu que quer a densificação dos critérios gerais – densificação que implicará sempre, em qualquer caso, especificar, concretizar, decompor ou detalhar os contornos dos critérios gerais da **“atividade”, do “património material” ou do “património imaterial”** que estão na base do reconhecimento – quer a própria instituição ou estabelecimento de “critérios especiais”, isto é, a enunciação de outros substratos que justificam ou, noutros termos, **que venha a considerar-se carentes de reconhecimento poderá entender-se que terá de ser feita – por via regulamentar, como forma de autovinculação.** Se a quanto procede aditarmos que a própria definição dos critérios de ponderação, a que se reporta a alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º, se deverá conter também no regulamento torna-se, outrossim, evidente a finalidade última da norma do artigo 5.º, a nosso ver; a finalidade ou, se se quiser, o objetivo prosseguido pelo legislador ao prescrever que os municípios “podem” aprovar o regulamento a que a norma se reporta, implica, na prática, **que os municípios o deverão fazer, sempre que pretendam instituir quaisquer dos parâmetros ou critérios a que o artigo 5.º se reporta, consubstanciando-se o regulamento, portanto, nessa medida, como um instrumento ou mecanismo limitador da discricionariedade que vimos ser inerente aos “elementos” de ponderação vertidos nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 4.º.**

O regulamento a que se reporta o art.º 5.º da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho de 2017 é, patentemente, assim, um regulamento apenas mediatamente operativo, que poder-se-á defender que terá uma natureza de *execução devida*

quando os municípios pretendam densificar os critérios gerais e ou definir critérios especiais e de ponderação.

Paralelamente fazemos agora um parêntese para abordarmos o artigo 77.º do CPTA. A essência desta norma está na ideia de censurar a Administração por não ter emitido normas a que estava obrigada. Mas que situações são estas? Podemos adiantar claramente duas: são elas, em primeiro lugar, a existência de uma imposição expressa de regulamentação contida na própria lei e, em segundo lugar, a impossibilidade de execução de uma lei sem a emanção de um Regulamento. A primeira situação é a própria lei que impõe a Administração a emissão de um regulamento e que execute alguns aspetos do seu regime. Ou seja, neste caso a lei a lei prescreve que só entrará em vigor quando essa regulamentação for emanada ou a lei contém por si só normas que são exequíveis que entram imediatamente em vigor, remetendo, todavia, alguns dos seus aspetos para regulamentação a emanar.

Na segunda situação, a lei entra imediatamente em vigor, mas a lei não prevê nada quanto a matérias que requerem regulamentação¹⁸. Aqui temos o problema das chamadas habilitações legais implícitas (emissão de regulamentos sem autorização legal, mas estes mostram-se necessários, imprescindíveis e convenientes para a aplicação prática da lei).

A omissão pode ainda advir da declaração de ilegalidade de uma norma criar um vazio regulamentar e não exista norma anterior para repristinar.

Assim, caberá sempre em primeiro lugar, averiguar se o regulamento é devido ou não. O que no caso da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, não é suficientemente claro.

¹⁸ Existem também as situações em que a lei contém os dispositivos necessários à sua execução, mas a regulamentação de alguns aspetos traria vantagens, seria mais conveniente. Sobre destas situações, vide: LEMOS PINTO, Mário Jorge, *Impugnação de Normas e Ilegalidade por Omissão*, Almedina, 2009, p.247

Hipoteticamente, caso um particular recorre-se a via judicial com um pedido de declaração de ilegalidade por omissão de normas regulamentares, tal dependeria do preenchimento dos seguintes pressupostos¹⁹: que a omissão legal seja relativa à falta de emissão de normas cuja adoção possa considerar-se, sem margem de dúvidas, como uma exigência da lei. Ora na Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, não resulta como já vimos que a emissão de regulamento seja claramente imposta. Parece este requisito apontar para a necessidade de estarmos perante regulamentos de execução devidos, excluindo-se assim regulamentos independentes, cf. n.º 7 do art.º 112.º da CRP. Não obstante, tal não é a posição de **SALGADO MATOS**, que admite o dever de emissão de regulamento se possa reconduzir à elaboração de um regulamento independente²⁰. O segundo requisito é que a lei careça de regulamentação para ser exequível. Vimos já que a Lei é exequível pois ela fixa critérios de atribuição do reconhecimento, fazendo inclusivamente uma concretização dos mesmos, prevendo inclusivamente competências, prazos e efeitos daquele.

O último requisito diz-nos que a obrigação de regulamentar tem de se tornar exigível, por ter decorrido o prazo para efetuar a regulamentação. No nosso caso a Lei não fixa qualquer prazo, o que leva a aplicação do prazo geral de 90 dias do n.º 1 do art.º 137.º do CPA.

Por fim, quanto a norma do art.º 77.º do CPTA, cremos que tal como **MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA /RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA**, é necessário verificar se a Lei não deixou a Administração a escolha da oportunidade para dar execução ao diploma legislativo. O que nos parece suceder na nossa Lei, ou seja o artigo 5.º ao prever a emissão de regulamentos municipais e utilizando o elemento gramatical *podem*, deixa aos municípios a faculdade de decidir, não apenas sobre o *quando*, mas também sobre o *na*, de modo a escolher de que forma querem ou não densificar os critérios do reconhecimento (porque a

¹⁹ Acórdão do STA, de 30 de janeiro de 2007, Processo n.º 310/06.

²⁰ **SALGADO MATOS**, Princípio da legalidade e omissão regulamentar, pág. 200.

lei já é exequível) e querendo-o se devem ou não fazê-lo por forma regulamentar, não competindo ao Juiz administrativo, nesse caso syndicar o critério a adotar pelo município.

CAPÍTULO IV: A POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA FIGURA DA DIRETIVA INTERNA?

Partindo do pressuposto que a regulamentação prevista na Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, é como vimos, uma prerrogativa e não um dever, poder-se-á levantar a questão de o reconhecimento ser atribuído, com base uma diretiva²¹ interna da autarquia local que vise densificar os **critérios do art.º 4.º**. Vejamos.

Sem prejuízo dos critérios e ponderações legais foi concedida aos municípios competência regulamentar para **querendo**, entre outros, aprovar normas que densifiquem os critérios do art.º 4.º e ou definir critérios de ponderação distintos. Tendo o legislador, como já vimos utilizado conceitos indeterminados, está assim aberto o caminho para **o espaço de criação-concretização jurídica da administração** podendo esta, assente que está legalmente a sua discricionariedade administrativa, autovincular-se, prescrevendo alguns parâmetros de atuação, sendo aliás tal atuação aconselhável do ponto de vista do respeito pelos princípios da igualdade e da segurança jurídica²². Tal só seria inadmissível quando a própria diretiva interna vedasse qualquer juízo de ponderação fazendo precluir a discricionariedade administrativa.

O n.º 5 do art.º 112.º da CRP não exclui a possibilidade da Administração efetuar uma interpretação da Lei n.º 42/2016, de 14 de junho, mas antes proíbe uma interpretação e/ou integração autêntica de atos não legislativos²³. Consegue-

²¹ Criação jurisprudencial veja-se Mockle, Daniel – Recherche ..., pág. 385-386.

²² ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, Nota de rodapé p.38, Estudos sobre Regulamentos Administrativos.

²³ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, Nota de rodapé p.37, Estudos sobre Regulamentos Administrativos: *Nestes precisos termos, Constituição da República Portuguesa Anotada, 1993, p.511*

se assim compatibilizar as vantagens da admissão da autovinculação através de regras gerais e abstratas com a imposição de uma análise de todo o caso concreto, o que não deixa qualquer lugar à arbitrariedade, que está vedada, e esclarece a forma de atuação, vinculando-se a administração a um conjunto de regras que seguirá nestes casos.

Assim a diretiva não dispensa a análise de todos os aspetos do caso, mesmo os que não digam respeito aos pressupostos na norma. **A deliberação/diretiva não é um regulamento.** Ao contrário do regulamento a diretiva admite a possibilidade de não ser aplicada a um caso concreto (a possibilidade de ser derogada) se as particularidades do mesmo o exigirem. A noção de diretiva não está prevista na lei, sendo que o seu regime e especificidades estão entre o poder discricionário e a autovinculação. A intenção da Administração ao autovincular-se no âmbito de poderes discricionários é, muito simplesmente, a de criar uma norma geral e abstrata – um regulamento. Essa prática pode ser ilegal, **por violar a obrigatoriedade de ponderação dos circunstancialismos do caso concreto.**

Na linha do pensamento dos Professores **MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS** a discricionariedade “(...) consiste numa liberdade conferida por lei à administração para que esta escolha entre várias alternativas de atuação juridicamente admissíveis” (p.180). A definição de discricionariedade não é unânime na doutrina, nem as suas modalidades.

A discricionariedade permite uma adaptação justa, conveniente e flexível em relação aos casos concretos e às decisões dos órgãos do Governo e da Administração. Ou seja, a lei faz uma previsão, mas deixa à discricionariedade do órgão administrativo como é que este a vai concretizar e determinar os efeitos jurídicos. Alguns autores alemães, tal como Hans J. Wolff, definem a “discricionariedade” como uma discricionariedade de atuação volitiva ou

Jorge Miranda/Rui Medeiros, (...) admitem igualmente que a Administração, através de instruções genéricas ou atos análogos, proceda à interpretação e integração com eficácia interna de atos legislativos.

discricionariedade de conduta, pois também se pode tratar de uma omissão. **A discricionariedade não é uma liberdade, mas sim um poder-dever jurídico conferido ao órgão competente pela lei.**

Para **FREITAS DO AMARAL** a discricionariedade da administração não constitui uma exceção, mas sim uma afirmação do princípio da legalidade porque no exercício do poder discricionário, a administração pública pode praticar o ato que a lei tenha autorizado o órgão administrativo a praticar que melhor se adequa à prossecução do fim da lei. O poder discricionário constitui um modo especial de configuração da legalidade administrativa. Nos poderes discricionários há sempre dois elementos vinculativos por lei: a competência e o fim. A margem de livre decisão não é um espaço total de liberdade de atuação da Administração. Essa margem de liberdade só existe na medida em que seja concedida pelo bloco de legalidade e que não ultrapasse os limites impostos pelo mesmo. Os limites da margem de livre decisão também resultam de uma imposição constitucional de uma tutela jurisdicional dos particulares perante a administração. Há uma tensão entre a ausência de controlo jurisdicional e a necessidade de tutela das posições jurídicas subjetivas dos particulares. Estes limites são de dois tipos: as vinculações legais, que são determinadas pelas normas que conferem a margem de livre decisão e os limites imanentes da margem de livre decisão, que emanam das normas que incidem sobre todo o exercício da margem de livre decisão.

Quando os órgãos da administração não respeitam os limites da discricionariedade pode dar origem aos vícios de discricionariedade, que são controlados pelos tribunais administrativos²⁴. Os vícios da discricionariedade dão-se quando o exercício da administração está em desacordo com o sentido da lei que atribui o poder discricionário. Pode haver excesso de discricionariedade

²⁴ A redução a zero da margem de livre decisão está patente no n.º 2 do art.º 71.º do CPTA: *“Quando a emissão do ato pretendido envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do ato devido.”*

(quando se ultrapassa os limites legais da discricionariedade) ou desvio de poder (quando o uso da discricionariedade não corresponde aos fins da autorização).

A discricionariedade da Administração pública relaciona-se ainda com o princípio da prossecução do interesse público.²⁵

Voltando à nossa Lei, poderiam as Câmaras Municipais perante este quadro normativo aprovar uma **diretiva de auto vinculação dos poderes discricionários**, que visaria integrar e interpretar a lei, não correndo o risco de violar as normas contidas nos artigos 135.º e n.º 1 do art.º 143.º, ambos do CPA. A diretiva é uma regra geral que contrariamente ao regulamento, não dispensaria a autarquia de analisar todos os circunstancialismos do caso concreto e interesses a ele subjacentes. Ou seja, podemos concluir que a densificação de critérios gerais, critérios especiais que tenham em conta as especificidades locais e as medidas de proteção a adotar pelo município e a **definição de critérios de ponderação dos vários elementos em presença pode ser elaborada sobre outras formas, que não o regulamento**. É o próprio art.º 5.º da Lei que o permite: Os *municípios podem, através de regulamento municipal a aprovar pela assembleia municipal (...)*. Note-se ainda que a lei habilitante para a elaboração da deliberação não deixou de ser a Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, em cumprimento do n.º 4 do art.º 136.º do CPA. Acresce ainda a competência para o reconhecimento assim como para a sua revogação seria da Câmara Municipal – art.º 6.º da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho - órgão que aprovaria igualmente a deliberação.

Não obstante, ainda que se lhe reconheça eventual natureza regulamentar esta terá sempre, **uma eficácia interna enquanto diretiva de autovinculação que visou interpretar e integrar a Lei n.º 42/2017, de 14 de junho**, para além de estar sujeita a um regime de carácter não automático da diretiva – obrigação de exame caso a caso – e a possibilidade de derrogação. *Para que se possa respeitar a norma atribuidora do poder discricionário, é necessário que a Administração possa*

²⁵ PAULO OTERO, Manual de direito administrativo, vol. I, editora Almedina, 2014, pág. 368

ponderar os vários interesses em jogo e, após fazê-lo, definir os critérios de decisão. Portanto, a diretiva não poderá fugir a isso. Deverá ser mantida a possibilidade de o órgão decisório modificar os critérios de decisão, se os interesses subjacentes a uma situação a isso aconselharem. Sendo que a existir a possibilidade de modificação dos critérios teria de ser respeitado o Princípio da Imparcialidade²⁶.

CAPÍTULO IV: NOTAS CONCLUSIVAS

Posto isto, pretendeu o legislador, no âmbito da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, intencionalmente conceder as autarquias locais a prerrogativa de, caso assim o entendem, aprovarem regulamentos municipais ou outros instrumentos, em respeito, quem sabe, pelo seu poder autónomo de regulamentação, emanado da Lei das Autarquias locais e da CRP. Ou antes, pelo contrário, impôs o dever de regulamentar como forma de autovincular a autarquia a uma concreta densificação dos critérios que pretendesse fazer?

Vejamos.

A Lei veio atribuir às Câmara Municipais a competência para reconhecer os estabelecimentos ou entidades como de interesse histórico e cultural ou social local. Não atribuiu esta competência sem, contudo, prever os critérios a que deve obedecer tal reconhecimento, dedicando no seu art.º 4.º uma explanação, mais ao menos exaustiva, desses mesmos critérios. No seu artigo 5.º a Lei prevê que as assembleias municipais, sob proposta da Câmara Municipal **possam** aprovar regulamentos para densificar os critérios do art.º 4.º, prever critérios especiais e definir critérios de ponderação distintos do art.º 4.º. Nos capítulos anteriores vimos que o dever de regulamentar adviria como um instrumento ou mecanismo

²⁶ Nota de rodapé, 46, **JOÃO TIAGO SILVEIRA**, Diretivas de autovinculação em poderes discionários: *que obriga a Administração a fazer uma adequada ponderação dos vários interesses em jogo* – Correia, Fernando Alves – *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, 1989, pág. 448-450; Correia, Sérvulo – *Legalidade ...*, pág. 174-176, 482 e 499; Correia, Sérvulo – *Noções fundamentais de Direito Administrativo*, vol. I, Ed. Danúbio, 1982, pág. 253- 254.

limitador da discricionariedade que vimos ser inerente aos “elementos” de ponderação vertidos nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 4.º da Lei. De reforçar que nos regulamentos de execução devidos o grau de inovação tem de ser mínimo, em contraponto com o grau máximo presente nos regulamentos independentes.

A dúvida é se esse mecanismo limitador da discricionariedade poderá também ser uma diretiva interna, ainda que eventualmente tenha natureza regulamentar. Ou seja, é possível a autovinculação no âmbito de um poder discricionário através de uma regra geral e abstrata?

A atribuição de um poder discricionário envolve a obrigatoriedade de avaliação das especificidades do caso concreto e dos interesses a ele subjacentes. Ou seja, uma qualquer norma emanada da Câmara Municipal não pode violar esta regra. Não pode, com aquela norma, haver lugar a uma redução da análise de todos os aspetos que o órgão está obrigado a analisar. A Câmara Municipal não pode elaborar regras gerais e abstratas (que são verdadeiros regulamentos) sem a lei lhe atribuir competência para tal. E como vimos o art.º 5.º da Lei, atribui essa competência – mas como uma prerrogativa e não como dever.

A possibilidade de criação do regulamento, previsto no art.º 5.º, uma regra geral e abstrata - que venha definir os termos do exercício futuro do poder discricionário comporta numerosas vantagens, nomeadamente, restringe a possibilidade de a atuação da Câmara Municipal se vir a revelar discriminatória. Não se pode negar à Câmara Municipal, órgão detentor do poder discricionário, a possibilidade de ele definir os termos segundo os quais exercerá o seu poder, ainda que a própria Lei estabeleça critérios, que poderão ser ou não densificados.

Teremos, portanto, de encontrar uma forma da Câmara Municipal se autovincular sem que isso lhe dê a possibilidade de deixar de avaliar o caso concreto no seu todo, e sem que o faça por via do regulamento. A resposta encontra-se na **figura diretiva**. E porquê?

A diretiva é uma regra geral e abstrata, elaborada pelo detentor do poder discricionário, que ao contrário do regulamento, não o dispensa de analisar todos os circunstancialismos do caso concreto e interesses subjacentes. A diretiva permite compatibilizar as vantagens da admissão da autovinculação através de regras gerais e abstratas com a imposição de uma análise de todo o caso concreto. A diretiva não é um regulamento. Ao contrário deste, admite a possibilidade de não ser aplicada a um caso concreto (a possibilidade de ser derogada) se as particularidades dele assim o exigirem.

Concluimos, portanto, que não existe na Lei n.º 42/2017, de 14 de junho um dever de regulamentar, ou seja, de aprovação de um regulamento de execução devido, por parte da autarquia local.

BIBLIOGRAFIA:

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA “*Direito Administrativo*”, Vol. I, Lisboa, 1980

PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa, 2013, p. 128.

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª edição, 2017.

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *CPTA anotado*, I, Coimbra, 2015.

ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Princípio da Legalidade e Omissão Regulamentar*.

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre Regulamentos Administrativos*.

JOÃO TIAGO SILVEIRA, *Diretivas de autovinculação em poderes discricionários*.

LEMOS PINTO, Mário Jorge, *Impugnação de Normas e Ilegalidade por Omissão*, Almedina, 2009, pág. 247

A proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice no ordenamento jurídico português

Cláudia Isabel Ferraz Dias Matias ^(*)

Mestre em Direito e Advogada.

RESUMO: Numa conjuntura de crescente despesa com prestações sociais e/ou numa conjuntura de crise económica – à semelhança do que sucedeu no contexto da crise económico-financeira que assolou Portugal em 2009-2014 –, o poder político-legislativo poderá ver-se confrontado com a necessidade de suprimir ou reduzir o montante de determinadas prestações sociais do sistema de segurança social.

O presente estudo indaga sobre a especial proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice no ordenamento jurídico português e, embora admitindo a possibilidade de afetação e/ou restrição das referidas pensões, em formação e em pagamento, analisa e reflete sobre os limites e as especiais garantias jurídico-constitucionais que o legislador terá, necessariamente, de observar nesse processo.

PALAVRAS-CHAVE: direito à segurança social; pensões públicas por velhice; a proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice, em formação e em pagamento; as garantias constitucionais das pensões públicas por velhice.

^(*) Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2009). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2014). Advogada. Técnica Superior do Instituto de Segurança Social, I.P.

O presente texto teve por base a investigação jurídica realizada no âmbito do Programa de Doutoramento em Direito Público – variante Estado Social, Constituição e Pobreza – da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1. Nota Introdutória

Num quadro de crescente despesa com prestações sociais, não só destinadas a proteger as eventualidades de velhice e de dependência na terceira idade, mas – atendendo ao recente contexto de pandemia – também as eventualidades de doença e de desemprego, e na iminência de um cenário de crise económica e financeira, o poder político-legislativo poderá sentir necessidade de repensar, reformar ou mesmo suprimir direitos a prestações sociais concretizadores do direito fundamental à segurança social.

Neste contexto, assume relevância a questão da proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice, ou seja, de que modo e com que extensão é que a Lei Fundamental confere proteção a estas pensões.

Ora, delimitar o âmbito da proteção jurídica das pensões públicas por velhice consiste, no fundo, em refletir sobre as questões da reversão do quadro legal das pensões por velhice em formação e da afetação e/ou da restrição das pensões por velhice em pagamento, bem como sobre o modo como a Constituição da República Portuguesa tutela as posições jurídicas quer dos aspirantes a pensionistas, quer dos pensionistas por velhice.

Na verdade, foi introduzida pela jurisprudência constitucional¹, mas carece de desenvolvimento a *magna* questão jurídica que se impõe investigar neste domínio: será admissível, em que medida e com que limites jurídico-constitucionais reduzir *definitivamente*² os montantes pecuniários das pensões públicas por velhice?

¹ Acórdão n.º 862/2013, de 19 de dezembro, publicado no Diário da República n.º 4/2014, Série I, de 07/01/2014.

² A maioria das decisões jurisprudenciais analisaram e decidiram a questão do “corte” dos montantes mensais das pensões públicas partindo de uma perspetiva de *excepcionalidade* e de *transitoriedade*, isto é, partindo do pressuposto prévio de que as reduções das pensões por velhice – e de outras prestações pecuniárias públicas – consubstanciariam restrições temporalmente delimitadas, isto é, sacrifícios temporários em prol do interesse público e que os respetivos montantes nominais seriam repostos uma vez terminado o ciclo de austeridade.

A questão torna-se particularmente controversa quando se contende com direitos à pensão já constituídos na esfera jurídica dos respetivos titulares.

A abordagem que faremos do tema parte da premissa de que, no domínio do estudo jurídico das pensões, nos deparamos com uma dualidade jurídica: direitos em formação e direitos constituídos, que exigem do ordenamento jurídico distintas tutelas.

Com efeito, o direito constituído à pensão pública por velhice carece de uma mais intensa tutela jurídico-constitucional, na medida em que consubstancia o direito de um titular vulnerável – um direito de um grupo social inativo, que *presumidamente* não poderá regressar ao mercado para obter rendimentos de trabalho – e, bem assim, um direito em si mesmo vulnerável, pois é mais permeável à pressão da conjuntura económica, dado que a redução do respetivo montante nominal permite alocar, de forma imediata, recursos financeiros ao orçamento público estadual.

2. A proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice em formação

A questão da proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice no ordenamento jurídico português será estudada sob duas perspetivas: na perspetiva dos direitos à pensão por velhice em formação e na perspetiva dos direitos à pensão por velhice já constituídos na esfera jurídica dos seus titulares.

Começemos por analisar a questão jurídica relativamente aos direitos que ainda não se constituíram na esfera jurídica dos particulares, ou seja, relativamente às pensões por velhice em formação.

O tema da proteção ou tutela jurídico-constitucional das pensões por velhice em formação coloca-se quando surge uma medida político-legislativa que visa

reverter o quadro normativo existente, seja por via da introdução de fórmulas de cálculo da pensão mais penalizadoras para as futuras pensões que as previamente existentes, seja por via da introdução de requisitos legais mais exigentes no acesso ao direito à pensão pública por velhice, como o aumento da idade legal de acesso à pensão.

Poderemos, desde logo, equacionar vários posicionamentos da doutrina relativamente à questão da admissibilidade da reversibilidade do quadro normativo das pensões públicas por velhice. Vejamos, então.

2.1. Inadmissibilidade da revisibilidade do quadro legal das pensões por velhice em formação e proibição de retrocesso social?

Numa perspetiva que consideramos ter já sido abandonada pela doutrina constitucional portuguesa, poderia considerar-se que, uma vez concretizado o direito fundamental à segurança social pelo legislador ordinário, ou seja, uma vez legislado o direito à pensão por velhice, esse direito integraria o *acquis* constitucional, consolidando-se na ordem jurídica constitucional de tal modo que seria, por conseguinte, insuscetível de ser alterado em toda a sua extensão.

Esta versão ortodoxa de aceitação plena do designado *princípio da proibição do retrocesso social* determinaria que, uma vez alcançado determinado grau de realização e concretização de um direito social, como um direito a uma determinada pensão por velhice, ficaria vedada, para o legislador, a possibilidade de retroceder quanto a esse grau de realização do direito social.

Em bom rigor, o referido princípio elevaria as medidas legais concretizadoras dos direitos fundamentais sociais não a direito materialmente constitucional, mas a direito supraconstitucional de cariz inderrogável.

Com efeito, a aceitação de um princípio geral de proibição do retrocesso implicaria que não fosse possível rever ou reverter, por qualquer via, um direito

social concretizado em lei, o que não é admissível: em primeiro lugar, até os direitos, liberdades e garantias com assento no texto da Constituição da República Portuguesa admitem restrições legais, desde que respeitados os necessários parâmetros constitucionais, e, em segundo lugar, a aceitação do princípio assenta nos pressupostos irrealis de que os recursos são inesgotáveis e de que a evolução socioeconómica só conhece o caminho do progresso.

Por outro lado, a aceitação do princípio da proibição do retrocesso *tout court* determinaria a destruição da própria autonomia do poder político-legislativo, pois a liberdade de criação e de revisibilidade das normas legais ficaria comprometida se o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização jurídico-social alcançado e a respeitar os direitos por ele criados³.

2.2. Admissibilidade da revisibilidade total do quadro legal das pensões por velhice em formação?

Poderia afirmar-se que não tendo o beneficiário do sistema de segurança social ainda adquirido um direito à pensão por velhice, então a sua situação jurídica perante o quadro legislativo vigente poderia ser livremente modificada pelo legislador.

Se é verdade que a tendência doutrinária e jurisprudencial é a de aceitar uma maior margem de revisibilidade das leis quando os direitos não foram ainda adquiridos pelos respetivos titulares, mas se encontram em processo de formação, a liberdade do legislador, ainda assim, não é total.

Como veremos melhor *infra*, não obstante o aspirante a pensionista ainda não ser titular de um direito subjetivo à pensão por velhice, o mesmo pautou a sua conduta confiando num determinado enquadramento legal, criando uma

³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 379.

expectativa digna de tutela jurídico-constitucional, pelo que a alteração legislativa do quadro legal vigente deverá não só ser fundamentada na prossecução de um valor constitucional⁴, como deverá observar também o princípio da segurança jurídica na dimensão da proteção da confiança legítima⁵.

Naturalmente, a expectativa jurídica terá de ser valorada em função da maior proximidade à idade legal de acesso à pensão, bem como do esforço contributivo já realizado, sendo que a aprovação de normas de direito transitório que assegurem transições suavizadas entre regimes poderá ser o meio mais eficaz para garantir o respeito pelo mencionado princípio constitucional.

2.3. Admissibilidade da revisibilidade do quadro legal das pensões por velhice em formação, com observância das garantias constitucionais de proteção das expectativas jurídicas

A maioria das posições doutrinárias e jurisprudenciais relativamente a esta matéria propugna a admissibilidade da revisibilidade do quadro legal das pensões por velhice em formação, mas dentro de determinadas condicionantes⁶.

⁴ No Acórdão n.º 188/2009, de 22 de abril de 2009, disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>, o Tribunal Constitucional afirmou que, durante o período contributivo, o trabalhador não é titular de qualquer direito adquirido, dispondo apenas de um *mero direito em formação*, concluindo que uma limitação superveniente ao montante da pensão se encontra constitucionalmente justificada pela necessidade de salvaguardar interesses constitucionalmente protegidos e prevalecentes, como a justiça intergeracional ou a sustentabilidade do sistema de segurança social.

⁵ Neste sentido, MEDEIROS, Rui, Anotação ao artigo 63.º, in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª edição revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 930, quando refere que a revisibilidade das opções políticas no sentido da redução do âmbito de proteção da segurança social não é, forçosamente, inconstitucional, mas deve estar sujeita ao princípio da proteção da confiança (artigo 2.º da Constituição), sendo que quanto mais consistente for a expectativa do particular, mais exigente deve ser o controlo da proteção da confiança, exemplificando que não se encontra numa situação análoga o trabalhador que está a iniciar a carreira contributiva e aquele que está na iminência de se tornar pensionista.

⁶ Em matéria de reversão do quadro legal concretizador de um direito social fundamental, o Tribunal Constitucional teorizou uma solução moderada no Acórdão n.º 39/84, publicado no Diário

Vieira de Andrade defende uma posição compromissória, que corresponde, em grande medida, à confluência doutrinária sobre o tema⁷, posição que garante, por um lado, alguma estabilidade aos direitos a prestações sociais já criados pelo legislador e, por outro lado, alguma margem de conformação ao legislador na revisão das políticas públicas no domínio da socialidade⁸.

da República n.º 104/1984, Série I, de 5 de maio de 1984, tendo considerado inconstitucional o diploma legal que revogava parte substancial do já instituído Serviço Nacional de Saúde.

Neste Acórdão, o Tribunal Constitucional distinguiu dois planos de relevância das normas constitucionais de garantia dos direitos sociais: o plano das normas constitucionais de natureza programática, de natureza diferida no tempo, e, portanto, com vinculatividade jurídica mais atenuada, e o plano das normas constitucionais que impõem ao poder político a realização de tarefas concretas no âmbito dos direitos sociais, com vinculatividade jurídica mais reforçada, para afirmar que só se verifica uma proibição de retrocesso social quando i) o parâmetro de verificação da constitucionalidade se situa no âmbito deste último tipo de normas constitucionais e ii) o legislador já procedeu à concretização legislativa do comando constitucional, de tal modo que repor a anterior situação de inexecução da norma constitucional corresponderia a uma inconstitucionalidade por omissão.

Ora, segundo esta posição jurisprudencial, constando o direito fundamental à segurança social de uma norma constitucional bastante genérica e de natureza programática, o direito legal a uma pensão por velhice, dele derivado, nunca estaria a coberto de um princípio da proibição do retrocesso social.

Jorge Reis Novais salienta que “apesar de nunca ter abandonado a linha argumentativa delineada no Acórdão n.º 39/84, o Tribunal [Constitucional] não faz apelo a esse tipo de fundamentação mesmo quando objetivamente tal podia ocorrer, optando muitas vezes por uma avaliação onde, na prática, se reconhece uma margem de decisão quase total ao legislador ordinário. (...) mesmo quando faz apelo àquela linha argumentativa (...), [dá-lhe] uma configuração tão minimalista que o resultado traduz também uma grande contenção de controlo. Como se diz no citado Acórdão n.º 590/04, a intervenção revogatória do legislador ordinário ‘só colocará um problema de inconstitucionalidade se não subsistirem quaisquer outras medidas neste domínio, originando uma situação de total incumprimento da determinação constitucional, equivalente, nos seus pressupostos, a uma inconstitucionalidade por omissão’ (...)” – sobre este ponto, *vide* NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, *in Jurisprudência constitucional*, Lisboa, n.º 6 (outubro-dezembro 2004), p. 6.

⁷ Assim reconhece NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, *cit.*, p. 6.

⁸ Segundo o autor, não basta que o legislador tenha concretizado em lei o direito derivado a prestações, para que este integre, de forma imediata e automática, o acervo de direito constitucional, sendo, ainda, necessário um excecional consenso básico e uma excecional sedimentação ou radicação na consciência jurídica geral de que “«o grau de realização legislativamente obtido [corresponda] a uma complementação ou desenvolvimento do direito

Nesta perspetiva, a garantia de estabilidade dos direitos só muito excecionalmente constituirá uma garantia absoluta de não retorno – como pressuporia a aceitação de um princípio jurídico-constitucional de proibição do retrocesso social –, sendo que, frequentemente, se traduzirá numa garantia de estabilidade de grau intermédio quanto ao não retorno: uma eventual restrição legal do direito derivado deverá ser feita pelo legislador com observância, por um lado, da necessidade de fundamentar as medidas legislativas restritivas em impreteríveis razões dotadas de valor constitucional e, por outro lado, com respeito pelo princípio da proteção da confiança legítima.

Assim, parece-nos que, segundo este entendimento, o legislador não está proibido de alterar a forma como materializou, em lei, o quadro legal da pensão em formação, podendo modificar a fórmula de cálculo da pensão ou os requisitos de acesso à pensão, tendo, designadamente, em consideração a evolução das circunstâncias económicas ou sociais, estando embora proibido de eliminar o instituto *pensão de reforma* ou, ainda, o seu conteúdo essencial⁹.

constitucional, dispondo, como ele, da força ou dignidade normativa das normas constitucionais»”. Este processo de transformação constitucionalizante de normas de direito legal, baseado na «consciência jurídica geral», não significa a aceitação de um princípio jurídico-constitucional geral de proibição do retrocesso, mas implica uma certa garantia de estabilidade, de intensidade variável, para os direitos derivados a prestações, garantia essa que abrange, no mínimo, a proibição de o legislador extinguir a posição jurídica – *maxime*, o direito – por si criada e que poderá, eventual e excecionalmente, atingir um grau máximo, quando as concretizações legais devam ser consideradas direito materialmente constitucional por consubstanciarem um *mínimo social arreigado na consciência jurídica geral*. – assim, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição*, ob. cit., pp. 377-378.

⁹ Também fazendo esta interpretação, *vide* o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 862/2013, de 19 de dezembro de 2013, publicado no Diário da República n.º 4/2014, Série I, de 7 de janeiro de 2014.

Gomes Canotilho¹⁰ não defende, atualmente, a existência de um princípio jurídico-constitucional *geral* de proibição de retrocesso¹¹, mas considera que o princípio da proibição do retrocesso social assume alguma relevância no plano constitucional, funcionando como limite a eventuais modificações legislativas que constituam um retrocesso no grau de realização dos direitos sociais já concretizados pelo legislador – os direitos derivados a prestações.

Segundo o autor, ao nível dos direitos ainda não adquiridos, isto é, dos direitos em formação¹², o princípio da proibição do retrocesso social impõe, ainda assim, que as leis restritivas de direitos sociais já concretizados por via legislativa observem os princípios do Estado de Direito vinculativos da atividade legislativa e respeitem o núcleo essencial dos direitos derivados a prestações já realizados através de medidas legislativas, devendo considerar-se esse núcleo essencial como *constitucionalmente garantido*.

Assim, serão inconstitucionais quaisquer medidas político-legislativas que, primeiro, violem os princípios gerais do Estado de Direito e, segundo, constituam uma anulação, revogação ou aniquilação do núcleo essencial dos direitos sociais já realizados, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios. O autor não define, porém, o que será o núcleo essencial desses direitos, aludindo somente ao facto de esse núcleo essencial incluir uma garantia do mínimo de existência condigna, mas tal garantia decorreria já dos princípios jurídico-

¹⁰ Sobre este tema, *vide* CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 338-340 e 477-479.

¹¹ “Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social (...) formulado em termos gerais ou de garantir em abstrato um *status quo* social”. – assim, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., p. 340.

¹² Segundo esta posição, só faz sentido falar em proteção constitucional conferida pelos princípios gerais do Estado de Direito e por aquilo que seja considerado o núcleo essencial dos direitos realizados relativamente aos direitos em formação, pois, no entendimento de Gomes Canotilho, os direitos adquiridos gozam já de proteção constitucional plena.

constitucionais gerais, mais concretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, Reis Novais avança, também, uma proposta compromissória, afirmando que os direitos a prestações sociais já concretizados por via legislativa, como as pensões por velhice, na medida em que são direitos sob a reserva do financeiramente possível, podem ser restringidos quando o legislador invoque, fundada e legitimamente, essa reserva¹³. No entanto, refere o autor, quando essa reserva do financeiramente possível não possa ser objetiva e fundamentamente acionável pelo legislador, as concretizações prestacionais do direito fundamental à segurança social, como o direito à pensão por velhice, adquirem, por força da sua natureza jusfundamental¹⁴, uma força de resistência constitucional idêntica à dos direitos fundamentais de liberdade, que as subtraem da livre disponibilidade do legislador ordinário. Ou seja, não podendo invocar a reserva do financeiramente possível, o poder político só pode rever o quadro legal das pensões públicas por velhice se fundamentar a revisibilidade que pretende impor na necessidade de proteger outros bens jurídicos que devam prevalecer¹⁵ e desde que sejam observados os limites aplicáveis às restrições a direitos fundamentais de liberdade, designadamente o princípio da proibição do excesso, o princípio da proteção da confiança e o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, cit., pp. 7-8.

¹⁴ Ora, o autor defende que a concretização legislativa de um direito fundamental social integra a própria norma constitucional de direito fundamental, como será o caso do direito à pensão por velhice, que, a partir da sua concretização por via legislativa, se revestirá, nesta perspetiva, ele próprio, de jusfundamentalidade.

¹⁵ O autor não exige que esses bens revistam, necessariamente, valor constitucional, referindo-se apenas a “uma justificação suficientemente forte e indiscutível que obrigue um direito fundamental a ceder” ou a “uma justificação suficientemente ponderosa e consistente”. – vide NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, in *Revista E-Pública*, vol. I, n.º 1, 2014, pp. 72, 83 e 95.

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, cit., p. 7.

Portanto, pode afirmar-se, em jeito de conclusão, que a tendência doutrinária e jurisprudencial no constitucionalismo português é a de considerar juridicamente admissível que o legislador possa retroceder na forma como materializou em lei o acesso ao direito à pensão por velhice¹⁷, podendo, desde que observados determinados parâmetros constitucionais, nomeadamente os relativos à proteção da confiança das expectativas dos aspirantes a pensionistas, alterar as normas legais vigentes em matéria de pensões, podendo a lei nova, tendencialmente mais restritiva no acesso à prestação, ser aplicada aos beneficiários cujos direitos se encontram em processo de formação¹⁸.

Assim tem sido a *praxis* do poder político-legislativo, que, reiteradamente, tem aprovado sucessivas alterações legislativas para tornar mais restritivo o acesso ao direito à pensão por velhice por parte daqueles que ainda não adquiriram o direito. O exemplo paradigmático é o aumento reiterado da idade mínima legal de acesso à pensão por velhice.

¹⁷ LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social? – A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos “Direitos Adquiridos”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 275.

¹⁸ Contrariamente à tendência do constitucionalismo português, no direito anglo-saxónico, e como reação a um período da história em que predominava o entendimento de que as pensões públicas consubstanciavam meras liberalidades estaduais, foram criadas diversas limitações de matriz constitucional, legal e jurisprudencial que impedem, ou, pelo menos, dificultam, que o poder político-legislativo possa, atualmente, alterar a legislação vigente em matéria de *public pensions*. Na verdade, na maioria dos Estados federados americanos considera-se que as normas legais que regulam as futuras pensões por velhice dos trabalhadores do setor público atualmente em funções não podem ser alteradas e que as opções políticas reduzem-se a aumentar as contribuições sociais que incidem sobre os salários públicos ou a alterar o quadro legislativo das pensões para os trabalhadores que ainda não iniciaram um vínculo de emprego público. A doutrina estrangeira tem criticado a rigidez do regime das *public pensions* e tem defendido a revisão das normas constitucionais e legais que impedem o poder político de reformar as pensões públicas, bem como a interpretação restritiva de alguns institutos jurídicos por parte dos tribunais, de modo a permitir que o poder político-legislativo possa adequar o regime das pensões públicas a eventuais condicionalismos provocados por uma crise económica. – neste sentido, MUNNELL, Alicia/QUINBY, Laura, “Legal Constraints on Changes in State and Local Pensions”, State and Local Issue in Brief 25, Chestnut Hill, MA: Center for Retirement Research at Boston College, 2012, disponível em <<http://crr.bc.edu>>.

Ainda que o aspirante a pensionista não seja titular de um direito subjetivo à pensão por velhice, o mesmo pautou a sua conduta confiando num determinado enquadramento legal, criando uma *expectativa* digna de tutela jurídico-constitucional, pelo que a alteração legislativa do quadro legal vigente deverá não só ser fundamentada na prossecução de um valor constitucional, como deverá observar também o princípio da segurança jurídica na dimensão da proteção da confiança legítima.

Como já referido anteriormente, a tutela das legítimas expectativas dos aspirantes a pensionistas poderá ser assegurada através da criação de regimes legais transitórios, sendo que quanto mais desfavorável ou restritivo for o novo regime legal, mais suavizada deverá ser a transição entre regimes¹⁹.

3. A proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice em pagamento

A questão da proteção jurídico-constitucional do direito à pensão por velhice coloca-se relativamente a todas as pensões por velhice: não só relativamente às

¹⁹ DILIAGKA, Dafni, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, Vol. 69 of *Studien aus dem Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik*, Nomos, Baden-Baden, 2018, p. 231.

Saliente-se que a necessidade de fundamentação da restrição e a necessidade de observância do princípio da proteção da confiança legítima não significa que a expectativa jurídica terá a mesma tutela constitucional que o direito à pensão por velhice, que beneficiará da proteção constitucional específica que é conferida aos direitos fundamentais em geral, que corresponde não só à necessidade de fundamentar as medidas legislativas restritivas em impreteríveis razões dotadas de valor constitucional, bem como ao respeito por todos os princípios constitucionais vigentes que servem de parâmetro de controlo da atividade político-legislativa, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade, mas também à garantia de inviolabilidade do núcleo essencial do direito fundamental.

pensões previdenciais ou contributivas²⁰, mas também relativamente às pensões solidárias ou não contributivas²¹.

Se a doutrina e a jurisprudência tendem a admitir a possibilidade de algum retrocesso social em matéria de direitos a pensões em processo de formação, a controvérsia jurídica agudiza-se quanto à possibilidade de esse retrocesso social afetar os direitos a pensões já reconhecidos e *consolidados* na esfera jurídica dos respetivos titulares²².

Na verdade, podemos equacionar vários modos de afetação e/ou restrição do direito à pensão pública por velhice: quer seja por via de uma redução no montante nominal da pensão por velhice em pagamento, como medida conjuntural, transitória ou excepcional ou como medida estrutural, permanente ou

²⁰ A questão da restrição do direito à pensão pública por velhice – no fundo, a questão da redução do montante do direito à pensão – conferida no âmbito do subsistema previdencial coloca-se na medida em que aquele direito não assenta numa estrita base contributiva, como sucede nos modelos de capitalização puros. No sistema previdencial português não vigoram puros princípios de contributividade e de corresponsabilidade. Na verdade, os montantes das pensões do sistema previdencial português não correspondem à soma das contribuições acumuladas e da respetiva capitalização, não existindo uma efetiva equivalência entre o montante das contribuições e o das prestações.

Com efeito, para além dos vários complementos de natureza solidária ou não contributiva que compõem o montante nominal mensal do direito à pensão contributiva por velhice, como o complemento mensal por cônjuge a cargo (artigo 103.º do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, e artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 13/2013, de 25 de janeiro), o complemento social (artigos 46.º e 47.º do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio), o complemento solidário para idosos (instituído pelo Decreto-Lei n.º 232/2005, de 29 de dezembro, com alterações posteriores), há, ainda, que ter em consideração que a legislação prevê, desde 1 de janeiro de 1994, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de setembro, uma ficção jurídica de densidade contributiva, que faz corresponder 120 dias de registos de remunerações a um ano civil completo – a 365 dias de registos de remunerações (artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio). Existem, também, mecanismos de “compensação social”, como os registos por equivalência à entrada de contribuições, que são registos equivalentes (ou ficcionados) a registos de tempos de trabalho. Por fim, refira-se que a atribuição de montantes de pensões baseados no último salário ou nos melhores anos em termos salariais originou pensões de montantes inflacionados.

²¹ Os direitos a pensões solidárias ou sociais são direitos conferidos a beneficiários, no âmbito do subsistema de solidariedade, sem suporte em contribuições e quotizações.

²² LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social?*, ob. cit., p. 272.

de reforma²³; quer por via do recálculo da pensão por velhice em pagamento, introduzindo um novo fator de redução na originária fórmula de cálculo da

²³ No ordenamento jurídico português, foram já ensaiadas pelo poder político-legislativo medidas de redução do montante nominal da pensão por velhice em pagamento, como a redução em 10% das pensões em pagamento dos funcionários públicos – pensões da Caixa Geral de Aposentações (CGA) –, a contribuição extraordinária de solidariedade (CES) e a contribuição de sustentabilidade (CS).

Em nome da convergência entre o regime de proteção social convergente (CGA) e o regime geral da segurança social, ensaiou-se uma redução (temporária?) em 10% das pensões dos funcionários públicos de montante líquido mensal superior a €600,00. A medida constava do artigo 7.º do Decreto n.º 187/XII da Assembleia da República e não entrou em vigor por ter sido declarada inconstitucional, em sede de fiscalização preventiva, pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 862/2013, de 19 de dezembro, publicado no Diário da República n.º 4/2014, Série I, de 07/01/2014. O Tribunal considerou que uma medida de redução de pensões que afeta, exclusivamente, o sistema de pensões da CGA não traduz uma reforma estrutural do sistema de pensões, na medida em que não abrange os demais pensionistas e não assegura a sustentabilidade do sistema de pensões, nem as solidariedades intra e intergeracionais, constituindo, ao invés, uma medida de consolidação orçamental e de redução de despesa pública.

A contribuição extraordinária de solidariedade (CES) foi uma medida adotada em sucessivas Leis do Orçamentos de Estado desde a Lei do Orçamento de Estado para 2011, tendo sido extinta em 31/12/2016, pela Lei n.º 159-B/2015, de 30 de dezembro. A medida consistia numa tributação *provisória* aplicada sobre o montante nominal mensal das pensões em pagamento para reduzir a despesa pública no período da crise económico-financeira de 2009-2014, tendo apresentado várias configurações (taxas e escalões). A CES foi considerada pela generalidade da doutrina como uma contribuição social para a segurança social. Nos Acórdãos n.º 187/2013 de 5 de abril de 2013 e n.º 572/2014 de 30 de julho de 2014, ambos disponíveis em <www.tribunalconstitucional.pt>, o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre a CES e considerou que era uma medida de natureza orçamental que revestia uma natureza excecional e transitória diretamente relacionada com os objetivos imediatos de equilíbrio orçamental e de sustentabilidade das finanças públicas, tendo legitimado a sua conformidade constitucional à luz dos parâmetros decorrentes do princípio da proteção da confiança e do princípio da proporcionalidade precisamente pela natureza transitória da medida.

A contribuição de sustentabilidade (CS) constava dos artigos 2.º e 4.º do Decreto n.º 262/XII da Assembleia da República, mas foi, em sede de fiscalização preventiva, declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. Tratava-se de uma contribuição *permanente* que incidia sobre todas pensões em pagamento – pensões por velhice da Caixa Geral de Aposentações, do Centro Nacional de Pensões do Instituto de Segurança Social, I.P. e da Caixa de Previdência de Advogados e Solicitadores – com um montante mensal líquido superior a €1.000,00, calculada por aplicação de uma taxa ao montante da pensão ou soma de montantes de pensões. No Acórdão n.º 575/2014, de 14 de agosto de 2014, disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>, o Tribunal Constitucional fundamentou a declaração de inconstitucionalidade na insuficiência da fundamentação da medida, na estrutura conjuntural e não estrutural da medida, na indistinção entre as diferentes componentes contributivas das pensões, tendo ainda se pronunciado no sentido de que a medida suscitava um “problema de igualdade [e de justiça intrageracional] entre pensionistas no ponto em que incide sobre todas as pensões pagas por um sistema público de pensões, (...) independentemente de esses

pensão²⁴; quer por via da positivação de fórmulas de automatização do sistema de pensões²⁵ que, no limite, poderão aumentar, manter ou diminuir o montante nominal das pensões; ou mesmo por via indireta, através do aumento da tributação do rendimento de pensões em sede de Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Singulares (IRS).

Adiantamos, desde já, que, no nosso entendimento, o direito à pensão por velhice já reconhecido ao particular beneficia da proteção constitucional

ensionistas se encontrarem em situação distinta por efeito de terem sido objeto de anteriores reformas do sistema com reflexo no cálculo e valor da pensão já em pagamento.” e afirmado que a medida não resolvia qualquer problema no plano da justiça intergeracional, pois incidia também sobre os futuros titulares de pensões sem qualquer ponderação dos efeitos gravosos que as sucessivas modificações do regime de cálculo das pensões e a introdução do fator sustentabilidade implicavam já na determinação do montante da pensão.

²⁴ No ordenamento jurídico português, em nome da convergência entre o regime de proteção social convergente (CGA) e o regime geral da segurança social, ensaiou-se um recálculo das pensões dos funcionários públicos (CGA) de montante líquido mensal superior a €600,00 no artigo 7.º do Decreto n.º 187/XII da Assembleia da República, medida que não entrou em vigor por ter sido, em sede de fiscalização preventiva, declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional – vide o Acórdão n.º 862/2013, de 19 de dezembro, publicado no Diário da República n.º 4/2014, Série I, de 07/01/2014.

²⁵ Os mecanismos automáticos de equilíbrio (*Automatic balancing mechanisms*) visam a sustentabilidade financeira do sistema de pensões e consistem em mecanismos de ajustamento aos elementos demográficos e económicos que alteram a taxa de atualização anual das pensões em pagamento, podendo determinar a contenção na atualização das pensões em pagamento. Existem mecanismos de equilíbrio na Suécia (desde 1998) e na Alemanha (desde 2004). No modelo sueco, o sistema de estabilização automática permite reduzir o montante nominal das pensões em ciclos de decréscimo económico. O modelo alemão prevê um mecanismo de proteção que impede a descida do montante nominal da pensão (cláusula de salvaguarda) e um mecanismo de compensação desses custos através da não revalorização das pensões nos anos seguintes até à recuperação da diferença (cláusula de correção em anos sucessivos). No ordenamento jurídico português, não existe uma fórmula de automatização do sistema de atualização de pensões e o poder político-legislativo tem optado por decisões *ad hoc* quanto à atualização de pensões. No entanto, foi ensaiada uma iniciativa legislativa – o artigo 6.º do Decreto n.º 262/XII da Assembleia da República – que previa a criação e enunciava os critérios para ser construído um mecanismo de indexação das pensões públicas, mas não instituiu a concreta fórmula de atualização das pensões. Tratava-se de um mecanismo inspirado no modelo alemão, com cláusula de salvaguarda (6.º, n.º 2) e cláusula de correção em anos futuros (6.º, n.º 3). No Acórdão n.º 575/2014, de 14 de agosto de 2014, disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>, o Tribunal Constitucional decidiu não tomar conhecimento do pedido de fiscalização da inconstitucionalidade quanto ao artigo 6.º do Decreto, mas a medida não vingou e foi abandonada juntamente com as restantes medidas previstas no Decreto.

específica que é conferida aos direitos fundamentais em geral, o que não significa uma absoluta intangibilidade do direito à pensão, mas que esse direito não pode ser restringido sem mais, tendo o legislador que justificar a restrição do direito com fundamento na incrementação de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e que demonstrar que tal restrição não viola nem os princípios estruturantes do Estado de Direito, nem o núcleo essencial do direito fundamental à pensão²⁶.

Efetivamente, em sistemas constitucionais como o português, onde os mais elementares direitos fundamentais de liberdade podem ser objeto de restrições constitucionalmente justificadas, não se pode afirmar que o direito à pensão por velhice se encontra subtraído a essa possibilidade. À semelhança dos demais direitos fundamentais, o direito à pensão por velhice não é um direito intocável, podendo ser restringido, limitado ou afetado de forma desvantajosa²⁷. Afirmar que o *quantum* da pensão por velhice se encontra protegido ou garantido pela Constituição não significa afirmar a intocabilidade do montante da pensão²⁸.

3.1. Inadmissibilidade das restrições ao direito à pensão por velhice: a doutrina dos direitos adquiridos

Tradicionalmente, a maioria da doutrina constitucional portuguesa defendia que os *direitos a pensões adquiridos*, incluindo os respetivos montantes nominais, eram intocáveis²⁹.

²⁶ Sobre a natureza jurídica do direito à pensão pública por velhice e adotando o entendimento de que este direito reveste natureza de direito materialmente constitucional ou jusfundamental, *vide* MATIAS, Cláudia Isabel Ferraz Dias, “A natureza jurídica do direito à pensão pública por velhice no ordenamento jurídico português”, in *DataVenia*, n.º 11, ano de 2020, pp. 405-428, disponível em: http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao11/datavenia11_p405_428.pdf.

²⁷ Cf. NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, *cit.*, p. 72.

²⁸ Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, *cit.*, pp. 76-77.

²⁹ Assim reconhece LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social?*, *ob. cit.*, p. 272; NEVES, Ilídio das, *Direito da Segurança Social*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 521-522. LOUREIRO,

Segundo a doutrina dos direitos adquiridos, o direito adquirido é o direito subjetivo que, uma vez constituído na esfera jurídica do seu titular, goza de uma espécie de garantia de intangibilidade relativamente a modificações legislativas (restritivas) supervenientes, porquanto os efeitos jurídicos produzidos pela(s) norma(s) jurídica(s) que conferiram o direito consolidaram-se na esfera jurídica do seu titular, tornando o seu direito irrevogável, imutável e irredutível.

A doutrina dos direitos adquiridos privilegia a estabilidade das situações jurídicas de individuais sujeitos de direito, o que, frequentemente, se traduz na perpetuação de regimes legais que originam assimetrias do ponto de vista do interesse coletivo e da justiça social³⁰.

João Carlos, “Contribuição de sustentabilidade & companhia: linhas para uma discussão constitucional ou a arte de morrer ingloriamente em sede de fiscalização preventiva. I – Pensões entre a atualização e a redução”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 92 (2016), p. 729, distingue, quanto à possibilidade de ser reduzido o valor das pensões *em pagamento*, três posições distintas na doutrina e jurisprudência portuguesas: a tese clássica, só marginalmente contestada, segundo a qual uma vez adquirido um direito à pensão, o seu montante não poderia ser reduzido; a tese do pós-crise, que admite apenas reduções temporárias e excecionais dos montantes das pensões em pagamento; e a tese que, reconhecendo o carácter estrutural e não meramente conjuntural da insustentabilidade do sistema de segurança social, admite a possibilidade de redução, a título permanente e não meramente transitório, dos montantes das pensões, no quadro de uma reforma legislativa estrutural, global e gradual.

³⁰ Na doutrina e na jurisprudência constitucionais brasileiras, a questão do direito adquirido à aposentadoria é objeto de intenso estudo, dado que o instituto do direito adquirido tem consagração expressa no texto constitucional brasileiro e o poder político vê-se confrontado com esta limitação de matriz constitucional sempre que pretende modificar as regras da previdência social. O entendimento dominante na doutrina constitucional brasileira é o de que o artigo 5.º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988 proíbe o legislador de, por qualquer via, restringir direitos adquiridos, incluindo os direitos adquiridos à aposentadoria, cujos montantes jamais poderiam ser reduzidos. A maioria da doutrina brasileira entende, ainda, que o disposto no mencionado preceito constitucional não pode sequer ser revisto por emenda constitucional. Contra o entendimento dominante, *vide* SARMENTO, Daniel, “Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social.”, in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, nº. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008, pp. 1-28, que salienta, a propósito da doutrina dos direitos adquiridos, a questão da “tirania constitucional de uma geração sobre as seguintes” e refere que o valor da segurança jurídica, subjacente a esta doutrina, não é o único valor constitucional acolhido pela Constituição brasileira, havendo outros valores, como a democracia, a justiça social e a igualdade material, que também terão de ser equacionados no processo de interpretação da Constituição.

Acresce, ainda, que a proteção que jorra do instituto do direito adquirido e que a doutrina constitucional tradicionalmente considerava ser aplicável à pensão por velhice em pagamento não encontra fundamento na letra do texto constitucional português³¹.

No constitucionalismo português, Gomes Canotilho considera que o princípio da proibição do retrocesso social limita a liberdade de conformação política ao nível dos *direitos adquiridos*, vendando qualquer tentativa de reversibilidade dos direitos já constituídos, afirmando que uma tal reversibilidade constituiria violação clara do princípio da proteção da confiança dos cidadãos, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, que prescreve que, a todos, seja assegurado um mínimo para uma existência condigna. Para o autor, os direitos prestacionais subjetivamente adquiridos devem ser reconhecidos como direitos de propriedade e erigidos a limite intransponível da margem de liberdade de conformação política³².

Assumindo, nesta matéria, uma posição mais restritiva, que passa pela defesa da intocabilidade do direito adquirido à pensão por velhice do regime contributivo³³, Reis Novais afirma que “dentro do direito à pensão há variações substanciais na consistência das posições e situações jurídicas protegidas”³⁴, isto é, gradações de intensidade em termos de tutela jurídica e que “é diversa a consistência de um direito à pensão que se vai formando durante a vida ativa, mas

³¹ Contrariamente à Constituição federal brasileira de 1988, que dispõe, no seu artigo 5.º, inciso XXXVI, que “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, erigindo o instituto do direito adquirido a direito de natureza constitucional.

³² “O reconhecimento desta proteção de «direitos prestacionais de propriedade», subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador (...)” – assim, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 339.

³³ O autor aceita a eventual restrição do direito adquirido à pensão do regime não contributivo, quando afirma que “em qualquer caso, a eventual restrição de direitos consolidados justificada por razões extremas devidamente escrutinadas tem de passar por um controlo judicial intensivo do respeito pelos princípios constitucionais estruturantes (...)”. – sobre este ponto, NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, cit., p. 96.

³⁴ NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, cit., pp. 72-73.

que ainda não está constituído, da de um direito à pensão já reconhecido, subjetivado e consolidado na esfera jurídica do despectivo titular; (...) é diferente a solidez [e força de resistência jurídica] do direito e das expectativas de alguém que já tem a pensão em pagamento e que, por razões de idade ou de saúde, não tem mais condições de retorno ao mercado de trabalho (...) das de um outro alguém que ainda não preenche aqueles requisitos e se encontra na plenitude da vida ativa”³⁵.

Reis Novais defende, portanto, a intocabilidade das pensões contributivas em pagamento, que assumiriam, nesta perspectiva, natureza de direitos constituídos, consolidados ou adquiridos, argumentando que, no plano jurídico infraconstitucional, o legislador tem reafirmado a proteção dos direitos à pensão já constituídos: consagrando o princípio da tutela dos direitos adquiridos e afirmando a distinção entre direitos já constituídos e direitos em formação na Lei de Bases do Sistema de Segurança Social; e garantindo sempre, nas sucessivas revisões legislativas do regime jurídico das pensões, a subsistência dos quantitativos dos direitos à pensão por velhice já constituídos ao abrigo de legislação anterior, dando consistência reforçada às expectativas legítimas dos respetivos titulares quanto à intocabilidade dos seus direitos^{36 37}.

³⁵ NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, cit., p. 73.

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, cit., pp. 74-75.

³⁷ Coisa diferente é afirmar que um direito à pensão por velhice de matriz contributiva, que se constitui na esfera jurídica do seu titular com adequado suporte financeiro em contribuições e quotizações, deve ser objeto de uma mais intensa tutela constitucional do que aquele direito que foi reconhecido sem base em qualquer esforço contributivo do titular, desde logo porque a posição jurídica do pensionista que contribuiu para o financiamento da sua própria pensão por velhice deve ser mais extensamente protegida e valorizada no processo de interpretação constitucional.

3.2. Admissibilidade das restrições ao direito à pensão por velhice

O facto de o legislador ter vindo, no plano infraconstitucional, a reforçar a convicção da intocabilidade do montante das pensões já atribuídas e em pagamento não constitui impedimento ou obstáculo intransponível a uma futura restrição desses direitos, mas significa, isso sim, que uma eventual redução do montante das pensões por velhice em pagamento se sujeita, naturalmente, a um crivo jurídico-constitucional muito mais apertado e exigente, visto que muito maior deve ser a proteção constitucional dos titulares dos direitos já constituídos.

Naturalmente, a redução dos montantes das pensões por velhice em pagamento carecerá, necessariamente, de uma mais intensa tutela jurídica, o que não significa “uma imunização dos referidos direitos e uma subtração a ponderações com outros bens jurídico-constitucionais que se revelem necessárias”³⁸.

Saliente-se que, a par com o princípio da tutela dos direitos, que abrange, em bom rigor, os direitos adquiridos e os direitos em formação³⁹, a Lei de Bases Gerais do Sistema de Segurança Social prevê, também, um princípio de adaptabilidade do quadro legal das pensões a novos condicionalismos sociais⁴⁰.

Portanto, a leitura e conjugação das várias disposições constitucionais consagradas na Lei Fundamental tenderá, inevitavelmente, a evoluir no sentido de abandonar as teses defensoras da intocabilidade dos direitos adquiridos à pensão por velhice e de admitir a sua restrição – tendência que foi, aliás, evidenciada na recente *jurisprudência da crise* em Portugal.

³⁸ LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social?*, ob. cit., p. 273. LOUREIRO, João Carlos, “Contribuição de sustentabilidade & companhia: linhas para uma discussão constitucional ou a arte de morrer ingloriamente em sede de fiscalização preventiva. I – Pensões entre a atualização e a redução”, cit., pp. 747-748.

³⁹ Artigos 20.º e 66.º da Lei de Bases Gerais do Sistema de Segurança Social, Lei n.º 4/2007, de 16 de maio.

⁴⁰ Artigo 63.º, n.º 1 da Lei de Bases Gerais do Sistema de Segurança Social, Lei n.º 4/2007, de 16 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 83-A/2013, de 30 de dezembro.

O direito adquirido, se concebido como um direito absoluto, sacrossanto e intangível, revela-se uma garantia jurídica de *status quo*, que serve muito mais aos que já têm direitos do que aos que nada têm⁴¹. Se considerarmos que os direitos fundamentais sociais são instrumentos constitucionais de emancipação e não de conservação do *status quo*, não podemos aceitar uma doutrina que fossiliza todos os direitos já adquiridos, sem ter em consideração se são justos ou não e se são legítimos ou não⁴².

Com efeito, o direito à pensão por velhice (em pagamento) caracteriza-se por ser um direito fundamental sujeito a restrições como qualquer outro direito fundamental, não havendo fundamento constitucional para lhe conferir estatuto de direito subjetivo supraconstitucional, intocável, inderrogável, imutável.

3.3. A extensão da tutela jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice em pagamento

Assumindo que, do ponto de vista jurídico-constitucional, é possível afetar e/ou restringir o direito à pensão pública por velhice, isto é, as pensões por velhice em pagamento, note-se, todavia, que qualquer medida legislativa restritiva nesta matéria encontra-se submetida a (exigentes) parâmetros de aferição da inconstitucionalidade.

Na verdade, se existe uma ampla margem de conformação do legislador democrático na implementação e na realização positiva de direitos fundamentais sociais, o controlo jurídico-constitucional intensifica-se quando o legislador

⁴¹ SARMENTO, Daniel, “Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social.”, cit., p. 16.

⁴² SARMENTO, Daniel, “Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social.”, cit., p. 27.

pretende alterar as prestações sociais existentes no sentido da sua restrição ou da sua revogação⁴³.

Vejam, então, quais os parâmetros jurídico-constitucionais que balizam e limitam a margem de atuação legislativa do poder político-legislativo nesta matéria.

Não obstante o direito à pensão por velhice, com o seu inerente *montante prestacional*, poder ser considerado, em si mesmo, um direito de natureza jusfundamental⁴⁴, ele constitui, também, uma decorrência ou projeção do direito fundamental à segurança social, bem como do direito fundamental à sobrevivência – por assegurar a subsistência de um grupo social particularmente vulnerável: os idosos. Por outro lado, no âmbito das pensões concedidas com suporte em contribuições sociais, esse direito à pensão por velhice acaba por beneficiar, ainda que parcialmente, da tutela conferida pelo direito fundamental à propriedade.

Como ponto de afluência e confluência de vários âmbitos de proteção de diferentes direitos fundamentais, o direito à pensão por velhice goza de um estatuto jurídico-constitucional *especialmente garantido*, com gradações em termos de tutela jurídica:

i) o montante mensal da pensão por velhice em pagamento que se destine a assegurar a sobrevivência do idoso goza de uma garantia constitucional de proteção absoluta, nunca podendo esse montante ser fixado abaixo do limiar necessário a assegurar uma sobrevivência condigna do idoso;

ii) o montante mensal da pensão por velhice em pagamento que resultou da contribuição social a ele destinado pode ser reduzido, mas tal redução terá de

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, cit., p. 4.

⁴⁴ A este propósito, *vide* MATIAS, Cláudia Isabel Ferraz Dias, “A natureza jurídica do direito à pensão pública por velhice no ordenamento jurídico português”, cit., pp. 405-428.

passar pelo exigente crivo de uma garantia constitucional particularmente reforçada, que resulta da confluência dos âmbitos de proteção do próprio direito fundamental à pensão por velhice e do direito fundamental de propriedade;

iii) o remanescente montante da pensão por velhice em pagamento, na parte em que exceda um mínimo para a existência condigna do idoso, bem como o valor do esforço contributivo na base da concessão da pensão, goza de uma garantia constitucional comum a qualquer direito fundamental, garantia que brota da natureza jusfundamental do direito à pensão por velhice⁴⁵.

A garantia constitucional conferida pelo direito fundamental à pensão por velhice impõe que as alterações que o legislador pretenda introduzir tenham de se fundamentar em comprovados motivos justificados de valor constitucional, como a escassez de recursos, o interesse público na sustentabilidade financeira do sistema de segurança social e/ou o princípio da solidariedade intergeracional, e, bem assim, que tenham de respeitar vários limites constitucionalmente impostos, nomeadamente os que decorrem dos princípios constitucionais estruturantes aplicáveis às restrições de direitos fundamentais.

3.3.1. O limite jurídico-constitucional intransponível do “mínimo para uma existência condigna”

O primeiro parâmetro de controlo a ser mobilizado na eventualidade de restrição do direito à pensão por velhice é, inquestionavelmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa, donde, em conjugação com o direito fundamental à segurança social, enunciado no artigo 63.º, n.º 1 da Constituição, se extrai um

⁴⁵ Para quem não aceite que o direito à pensão por velhice se jusfundamentalizou pelo enraizamento na consciência jurídica geral, a garantia de proteção constitucional comum poderá brotar, *in limine*, do direito fundamental à segurança social.

direito fundamental à sobrevivência, que se traduz numa proibição de o Estado revogar, sem substituição, as normas legais que preveem a atribuição de prestações destinadas a assegurar o mínimo para uma existência condigna⁴⁶. Este entendimento decorre da decisão jurisprudencial proferida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 509/2002⁴⁷ e, atualmente, é aceite pacificamente pela maioria da doutrina constitucional portuguesa.

Portanto, atualmente, entende-se que o Estado tem o dever de assegurar, por via negativa e por via positiva, mediante prestações pecuniárias e/ou em espécie, meios materiais que assegurem a todos, de forma condigna, a sua própria existência, independentemente da conjuntura económica e financeira do país ou de particulares orientações políticas da governação.

Pode-se, por conseguinte, afirmar que o primeiro limite, intransponível, consensualmente aceite na doutrina e jurisprudência constitucional portuguesas, à restrição do direito à pensão por velhice consiste em deixar intocado o mínimo para assegurar uma existência condigna ao idoso.

Como consequência direta deste primeiro limite jurídico-constitucional, o poder político não pode eliminar os institutos *pensão de reforma* ou *pensão por aposentação*, deixando completamente desprotegidos, sem qualquer meio de subsistência, os idosos.⁴⁸

Assim, por exemplo, o direito a uma pensão por velhice solidária ou não contributiva não pode ser suprimido, nem o seu montante pode ser reduzido de tal modo que não assegure uma existência condigna ao seu titular.

⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, cit., p. 12.

⁴⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/2002, de 19 de dezembro de 2002, publicado no Diário da República n.º 36/2003, Série I-A, de 12 de fevereiro de 2003.

⁴⁸ Também por exigência do princípio da igualdade, nunca poderia o poder político assegurar os meios para uma existência condigna aos cidadãos ativos, que ainda têm a possibilidade de ingressar no mercado de trabalho, e deixar de os assegurar a um grupo social inativo, particularmente vulnerável, como é o da terceira idade.

3.3.2. A garantia jurídico-constitucional reforçada decorrente das contribuições acumuladas, destinadas à cobertura da eventualidade de velhice

Contudo, o poder político-legislativo não pode reduzir todos os montantes das pensões por velhice ao mínimo para uma existência condigna, pelo menos no que diz respeito às pensões do sistema previdencial, concedidas em função do esforço contributivo do pensionista, por força de um segundo parâmetro de controlo constitucional – o direito fundamental à propriedade.⁴⁹

Mesmo que o sistema de segurança social português não se caracterize por ser um modelo de capitalização, nunca uma medida legislativa deverá reduzir os montantes das pensões previdenciais para valores que fiquem aquém do que resultaria das contribuições sociais acumuladas, efetivamente pagas⁵⁰ e capitalizadas, destinadas à cobertura do risco social velhice⁵¹, sob pena de o

⁴⁹ Note-se que se o poder político-legislativo diminuísse o montante de todas as pensões ao valor mínimo necessário a assegurar um mínimo para uma existência condigna violaria, também, o princípio da igualdade, que prescreve um tratamento diferenciado das diferentes situações contributivas, bem como o princípio da proporcionalidade na distribuição dos encargos do sistema de segurança social.

⁵⁰ Referir-nos, portanto, a contribuições e quotizações efetivamente percebidas pelo Estado, o que é substancialmente diferente das contribuições e quotizações devidas ao Estado, que incidem sobre remunerações de trabalho declaradas, mas que nunca foram liquidadas, pese embora estejam na base da concessão de prestações sociais por força do princípio da garantia das prestações sociais.

⁵¹ O que não é o mesmo que garantir ao pensionista uma pensão correspondente à totalidade das remunerações mensais reais registadas durante toda a sua carreira contributiva, nem sequer uma pensão correspondente à soma de todas as contribuições sociais efetivamente percebidas pelo Estado durante o período de contribuição, dado que as contribuições para o sistema previdencial de segurança social não se destinam a financiar apenas a eventualidade de velhice, mas financiam globalmente as várias eventualidades a coberto do regime de proteção social, prevendo a lei a percentagem da contribuição que se destinará ao financiamento de cada eventualidade – velhice, invalidez, doença, desemprego, parentalidade, morte.

Assim, discordamos das posições doutrinárias e jurisprudenciais, como a vertida no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013, que negam qualquer proteção constitucional à pensão por velhice decorrente do direito fundamental de propriedade, por considerarem que, nesta matéria, existe um específico direito fundamental aplicável, o direito fundamental à segurança social. Porém, também não entendemos que o direito de propriedade tenha toda a projeção que a doutrina portuguesa usualmente aponta, mais concretamente não defendemos que o direito de propriedade

Estado se apoderar, injustificadamente, do que não lhe pertence ou do que não lhe foi destinado.

Por força do princípio da solidariedade social, típico em modelos de repartição, não vigora no sistema previdencial de segurança social português um princípio de equivalência direta ou de corresponsabilidade estrita entre o montante da obrigação contributiva e o montante mensal da pensão por velhice concedida.

No domínio das pensões, até à data, os desvios ao princípio da corresponsabilidade sempre visaram o favorecimento dos titulares das pensões por velhice: o quadro legal sempre admitiu que o *quantum* da pensão pudesse, por força de mecanismos de solidariedade social que o mitigam, ser superior ao que resultaria da estrita consideração das contribuições sociais acumuladas, devidamente corrigidas, mas nunca igual ou inferior⁵². É, no fundo, esta a aspiração que subjaz ao modelo de repartição: ir mais longe na proteção social do que o modelo de capitalização ou de seguro social e esta aspiração sempre foi particularmente visível no domínio dos regimes legais das pensões.

Uma eventual restrição do direito à pensão por velhice do tipo contributivo não deverá, à partida, descurar a relação sinalagmática entre a obrigação contributiva e o montante do direito à pensão. Com efeito, o somatório das

protege o *quantum* integral da pensão. Com efeito, apenas o somatório das contribuições e quotizações pagas e acumuladas, devidamente corrigido, no percentual, fixado por lei, destinado à cobertura do risco social velhice, corresponde, no fundo, ao património do pensionista, a coberto do direito fundamental de propriedade. Face ao exposto, dir-se-á que a tutela constitucional decorrente do direito de propriedade pode ser, na generalidade dos casos, bastante redutora.

⁵² Apesar de existirem casos em Portugal em que o princípio da solidariedade mitiga o princípio da contributividade em desfavor do titular da prestação social, como sucede com a prestação de subsídio de desemprego, em que o titular fica sujeito a receber uma prestação mensal com um montante máximo, independentemente de poder ter contribuído, no percentual respetivo, para uma prestação de valor superior, essa lógica encontra-se claramente afastada no caso das pensões, podendo afirmar-se a disseminação na consciência social geral de que o percentual da contribuição social destinado ao financiamento da pensão por velhice constitui património dos seus titulares. Esta convicção social foi sempre reforçada por generosas medidas político-legislativas que conferiram direitos à pensão em montantes muito superiores aos que seriam devidos em função do esforço contributivo.

contribuições e quotizações acumuladas e efetivamente pagas e da respetiva capitalização constante do histórico contributivo do pensionista, no percentual da contribuição social, fixado por lei, destinado à cobertura da eventualidade de velhice, corresponde, no fundo, a um direito fundamental de propriedade do pensionista⁵³.

Não deverá ser imputada ao pensionista a irresponsabilidade política de afetação de receitas destinadas ao financiamento de pensões ao financiamento de medidas sociais solidárias, que deveriam ter sido financiadas por via de impostos do orçamento estadual e não por via de contribuições sociais⁵⁴.

⁵³ Sobre este ponto, cf. NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, cit., pp. 73-74: “(...) mesmo não havendo, num sistema de segurança social como o nosso, uma contrapartida exata entre contribuições e pensão, há uma relação finalística, instrumental, sinalagmática, entre os dois planos da obrigação de contribuir durante a vida ativa e do conseqüente direito à pensão. Tal retira à pensão fixada pelo Estado a natureza de pura e simples liberalidade e confere-lhe a natureza de algo também criado pelo esforço contributivo dos beneficiários, a natureza de algo que o Estado prometera e agora *devolve* aos anteriores contribuintes também em função do *quantum* que estes lhe haviam entregado não por opção livre, mas porque o Estado lhes impusera coativamente essa obrigação contributiva em ordem ao financiamento deste tipo de prestações (...)”.

Assinalando que a liberdade de conformação do legislador na *reformatio in pejus* da legislação em vigor é menor no âmbito do sistema *previdencial ou contributivo* e advogando uma tutela reforçada, porventura sustentada no direito fundamental de propriedade, relativamente a quem contribui para o sistema, vide MEDEIROS, Rui, Anotação ao artigo 63.º, in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., pp. 933-934.

No âmbito do direito comparado, a doutrina e a jurisprudência alemãs têm entendido que as pensões resultantes de contribuições não irrisórias constituem uma nova forma de propriedade, protegida sob o direito constitucional de propriedade. – assim, DILIAGKA, Dafni, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, ob. cit, p. 110. Também a doutrina e a jurisprudência gregas consideraram, recentemente, que as pensões por velhice se encontram abrangidas pelo direito de propriedade consagrado na Constituição grega. – neste sentido, vide DILIAGKA, Dafni, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, ob. cit, pp. 107-117.

⁵⁴ Assim o prevê o artigo 54.º da Lei de Bases Gerais do Sistema de Segurança Social – Lei n.º 4/2007, de 16 de maio –: “O sistema previdencial deve ser fundamentalmente autofinanciado, tendo por base uma relação sinalagmática direta entre a obrigação legal de contribuir e o direito às prestações”. As contribuições sociais nem sequer se devem destinar ao financiamento de “mecanismos de compensação social” ou a medidas de solidariedade que o poder político deva implementar, inclusivamente em cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana ou de

No modelo de repartição ou de *pay-as-you-go*, as contribuições sociais do beneficiário destinadas à cobertura da eventualidade de velhice não se destinam ao financiamento da sua própria pensão por velhice, como sucede no modelo de capitalização ou de *funding*, mas visam o financiamento das pensões por velhice do sistema previdencial dos atuais pensionistas.

Não obstante, quando o trabalhador contribui para o financiamento da eventualidade de velhice não o faz com espírito de liberalidade, mas porque a tal se encontra legalmente obrigado segundo um quadro legal que prevê, como contrapartida da sua contribuição – que financiará o pagamento das pensões de outros –, o reconhecimento de um futuro direito a uma pensão de matriz contributiva financiada pelas futuras gerações.

Se, no modelo de repartição, o pensionista não financia o pagamento da sua própria pensão por velhice, tal não significa que o seu direito subjetivo não reveste natureza patrimonial. O modo de financiamento do direito não afasta a natureza patrimonial do direito à pensão por velhice. À medida que o beneficiário vai contribuindo para o sistema de pensões, ele vai formando um direito à pensão de natureza patrimonial, que será maior ou menor no seu montante mensal em função do maior ou menor valor da sua contribuição social.

A natureza patrimonial do direito decorre, ainda, do facto de o reconhecimento administrativo do direito depender da prévia existência de contribuições sociais finalisticamente orientadas para a concessão da pensão do tipo contributivo (prazo de garantia)⁵⁵.

prementes razões de justiça redistributiva. O financiamento do sistema de solidariedade deve ser feito pelo Orçamento de Estado em função e na medida das receitas arrecadadas com impostos.

⁵⁵ As contribuições sociais correspondem, portanto, a tributos obrigatórios, finalisticamente orientados para uma função estadual específica: a proteção social. Efetivamente, se as pensões contributivas não gozam de adequada tutela jurídica, não pode o poder político, legitimamente, exigir o pagamento obrigatório de contribuições sociais destinadas ao financiamento das pensões contributivas. Esta foi, aliás, a posição adotada pela jurisprudência constitucional na Grécia – *v.g.* Council of State (Plenary Session), 10 June 2015, no. 2287-2290/2015 –, a propósito da possibilidade de a componente suplementar (contributiva) da pensão por velhice poder, virtualmente, por força

Por isso se pode afirmar que a pensão por velhice do sistema previdencial que resulta estritamente do somatório das contribuições e quotizações acumuladas e efetivamente pagas, capitalizadas, no percentual fixado por lei como destinado à cobertura do risco social velhice, constitui património ou propriedade do pensionista, enquanto que as pensões por velhice do tipo solidário, financiadas por receitas gerais de impostos, não constituem propriedade dos seus titulares.

Neste sentido já se pronunciou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Gaygusuz v. Áustria*⁵⁶, considerando que uma prestação social para assistência urgente a desempregados prevista na lei austríaca e concedida a desempregados que contribuíram para o fundo de desemprego austríaco e esgotaram o subsídio de desemprego a que tinham direito constitui um direito de natureza patrimonial – *pecuniary right* –, fundamentando que a natureza patrimonial do direito decorre da ligação intrínseca entre o reconhecimento do direito à prestação e a obrigação prévia de o titular pagar contribuições. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem reconheceu a natureza patrimonial do direito sem tecer quaisquer considerações a propósito do modelo de financiamento de segurança social austríaco, que, tal como o português, é um modelo de repartição.⁵⁷

de uma *cláusula de défice nulo*, vir a tornar-se inexistente no futuro, em função da evolução da conjuntura sociodemográfica. – sobre este tema, DILLAGKA, Dafni, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, ob. cit, pp. 91-92.

⁵⁶ *Gaygusuz v. Áustria*, no. 17371/90, European Court of Human Rights (ECHR) 1996, disponível em <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

⁵⁷ Surpreendentemente, no caso *Koua Poirrez v. France*, no. 40892/98, ECHR 2003, disponível em <<https://hudoc.echr.coe.int/>>, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou que um subsídio por deficiência para adultos, uma prestação de natureza solidária ou não contributiva, constituía um direito de propriedade para efeitos de aplicação do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 (ou Protocolo Adicional) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O Tribunal afirmou-o sem desenvolver argumentação jurídica que sustentasse a afirmação, limitando-se a referir que o facto de ter decidido, no caso *Gaygusuz v. Áustria*, que o direito a uma prestação contributiva constituía um direito patrimonial não significava, *a contrario sensu*, que o direito a uma prestação não contributiva não constituísse também um direito de propriedade. Como bem salientou o juiz Mularoni, na sua declaração de voto à decisão proferida em *Koua Poirrez v. France*, não se

Assim, o pensionista dispõe da garantia constitucional patrimonial sobre as contribuições sociais destinadas à eventualidade de velhice, que ele suportou integralmente ou conjuntamente com a sua entidade patronal.

No entanto, considerando que os montantes das pensões por velhice do sistema previdencial português não correspondem ao somatório das contribuições acumuladas e da respetiva capitalização, não existindo correspondência entre o montante das contribuições e o valor das prestações, e considerando, ainda, que os montantes das pensões por velhice do sistema previdencial são resultado da introdução, na fórmula de cálculo, de diversos fatores de natureza solidária ou não contributiva, dificilmente uma medida legislativa restritiva conflitará com esta garantia constitucional.

Trata-se de uma garantia constitucional reforçada por ser ponto de confluência de dois direitos fundamentais – o direito fundamental à pensão por velhice e o direito fundamental de propriedade –, pelo que se exige uma ponderação particularmente cuidadosa das posições jurídicas dos seus titulares – que são titulares não de um, mas de dois direitos fundamentais –, bem como da igualdade de tratamento entre pensionistas com carreiras contributivas distintas.

compreende como é que uma prestação social não contributiva possa ser considerada propriedade do seu titular. Também o juiz Borrego Borrego, na declaração de voto à decisão proferida no caso *Stec and Others v. The United Kingdom*, no. 65731/01, 65900/01, ECHR 2006, disponível em <<https://hudoc.echr.coe.int/>>, defendeu que o Tribunal fora longe de mais na interpretação do conceito de propriedade e que as prestações não contributivas não deviam ser consideradas propriedade dos titulares.

Não obstante, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem reiterado sucessivamente a sua posição nesta matéria, reafirmando que qualquer benefício ou prestação social previsto na lei estadual, incluindo os benefícios do tipo não contributivo, se encontram cobertos pelo âmbito de proteção do direito de propriedade previsto no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção, nos casos *Stec and Others v. The United Kingdom*, nos. 65731/01, 65900/01, ECHR 2006; *Andrejeva v. Latvia*, no. 55707/00, ECHR 2009; *Andrle v. The Czech Republic*, no. 6268/08, ECHR 2011; *Valkov and Others v. Bulgaria*, nos. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 and 2041/05, ECHR 2012; *Da Conceição Mateus and Santos Januário v. Portugal* (dec.), nos. 62235/12 and 57725/12, ECHR 2013; *Mockienė v. Lithuania* (dec.), no. 75916/13, ECHR 2017, todos disponíveis em <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

3.3.3. A garantia jurídico-constitucional decorrente da natureza jusfundamental do direito à pensão por velhice

O reconhecimento de um direito fundamental à pensão por velhice⁵⁸ permite conferir proteção constitucional à pensão por velhice na parte em que exceda o mínimo para uma existência condigna e, bem assim, o estrito cálculo do percentual das contribuições destinado ao financiamento da pensão, devidamente capitalizado.

A garantia constitucional conferida pelo *direito fundamental* à pensão por velhice impõe que as restrições que o legislador pretenda introduzir nas pensões por velhice em pagamento tenham, por um lado, de se fundamentar em comprovados motivos justificados de valor constitucional, como a escassez de recursos, o interesse público na sustentabilidade financeira do sistema de segurança social e/ou o princípio da solidariedade intergeracional, e, por outro lado, de respeitar vários limites constitucionalmente impostos, designadamente os que decorrem dos princípios da proporcionalidade⁵⁹ e da igualdade e a garantia de inviolabilidade do núcleo essencial do direito fundamental.

O núcleo essencial do direito fundamental à pensão por velhice corresponderá ao montante da pensão por velhice que assegura não só uma existência condigna, mas também uma participação na vida social *não ostensivamente dispar* da que o beneficiário passou a usufruir quando lhe foi reconhecido o direito à pensão por velhice. Assim, se a redução do montante da pensão por velhice não permitir condições de vida *minimamente aproximadas* das que o pensionista gozava antes da redução do montante da pensão e implicar uma

⁵⁸ Sobre a natureza jurídica jusfundamental do direito à pensão pública por velhice, *vide* MATIAS, Cláudia Isabel Ferraz Dias, “A natureza jurídica do direito à pensão pública por velhice no ordenamento jurídico português”, *cit.*, pp. 405-428.

⁵⁹ O princípio constitucional estruturante da proporcionalidade, nas suas dimensões de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, serve de parâmetro constitucional para aferir a inconstitucionalidade da medida legislativa restritiva do direito à pensão por velhice (a pensão em pagamento).

modificação substancial do modo de vida do pensionista, estaremos perante uma violação do núcleo essencial do direito fundamental à pensão por velhice.

Com uma abordagem distinta, o Tribunal Constitucional tem recorrido ao princípio da proteção da confiança legítima como parâmetro jurídico-constitucional para aferir se a medida legislativa restritiva do direito à pensão por velhice é ou não conforme à Constituição.

Efetivamente, o princípio da proteção da confiança tem sido o parâmetro constantemente mobilizado pela jurisprudência constitucional em matéria de pensões⁶⁰, independentemente de as pensões se encontrarem em processo de formação ou já em pagamento.

O princípio da proteção da confiança é um dos subprincípios decorrente do princípio do Estado de Direito e das exigências de segurança jurídica⁶¹. A jurisprudência constitucional portuguesa recorre a este princípio constitucional para aferir a inconstitucionalidade de medidas restritivas do direito à pensão por velhice, porquanto uma eventual restrição desse direito configurará uma situação

⁶⁰ Ora, a violação do princípio da proteção da confiança foi apreciada pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade de medidas legislativas aprovadas na sequência da crise económica e financeira que afetou Portugal no período de 2009-2014. O Tribunal Constitucional apreciou a questão da redução das pensões à luz do princípio da proteção da confiança legítima nos Acórdãos n.º 188/2009 (previsão de um limite superior para uma das parcelas da pensão que integra a fórmula de cálculo do montante da pensão), n.º 3/2010 (alterações ao Estatuto da Aposentação), n.º 353/2012 (suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de natal pela Lei do Orçamento de Estado para 2012), n.º 187/2013 (suspensão do pagamento do subsídio de férias pela Lei do Orçamento de Estado para 2013) e n.º 862/2013 (convergência do regime das pensões dos subscritores da Caixa Geral de Aposentações com o regime das pensões dos beneficiários do regime geral de segurança social), todos disponíveis em <www.tribunalconstitucional.pt>.

⁶¹ Como se refere em NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 261, o princípio da proteção da confiança dos cidadãos (ou de determinados grupos sociais) relativamente à ação dos órgãos do Estado, dedutível do artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa, é um elemento essencial não apenas da segurança da ordem jurídica, mas também da própria estruturação do relacionamento entre Estado e cidadãos em Estado de Direito.

de *retrospetividade* ou de *retroatividade inautêntica*⁶², na medida em que o poder político-legislativo pretenderá aprovar uma lei restritiva que vigorará *ex nunc*, mas que afetará direitos que, embora constituídos no passado com a cobertura de lei anterior, prolongam os seus efeitos no presente.

O Tribunal Constitucional aplica o princípio da proteção da confiança como um verdadeiro teste de ponderação de bens, inspirado ou de atuação conjunta com o princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso, em que se pondera, por um lado, o peso específico das *expectativas* dos particulares afetadas pelas medidas legislativas restritivas e, por outro lado, a importância do interesse público a proteger e a própria liberdade de conformação política, decidindo qual prevalece.

Com efeito, o Tribunal Constitucional pondera as *legítimas expectativas* dos pensionistas e pondera os motivos de interesse público na restrição dos direitos às pensões por velhice perante as *legítimas expectativas* dos pensionistas para

⁶² A doutrina e a jurisprudência portuguesas distinguem retroatividade – a nova lei visa regular situações constituídas e com efeitos produzidos na vigência da lei anterior – e retrospetividade ou retroatividade inautêntica – a nova lei visa regular situações constituídas na vigência da lei anterior, mas que ainda produzem efeitos à data de entrada em vigor da nova lei. Se, *a priori*, ressalvadas algumas situações excecionais, a retroatividade de uma lei restritiva de direitos se encontra vedada, por força dos princípios constitucionais de segurança jurídica e de proteção da confiança, sendo reflexo desses princípios as normas consagradas nos artigos 18.º, n.º 3 (proibição de leis retroativas restritivas de direitos, liberdades e garantias), 29.º (proibição de retroatividade de lei penas desfavorável ao arguido) e 103.º, n.º 3 (proibição de impostos retroativos), todos da Constituição, já a restrição de efeitos futuros de normas que constituíram situações jurídicas no passado – retrospetividade – será, em princípio, e salvo casos excecionais, admissível, porquanto é uma decorrência natural dos princípios da democracia e da liberdade de conformação e de revisibilidade político-legislativa.

Desde sempre o Tribunal Constitucional afirmou que o princípio da proteção da confiança não excluía a possibilidade de leis retroativas, mas impunha limites à retroatividade (*lato sensu*), que não poderia afetar de forma intolerável, inadmissível, arbitrária ou excessivamente onerosa a confiança dos particulares. – sobre este tema, *vide* PINTO, Paulo Mota, “A Proteção da confiança na «Jurisprudência da Crise»”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – ensaios críticos*, org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 138-141.

concluir se as *expectativas* são afetadas ou não de forma desproporcionada ou excessiva e, assim, ajuizar sobre a inconstitucionalidade da medida legislativa.

A aplicação prática deste princípio gera as maiores dificuldades, pois se, por um lado, se entende que os pensionistas criaram *legítimas expectativas*⁶³ quanto à permanência de um dado quadro legislativo em matéria de pensões públicas por velhice, por outro lado, o poder político está vinculado à prossecução do interesse público, tendo de dispor de margem de conformação política, incluindo a possibilidade de alterar as leis vigentes.

Nesta ponderação casuística de interesses, são valorados múltiplos fatores e circunstâncias históricas e conjunturais para atribuição de pesos aos interesses em disputa, pelo que o resultado da ponderação apresenta-se, *a priori*, imprevisível e incerto⁶⁴.

Em termos de resultado, o princípio pode determinar soluções bastante diferenciadas consoante a maior ou a menor premência do interesse público, que vão desde a garantia absoluta de intocabilidade dos direitos adquiridos ao abrigo do quadro legislativo anteriormente vigente, passando por exigências mais ténues de proteção das posições jurídicas através de disposições transitórias que salvaguardem os pensionistas de alterações demasiado bruscas no quadro legislativo, até à proteção minimalista dos pensionistas⁶⁵.

Ficou demonstrado na jurisprudência constitucional portuguesa do período da crise financeira de 2009-2014 que a urgência em evitar a insolvência do próprio

⁶³ As expectativas são consideradas legítimas quando, cumulativamente, as posições jurídicas dos particulares foram adquiridas dentro da estrita legalidade, há indícios consistentes de que as expectativas foram, continuamente, toleradas, estimuladas ou geradas pelo poder político e os particulares não poderiam, razoavelmente, esperar alterações radicais no curso de desenvolvimento legislativo normal, tendo adotado planos de vida assentes na estabilidade e na continuidade desse quadro legal.

⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, cit., p. 10; NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes*, ob. cit., pp. 263-264.

⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes*, ob. cit., p. 268.

Estado é um fator que pesa no processo de *ponderação* entre o interesse público na redução dos montantes das pensões por velhice e os direitos dos pensionistas, podendo, efetivamente, justificar a redução dos montantes e em quantitativos significativos.

Por conseguinte, a mobilização do princípio da proteção da confiança legítima pode determinar uma proteção jurídico-constitucional muito reduzida das pensões públicas por velhice em pagamento se o interesse público na restrição das pensões for preponderante.

A nosso ver, devemos, porém, considerar que o pensionista é titular de um *direito subjetivo* de natureza constitucional, o direito fundamental à pensão por velhice⁶⁶, e não de uma mera *legítima expectativa jurídica*, pelo que a questão de uma eventual afetação das pensões por velhice em pagamento deverá ser analisada como uma questão de restrição de um direito fundamental, devendo o princípio da proteção das legítimas expectativas ser mobilizado, essencialmente, para os casos de alterações legislativas do quadro legal das pensões por velhice em formação, sobretudo tendo em vista a tutela daquelas situações em que o aspirante a pensionista se encontra na iminência de satisfazer os requisitos legais de acesso ao direito à pensão e uma medida legislativa restritiva, com efeitos imediatos ou a curto prazo, pretende vedar essa possibilidade.

Na verdade, a tutela jurídico-constitucional conferida ao titular de um direito subjetivo de natureza fundamental será sempre mais forte do que a proteção constitucional, decorrente de um princípio geral de direito constitucional, de meras expectativas jurídicas. Ao reconhecermos a natureza jusfundamental do direito à pensão por velhice conferimos uma adequada tutela jurídico-constitucional à pensão por velhice.

⁶⁶ E, nas pensões contributivas, também titular de um direito fundamental de propriedade.

4. Conclusões

Num quadro de crescente despesa com prestações sociais e na iminência de um cenário de crise económica e financeira, o poder político-legislativo poderá sentir necessidade de repensar, reformar ou mesmo suprimir direitos a prestações sociais concretizadores do direito fundamental à segurança social. Neste contexto, assume relevância a questão da proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice, ou seja, de que modo e com que extensão é que a Lei Fundamental confere proteção a estas pensões.

A questão da proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice no ordenamento jurídico português deve ser estudada sob duas perspetivas: na perspetiva dos direitos à pensão por velhice em formação e na perspetiva dos direitos à pensão por velhice já constituídos na esfera jurídica dos seus titulares.

Delimitar o âmbito da proteção jurídica das pensões públicas por velhice consiste em refletir sobre as questões da reversão do quadro legal das pensões por velhice em formação e da afetação e/ou da restrição das pensões por velhice em pagamento, bem como sobre o modo como a Constituição da República Portuguesa tutela as posições jurídicas quer dos aspirantes a pensionistas, quer dos pensionistas por velhice.

O tema da proteção ou tutela jurídico-constitucional das pensões por velhice em formação coloca-se quando surge uma medida político-legislativa que visa reverter o quadro normativo existente, seja por via da introdução de fórmulas de cálculo da pensão mais penalizadoras para as futuras pensões que as previamente existentes, seja por via da introdução de requisitos legais mais exigentes no acesso ao direito à pensão pública por velhice, como o aumento da idade legal de acesso à pensão.

A tendência doutrinária e jurisprudencial no constitucionalismo português é a de considerar juridicamente admissível que o legislador possa retroceder na

forma como materializou em lei o acesso ao direito à pensão por velhice, podendo, desde que observados determinados parâmetros constitucionais, nomeadamente os relativos à proteção da confiança das expectativas dos aspirantes a pensionistas, alterar as normas legais vigentes em matéria de pensões, podendo a lei nova, tendencialmente mais restritiva no acesso à prestação, ser aplicada aos beneficiários cujos direitos se encontram em processo de formação.

Com efeito, não obstante não ser titular de um direito subjetivo à pensão por velhice, o aspirante a pensionista pautou a sua conduta confiando num determinado enquadramento legal, criando uma *expectativa* digna de tutela jurídico-constitucional, pelo que a alteração legislativa do quadro legal vigente deverá não só ser fundamentada na prossecução de um valor constitucional, como deverá observar também o princípio da segurança jurídica na dimensão da proteção da confiança legítima.

Se a doutrina e a jurisprudência tendem a admitir a possibilidade de algum retrocesso social em matéria de direitos a pensões em processo de formação, a controvérsia jurídica agudiza-se quanto à possibilidade de esse retrocesso social afetar os direitos a pensões já reconhecidos e *consolidados* na esfera jurídica dos respetivos titulares.

Podemos equacionar vários modos de afetação e/ou restrição do direito à pensão pública por velhice: quer seja por via de uma redução no montante nominal da pensão por velhice em pagamento, como medida conjuntural, transitória ou excecional ou como medida estrutural, permanente ou de reforma; quer por via do recálculo da pensão por velhice em pagamento, introduzindo um novo fator de redução na originária fórmula de cálculo da pensão; quer por via da positivação de fórmulas de automatização do sistema de pensões que, no limite, poderão aumentar, manter ou diminuir o montante nominal das pensões; ou mesmo por via indireta, através do aumento da tributação do rendimento de pensões.

Tradicionalmente, a maioria da doutrina constitucional portuguesa defendia que os *direitos a pensões adquiridos*, incluindo os respetivos montantes nominais, eram intocáveis. Nesta perspetiva da doutrina dos direitos adquiridos, o direito adquirido é um direito subjetivo que, uma vez constituído na esfera jurídica do seu titular, goza de uma espécie de garantia de intangibilidade relativamente a modificações legislativas (restritivas) supervenientes, porquanto os efeitos jurídicos produzidos pela(s) norma(s) jurídica(s) que conferiram o direito consolidaram-se na esfera jurídica do seu titular, tornando o seu direito irrevogável, imutável e irredutível.

Discordamos desta perspetiva e consideramos que a redução dos montantes das pensões por velhice em pagamento carecerá, necessariamente, de uma mais intensa tutela jurídica, o que não significa uma imunização dos referidos direitos e uma subtração a ponderações com outros bens jurídico-constitucionais que se revelem necessárias.

No nosso entendimento, o direito à pensão por velhice (em pagamento) caracteriza-se por ser um direito fundamental sujeito a restrições como qualquer outro direito fundamental, não havendo fundamento constitucional para lhe conferir estatuto de direito subjetivo *supraconstitucional*, intocável, inderrogável, imutável.

Assim, e assumindo que, do ponto de vista jurídico-constitucional, é possível afetar e/ou restringir o direito à pensão pública por velhice, isto é, as pensões por velhice em pagamento, note-se, todavia, que qualquer medida legislativa restritiva nesta matéria encontra-se submetida a (exigentes) parâmetros de aferição da inconstitucionalidade.

Como ponto de afluência e confluência de vários âmbitos de proteção de diferentes direitos fundamentais, o direito à pensão por velhice goza de um estatuto jurídico-constitucional *especialmente garantido*, com gradações em termos de tutela jurídica: i) o montante mensal da pensão por velhice em pagamento que se destine a assegurar a sobrevivência do idoso goza de uma

garantia constitucional de proteção absoluta, nunca podendo esse montante ser fixado abaixo do limiar necessário a assegurar uma sobrevivência condigna do idoso; ii) o montante mensal da pensão por velhice em pagamento que resultou da contribuição social a ele destinado pode ser reduzido, mas tal redução terá de passar pelo exigente crivo de uma garantia constitucional particularmente reforçada, que resulta da confluência dos âmbitos de proteção do próprio direito fundamental à pensão por velhice e do direito fundamental de propriedade; iii) o remanescente montante da pensão por velhice em pagamento, na parte em que exceda um mínimo para a existência condigna do idoso, bem como o valor do esforço contributivo na base da concessão da pensão, goza de uma garantia constitucional comum a qualquer direito fundamental, garantia que brota da natureza jusfundamental do direito à pensão por velhice.

Com uma abordagem distinta, o Tribunal Constitucional tem recorrido ao princípio da proteção da confiança legítima como parâmetro jurídico-constitucional para aferir se a medida legislativa restritiva das pensões por velhice *em pagamento* é ou não conforme à Constituição.

O Tribunal Constitucional pondera as *legítimas expectativas* dos pensionistas e pondera os motivos de interesse público na restrição dos direitos às pensões por velhice perante as *legítimas expectativas* dos pensionistas para concluir se as *expectativas* são afetadas ou não de forma desproporcionada ou excessiva e, assim, ajuizar sobre a inconstitucionalidade da medida legislativa.

Em termos de resultado, a mobilização do princípio da proteção da confiança legítima pode determinar uma proteção jurídico-constitucional muito reduzida das pensões públicas por velhice em pagamento se o interesse público na restrição das pensões for preponderante.

A nosso ver, devemos considerar que o pensionista é titular de um *direito subjetivo* de natureza constitucional, o direito fundamental à pensão por velhice, e não de uma mera *legítima expectativa jurídica*, pelo que a questão de uma

eventual afetação das pensões por velhice em pagamento deverá ser analisada como uma questão de restrição de um direito fundamental, devendo o princípio da proteção das legítimas expectativas ser mobilizado, essencialmente, para os casos de alterações legislativas do quadro legal das pensões por velhice em formação.

Na verdade, a tutela jurídico-constitucional conferida ao titular de um direito subjetivo de natureza fundamental será sempre mais intensa e adequada do que a proteção constitucional, decorrente de um princípio geral de direito constitucional, de meras expectativas jurídicas.

A garantia constitucional conferida pelo *direito fundamental* à pensão por velhice impõe que as restrições que o legislador pretenda introduzir nas pensões por velhice em pagamento tenham, por um lado, de se fundamentar em comprovados motivos justificados de valor constitucional, como a escassez de recursos, o interesse público na sustentabilidade financeira do sistema de segurança social e/ou o princípio da solidariedade intergeracional, e, por outro lado, de respeitar vários limites constitucionalmente impostos, designadamente os que decorrem dos princípios da proporcionalidade e da igualdade e a garantia de inviolabilidade do núcleo essencial do direito fundamental.

O núcleo essencial do direito fundamental à pensão por velhice corresponderá ao montante da pensão por velhice que assegura não só uma existência condigna, mas também uma participação na vida social *não ostensivamente dispar* da que o beneficiário passou a usufruir quando lhe foi reconhecido o direito à pensão por velhice. Assim, se a redução do montante da pensão por velhice não permitir condições de vida *minimamente aproximadas* das que o pensionista gozava antes da redução do montante da pensão e implicar uma *modificação substancial do modo de vida do pensionista*, estaremos perante uma violação do núcleo essencial do direito fundamental à pensão por velhice.

Bibliografia

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2003.

DILLAGKA, Dafni, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, Vol. 69 of *Studien aus dem Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik*, Nomos, Baden-Baden, 2018.

GONÇALVES, Luísa Andías, “Reflexões em torno da Reforma das Prestações Sociais – das Pensões em especial”, in AA.VV. org. Fernando Ribeiro Mendes; Nazaré Costa Cabral, *Por Onde vai o Estado Social em Portugal?*, Vida Económica, Porto, 2014, pp. 192-193.

LOUREIRO, JOÃO CARLOS, *Adeus ao Estado Social? - A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos "Direitos Adquiridos"*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

LOUREIRO, João Carlos, “Cortes, Pensões e Jurisprudência em Tempos de Crise: entre o Transitório e o Permanente”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – ensaios críticos*, org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 185-201.

LOUREIRO, João Carlos, “Contribuição de sustentabilidade & companhia: linhas para uma discussão constitucional ou a arte de morrer ingloriamente em sede de fiscalização preventiva. I – Pensões entre a atualização e a redução”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 92, II (2016), pp. 717-755.

LOUREIRO, João Carlos, “Contribuição de sustentabilidade & companhia: linhas para uma discussão constitucional ou a arte de morrer ingloriamente em sede de fiscalização preventiva. II – Sobre o(s) modo(s) de realização da redução retrospectiva dos montantes de pensões”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 93 (2017), pp. 57-88.

MATIAS, Cláudia Isabel Ferraz Dias, “A natureza jurídica do direito à pensão pública por velhice no ordenamento jurídico português”, in *DataVenia*, n.º 11, ano de 2020, pp. 405-428.

MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.^a edição revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017.

MONAHAN, Amy B., “Public Pension Plan Reform: The Legal Framework”, *Education Finance and Policy*, Vol. 5, No. 4, *Rethinking Teacher Retirement Benefit Systems* (Fall 2010), pp. 617-646.

MUNNELL, Alicia/QUINBY, Laura, “Legal Constraints on Changes in State and Local Pensions”, State and Local Issue in Brief 25, Chestnut Hill, MA: Center for Retirement Research at Boston College, 2012.

NEVES, Ilídio das, *Direito da Segurança Social*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais - o direito à segurança social”, in *Jurisprudência constitucional*, Lisboa, n.º 6 (outubro-dezembro 2004), pp. 3-14.

NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais - Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, 1.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, in *Revista E-Pública*, vol. I, n.º 1, 2014, pp. 69-96.

PINTO, Paulo Mota, “A Proteção da confiança na «Jurisprudência da Crise»”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – ensaios críticos*, org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 138-141.

PRADUROUX, Sabrina, “Objects of property rights: old and new”, in *Comparative Property Law: Global Perspectives*, edited by Michele Graziadei and Lionel Smith, Research Handbooks in Comparative Law series, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 51-70.

SARMENTO, Daniel, “Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social.”, in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, n.º. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008, pp. 1-28.

VAN DER WALT, André/WALSH, Rachael, “Comparative constitutional property law”, in *Comparative Property Law: Global Perspectives*, edited by Michele Graziadei and Lionel Smith, Research Handbooks in Comparative Law series, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 193-215.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2017.

E-Sports: Direitos de Arena e de Imagem dos Cyber-Aletas

André Augusto Duarte Monção

Especialista em Direito Desportivo e Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa

RESUMO: O artigo tem como norte uma análise acerca da visão jurídica dos chamados direitos de arena e de imagem do atleta e das equipas em geral, particularmente em relação aos e-sports (esportes eletrônicos). Parte-se de um pequeno histórico, definição e conceito de e-sports até chegar a um estudo sobre as competições eletrônicas, e a luta para torná-las legalmente reconhecidas, após o que, adentra-se na discussão, propriamente dita, sobre os direitos dos cyber-atletas nestas competições e naquilo que convencionou-se chamar de direitos de arena e de imagem. Nesse sentido, trabalha-se com os projetos de lei em andamento para acrescentar o e-sport no ordenamento jurídico brasileiro, esmiuçando-os e aprofundando-os com críticas e considerações decursivas da comparação de textos esparsos que acabam servindo como estudo doutrinário, uma vez que, academicamente falando, inexistente uma doutrina maior sobre o assunto. Na parte final, com base nas premissas estabelecidas no decorrer do estudo, observamos que a certificação legal do e-sport tem sua importância quando enxergamos a categoria como um todo, concluindo-se que o desenvolver dos atletas, da estrutura e dos mecanismos de apoio só tendem a crescer com esse reconhecimento.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito e histórico dos e-sports. 2.1. Pequeno histórico dos games e e-games. 2.2. O crescimento dos e-sports no mundo e no Brasil. 2.3. Conceito de e-sport e de cyber-atleta (e-atleta). 3. Evolução jurídica dos e-sports. 3.1. Aspectos legais dos e-sports. 3.2. As competições e a proteção jurídica dos cyber-atletas, promotores e patrocinadores. 3.3. O direito de arena e de imagem dos cyber-atletas. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade torna-se cada vez mais dinâmica, evoluindo exponencialmente em conhecimento e informações. Dentro dessa constatação, vemos que, hoje, no mundo do entretenimento, a inovação tecnológica proporciona o surgimento de diversas novas formas, além, é claro, de aperfeiçoar outras tantas modalidades.

Com o surgimento da internet e a sua propagação massiva nestes últimos tempos, o mundo virtual começou a ter uma preponderância sobre os relacionamentos humanos, deixando a esfera real quase em segundo plano.

Vemos materializar, então, um novo universo onde os chamados games (jogos eletrônicos) integram o cotidiano dos nossos dias, nas residências ou acompanhando-nos em todos os lugares, por meio do celular, além de apresentarem, cada vez mais, uma enorme semelhança com o real. Plenamente inserido no círculo *pop*, hoje, os games ultrapassaram a barreira do passatempo e, além de instigarem o desdobramento de diversos aplicativos que desempenham enormes benefícios no dia a dia, transformaram-se em instrumentos econômicos poderosos, tornando-se um negócio extremamente lucrativo.

Segundo o reconhecido Cambridge Dictionary¹, em tradução livre, *e-sport*² é a atividade de jogar jogos de computador – jogos eletrônicos - contra outras pessoas, na internet, geralmente por prêmios em dinheiro, frequentemente assistida por outros usuários da internet, muitas vezes em eventos especialmente organizados para isso³. Tal definição, contudo, não contempla a complexidade do vocábulo e, por não contemplar, acaba reduzindo-o.

¹ <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/ESportss>. Acesso em: 02 de março de 2020.

² A grafia do termo costuma variar nos textos específicos a respeito da matéria. Alguns autores preferem utilizar a escrita *e-sports/e-sport*, enquanto outros preferem a forma *esports/esport*.

³ The activity of playing computer games against other people on the internet, often for money, and often watched by other people using the internet, sometimes at special organized events. E-

No ordenamento jurídico brasileiro, inexistente referência específica aos *e-sports* ou e-jogos, mas existem projetos de lei tramitando no Parlamento, que apresentam não só a previsão de competições eletrônicas como a sua caracterização como *e-sport*. Note-se que, em termos culturais, os *e-sports* já foram totalmente absorvidos em terras brasileiras. O que se espera é que venha a ser coroado com um ordenamento jurídico capaz de dirimir dúvidas e proteger eventos, atletas e entidades.

Por fim, conclui-se que, de forma bastante igualitária, a realidade dos *e-sports*, *cyber-atletas* e todo o entorno que lhes move está encontrando, enquanto não surge uma legislação específica, soluções dentro da legislação extravagante e, mesmo, no Direito comparado; isso tudo no aguardo da aprovação de um ordenamento mais específico que certamente acabará por sacramentar o que é de direito para essa nova e grande indústria.

2. CONCEITO E HISTÓRICO DOS E-SPORTS

2.1. Pequeno histórico dos games e e-games

Em meados dos anos 1940, os físicos norte-americanos Thomas T. Goldsmith Jr. e Estle Ray Mann trabalhavam para desenvolver leituras de tubos de raios catódicos de saídas de sinais eletrônicos - para fins de aperfeiçoamento de televisores e monitores - quando, então, imaginaram e criaram um jogo eletrônico bastante simples, inspirado nos displays de radar da Segunda Guerra Mundial.

sports have become a major industry, as some of the top gamers around the world battle each other in a wide range of games. E-sports is now a huge spectator sport. (tradução livre)

Ao conectar um tubo de raios catódicos a um osciloscópio⁴ e elaborar botões que controlavam o ângulo e a trajetória dos traços de luz exibidos naquele instrumento, inventaram um jogo de guerra que, ao usar sobreposições de tela, criava o efeito de disparar mísseis em várias metas. Em 1947, patentearam o protótipo, e assim nasceu a primeira patente de todos os tempos para um jogo eletrônico.

Apesar de sua relevância histórica, o protótipo desenvolvido por Goldmish Jr. e Ray Mann nunca foi produzido em escala, tampouco comercializado ao público, e, embora seja realmente o primeiro jogo eletrônico patenteado, muitos não o consideram um videogame real. Os argumentos utilizados são os de que o dispositivo inventado era puramente mecânico, não usava gráficos de programação, e também que nenhum dispositivo de computador ou memória foi utilizado na criação ou execução do jogo.

Cinco anos depois, o engenheiro nascido na Áustria e radicado no Canadá Josef Kates construiu um computador, o qual chamou de “Bertie the Brain”, para a exposição nacional canadense de 1950. O computador de quatro metros de altura simulava um jogo da velha contra uma inteligência artificial, com níveis de dificuldade reguláveis.

Kates construiu o jogo (“Bertie the Brian”) para mostrar o “tubo additron”, uma versão em miniatura da válvula termiônica, que tinha como objetivo substituir os vários tubos de elétrons individuais e os componentes de suporte necessários para desempenhar a função de um somador digital completo de um bit. Posteriormente, em virtude de questões envolvendo patentes, o “tubo additron” foi impedido de ser utilizado em outros computadores, exceto o próprio Bertie.

⁴ **Osciloscópio** é um instrumento de medida de sinais elétricos/eletrônicos que apresenta gráficos a duas dimensões de um ou mais sinais elétricos (de acordo com a quantidade de canais de entrada).

O mundo do entretenimento estava firmando suas raízes no universo eletrônico e, com isso, fazendo nascer uma indústria até então não imaginada. Nem de longe, os inventores aqui mencionados concebiam o tamanho ou a importância do que restava em seus trabalhos, consideradas, até então, simples ferramentas para a apresentação das possibilidades de uma máquina.

Seis anos depois, o físico norte-americano Willy Higinbotham desenvolveu o “Tennis for Two”, o primeiro jogo de computador exibido publicamente.⁵

Ambos os jogos, “Bernie the Brian” e “Tennis for Two”, usavam uma tela de osciloscópio e estão na disputa para receber o crédito como o primeiro videogame da História. Mas é certo que nenhum deles existiria sem as descobertas e a tecnologia criadas anteriormente por Thomas T. Goldsmith Jr. e Estle Ray Mann.

Embora as capacidades gráficas do PDP-1⁶ - computador produzido no final da década de 1950 - tivessem aplicações sérias, foi o jogo *Spacewar* que o tornou famoso. O game *Spacewar* foi concebido pelos estudantes do *Massachusetts Institute of Technology (MIT)* Steve Russell, Martin Graetz e Wayne Wiitanen, no ano de 1962.

Spacewar consiste em um game com dois jogadores, cada um no comando de uma nave espacial, que estão tentando destruir um ao outro dentro de um campo estelar astronômica e corretamente, bem como outras características que refletem a física do mundo real. O jogo fez uso da estrutura de E / S fácil do PDP-

⁵ DONOVAN, Tristan. *Replay: the history of video games*. 1ª. ed. England: East Sussex, 2010.

⁶ *Programmable Data Processor* — família de mini-computadores da Digital Equipment Corporation (DEC): PDP-1 - primeiro computador da família PDP da DEC, produzido em 1959.

1 para adicionar controladores de jogo e, logo após a criação inicial, um joystick⁷ de caça a jato excedente.⁸

Surgia, aí, a “Era dos Games”, uma forma de diversão intrinsecamente afeita à disputa, em parâmetros relativamente definidos. Essa diversão pode se dar dentro do círculo de amigos ou com estranhos, na web. Há a possibilidade, também, de se jogar em grupo, ou cada jogador fazê-lo sozinho, pois, mesmo nessa hipótese, a competição continua a existir, uma vez que se pode realizar uma disputa contra a máquina, contra o tempo, ou mesmo contra os próprios records.

Como não poderia deixar de ser, com o passar dos anos, as disputas isoladas evoluíram para competições e, assim, tivemos o primeiro certame esportivo eletrônico que se tem notícia, patrocinado pela Revista *Rolling Stone*, no dia 19 de outubro de 1972, envolvendo o jogo *Spacewar*. Tal evento foi batizado oficialmente de “Olimpíadas Intergalácticas de *Spacewar*”, voltado para os alunos da universidade norte-americana de Stamford, e teve como premiação máxima, concedida ao vencedor, a assinatura da *Rolling Stone* pelo período de um ano.

Alguns anos depois, em 1980, organizado pela *Atari*⁹, realizou-se o “Space Invaders Championship”, primeira competição de *e-sports* em grande escala, com a participação de quase 10.000 (dez mil) competidores. A vencedora do torneio foi a norte-americana Rebecca Heineman - que tinha 17 anos de idade na época - a qual recebeu como prêmio um *arcade* (aparelho também conhecido no Brasil

⁷ *Joystick* é um periférico de computador e videogames pessoal ou um dispositivo geral de controle, que consiste numa vara vertical, na qual os pivôs se aproximam de uma extremidade e transmitem o seu ângulo em duas ou três dimensões a um computador.

⁸ <https://www.computerhistory.org/pdp-1/spacewar/>. Acesso em: 07 de março de 2020.

⁹ *Atari, Inc.* é uma empresa de produtos eletrônicos, e uma das principais responsáveis pela popularização dos videogames. Foi fundada em 1972 por Nolan Bushnell e Ted Dabney, e no mesmo ano começou a produzir em massa máquinas que reproduziam o jogo *Pong*.

como fliperama)¹⁰. Rebecca é considerada historicamente a primeira campeã de torneios oficiais de *e-sports*.

A década de 1980 foi um período muito fértil em torneios e competições, consolidando o embrião dos *e-sports*. Nessa mesma época, os jogos eletrônicos começaram a ter espaço na TV, seja por meio de programas que apresentavam novidades em games, seja com as próprias transmissões das competições, tendo como alguns exemplos os programas *Starcade*¹¹, da emissora estadunidense *TBS*, e o bastante popular *That's Incredible!*¹², da também norte-americana *ABC*.

Em 1990, foi realizado o “Nintendo World Championships”, série de competições de *e-sports* patrocinada pela empresa japonesa *Nintendo Co., Ltd.*, fabricante de consoles de jogos eletrônicos (videogames) e games, que percorreu 29 cidades dos Estados Unidos, tendo sua final disputada na cidade de Los Angeles, no estado da Califórnia. Em 1994, ocorreu a segunda edição desse evento, a “Nintendo PowerFest ‘94”.

Durante a década de 2000, várias competições importantes ocorreram ao redor do mundo, sendo os principais torneios que podemos citar as edições do “Intel Extreme Masters” (Alemanha, EUA, Suécia, Canadá, China), da “Major

¹⁰ *Arcade* é um aparelho de jogo eletrônico profissional, usualmente instalado em estabelecimentos de entretenimento. Compõe-se de um gabinete (caixa de madeira ou material plástico), tubo de imagem (CRT) ou monitor de vídeo, fonte de alimentação, controle(s) de jogo e sistema de jogo.

¹¹ *Starcade* foi um game show onde os concorrentes competiam entre si jogando videogame *arcade* (fliperama). A série foi ao ar originalmente na *TBS*, de 1982 a 1983, seguida de uma série de distribuição para a temporada seguinte. A série foi apresentada pela primeira vez por Mark Richards. (tradução livre) <https://tvtropes.org/pmwiki/pmwiki.php/Series/Starcade>. Acesso: em 07 de março de 2020.

¹² *That's incredible!* (Tradução “Isso é incrível!”) foi um reality show norte-americano que foi ao ar na rede de televisão *ABC*, de 1980 a 1984. O programa apresentava pessoas realizando acrobacias e reconstituições de eventos supostamente paranormais. Também apresentava pessoas com talentos incomuns, bem como avanços científicos, médicos e tecnológicos, e competições de games. O slogan do programa, dito por um de seus apresentadores na conclusão de um segmento, era o mesmo que o título: “Isso é incrível!”. (tradução livre) <http://www.poobala.com/incredible.html>. Acesso em: 08 de março de 2020.

League Gaming” (EUA e Canadá) e do “World Cyber Games” (Coreia do Sul, EUA, Singapura, Itália, Alemanha).

Na mesma década, foi fundado o primeiro órgão associativo internacional de equipes de *e-sports*, o *G7 Teams* (ou Federação G7), originalmente formado pelas equipes *Fnatic* (Inglaterra), *4 Kings* (Inglaterra), *MouseSports* (Alemanha), *SK Gaming* (Alemanha), *Made in Brazil* (Brasil), *Ninjas in Pyjamas* (Suécia) e *Team 3D* (EUA).

2.2. O crescimento dos e-sports no mundo e no Brasil

A partir das décadas de 2000 e, principalmente, de 2010, a evolução da internet mudou drasticamente o cenário competitivo dos jogos eletrônicos. Com conexões de banda larga cada vez mais rápidas, as antigas limitações físicas e geográficas para a realização de eventos foram rompidas, o que, de forma exponencial, aumentou significativamente o número de jogadores envolvidos e aproximou, ainda mais, o público entusiasta dessas competições.

Nesse cenário, a Coreia do Sul – que, após a crise asiática da década 90, investiu pesado em telecomunicações e infraestrutura de redes, fazendo com que a maioria de sua população pudesse ter acesso a uma conexão de internet de alta velocidade - passou a se destacar no cenário dos *e-sports*, especialmente com a criação de dois canais de televisão com programação exclusivamente dedicada aos jogos eletrônicos, o *Ongamenet* e o *MBCGame*, inclusive com a transmissão ao vivo de torneios.

Não se pode deixar de mencionar que o grande investimento em redes de internet por parte do governo sul-coreano provocou como efeito uma massificação de *lan-houses* pelo país – conhecidas naquele país como “PC Bangs” – que se tornaram, para os jovens daquela nação, uma alternativa para reunir os

amigos e se entreterem diversa da prática dos esportes¹³ convencionais, a exemplo do futebol e do basquete.

Consolidando esse protagonismo no cenário dos *e-sports*, já no ano de 2000, com o aval do Ministério da Cultura, Esportes e Turismo do Governo sul-coreano, foi fundada a *Korea E-Sports Association (KeSPA)*, que tinha como objetivo fazer do *e-sport* um esporte oficial naquele país, cuidando, ainda, de transmissões e promoções de eventos, bem como promovendo a profissionalização e monitorando as condições de trabalho dos *cyber-atletas*, servindo, ainda, como um instrumento para encorajar os sul-coreanos a jogarem videogame.

Podemos afirmar, então, que o *e-sport* como conhecemos hoje originou-se na Coreia do Sul, afinal, foi nesse país que surgiram os primeiros torneios envolvendo equipes e jogadores profissionais.

Não demorou para que o resto da Ásia, a Europa e os Estados Unidos seguissem o mesmo caminho e se incorporassem à categoria. No Brasil, os jogos eletrônicos, durante muito tempo, foram vistos como simples forma de lazer, sendo a modalidade praticada de forma completamente amadora. Enquanto já era realidade em vários lugares do mundo, aqui, alguém que quisesse seguir como profissional - tornar-se um *pro-player*¹⁴ - não conseguiria viver economicamente dessa atividade, realidade que só veio a se modificar há cerca de cinco ou seis anos.

Com o passar do tempo, as empresas brasileiras começaram a olhar com carinho para as incipientes vantagens econômicas que o *e-sport* e seus torneios poderiam trazer. Assim, voltaram a atenção de seus departamentos de marketing

¹³ No decorrer deste artigo, utilizaremos propositadamente as palavras esporte e desporto (como é utilizada no português de Portugal) como sinônimas, embora haja alguma discussão na doutrina se os termos têm o mesmo significado.

¹⁴ Termo comumente utilizado para designar os jogadores profissionais de esportes eletrônicos.

ao “novo” mercado que surgia, enxergando, ali, oportunidades de expansão em suas atividades.

Logo, foi se formando uma nova realidade, voltada para a profissionalização da atividade. Jogadores, equipes e competições foram brotando no terreno fértil do entretenimento, o que permitiu que os atletas (*cyber-atletas*) pudessem ter dedicação exclusiva ao *e-sport*.

Após o pioneirismo da Coreia do Sul, outros países criaram ou adaptaram canais de TV para a divulgação e transmissão de competições de *e-sports*, tais como a Inglaterra, por meio do canal *XLEAGUE.TV*, a França, com o *Game One*, a Alemanha, com o *GIGA Television*, os EUA, com a *ESPN* e o *G4TV*. No Brasil, tanto o canal *ESPN* quanto os canais *SporTV* e *Esporte Interativo* possuem em sua grade uma programação especial dedicada aos torneios de *e-sports*.

Ponto crucial para a cada vez maior popularização da atividade, principalmente na década de 2010, foi a disseminação do *streaming*¹⁵, sendo a principal fonte o *Twitch*¹⁶, lançado em 2011, que é um *website* especializado em transmissões de jogos eletrônicos, no qual as competições envolvendo os jogos

¹⁵ *Streaming* é a transmissão contínua de arquivos de áudio ou vídeo de um servidor para um cliente. Em termos mais simples, o *streaming* é o que acontece quando os consumidores assistem à TV ou ouvem *podcasts* em dispositivos conectados à internet. Com o *streaming*, o arquivo de mídia que está sendo reproduzido no dispositivo cliente é armazenado remotamente e, assim, as informações não são armazenadas pelo usuário em seu próprio computador. (tradução livre) <https://www.cloudflare.com/learning/performance/what-is-streaming/>. Acesso em: 08 de março de 2020.

¹⁶ Para os fãs de *streamers* - uma mistura de artistas e profissionais que jogam videogame para um público amplo - o *twitch* é um modo de vida. Considere os números: em 2017, os usuários do Twitch.tv registraram mais de 355 milhões de minutos assistindo a 2 milhões de transmissões feitas por *streamers*, a maioria dos quais transmitindo jogos de videogames ao vivo. O *Twitch* nasceu, inauspiciosamente, do reality show on-line experimental Justin.tv. Ele narra a vida de Justin Kan, um cara normal, fazendo coisas comuns. Porém, Kan e o cofundador Emmett Shear construíram inadvertidamente uma plataforma de vídeo que facilitou a transmissão de conteúdo ao vivo para uma audiência interativa, com sua própria sala de bate-papo. Entre 2011 e 2012, o site passou de 3,5 milhões para 20 milhões de visitantes mensais, e cresceu exponencialmente para centenas de milhões de pessoas atualmente. <https://www.newsweek.com/2018/05/11/twitch-909594.html> (tradução livre). Acesso em: 10 de março de 2020.

League of Legends (LoL) e *Defense of the Ancients (DotA)* são as competições mais assistidas e acessadas em todo o mundo.

Essa década de 2010 é, também, detentora do crescimento das presenças físicas de espectadores em eventos e da enorme multiplicação na audiência. O “The International”, torneio realizado no ano de 2013, esgotou o número de ingressos em evento no Staples Center, na cidade de Los Angeles (capacidade para 18.000 pessoas). Em 2014, um torneio oficial de LoL - da “League of Legends World Championship” – contou com 40.000 (quarenta mil) pessoas presentes no Seul World Cup Stadium, na Coreia do Sul. Dentro da realidade do Brasil, no ano de 2015, mais de 12.000 (doze mil) espectadores compareceram na final do “Campeonato Brasileiro de League of Legends” (CBLLoL), que ocorreu no Allianz Parque, em São Paulo, mesmo público que esteve presente no Ginásio do Ibirapuera, também em São Paulo, na edição do ano de 2016.

Para se ter uma ideia do papel que os games estão desempenhando na cultura humana neste início de terceiro milênio, basta repetir o que vem sendo reiteradamente alardeado, a saber, que a movimentação financeira de sua indústria é superior à do cinema; e é a terceira no mundo, perdendo apenas para a indústria bélica e para a automobilística. Desse fato, é possível deduzir que os games são os grandes estimuladores e responsáveis pelo avanço tecnológico da indústria do entretenimento, aproveitando-se das pesquisas de ponta, ao mesmo tempo em que as disponibilizam em larga escala e com grande rapidez.¹⁷

Segundo o estrategista de marketing relacionado aos *e-sports* Craig Keller, da empresa *Digital Surgeons*, expert no assunto, o nível do cenário competitivo subiu muito graças à evolução e profissionalização das organizações de competições, normas, prêmios, entre outros fatores:

¹⁷ SANTAELLA, Lucia; FEITOZA, Mirna. *Mapa do jogo: a diversidade cultural dos games*. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. x.

“Este ano passado [2014] foi enorme para o crescimento dos *e-sports*. O número de pessoas que assistiram a eventos de *e-sports* já havia dobrado o total de todo o ano de 2014 em outubro. O valor da produção dos eventos atingiu novos patamares graças às inovadoras equipes de produção de palco e transmissão que ultrapassam os limites de seu ofício. As equipes estão ficando mais esclarecidas sobre como operar seus negócios; tornar-se criadores de conteúdo e melhores profissionais de marketing para os patrocinadores que alimentam suas linhas de crédito. O ano passado trouxe mais espaços dedicados à cobertura de *e-sports* on-line, maior padronização das ligas e instalações de treinamento formalizadas para os jogadores, que se esforçaram ao máximo para aumentar o nível do jogo competitivo.” (ESPORTS MARKETING BLOG, 2015).¹⁸

Hoje, é bastante variável, mas um jogador profissional de *e-sports* - um *pro-player* - no Brasil, recebe como remuneração mensal cerca de R\$ 3.000,00 (três mil reais), podendo chegar entre R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) mensais. Atletas de destaque na elite do esporte eletrônico, de acordo com sua performance e patrocínio pessoal, podem alcançar valores ainda maiores.

Os jogadores profissionais costumam transmitir on-line seus jogos, fazer *streaming* - no jargão eletrônico - e, com isso, acabam juntando uma legião de seguidores, atraindo, além do público, novos patrocinadores e alavancando, ainda mais, suas rendas. Afora isso, durante a temporada anual, vários são os campeonatos onde as contendidas costumam pagar premiações milionárias.

Entre os grandes patrocinadores de torneios no mundo, temos a *Turner* e a *Intel*, além de várias empresas de comunicação que fazem as transmissões oficiais das competições. No Brasil, como dito antes, podemos destacar como principais

¹⁸ <http://eSportss-marketing-blog.com/rise-of-eSportss/>. Acesso em: 10 de março de 2020.

fomentadoras dos *e-sports* as emissoras de TV *Esporte Interativo*, *SporTV* e *ESPN*, e a provedora de internet banda larga *Vivo Fibra*.

Similar ao que acontece nos campeonatos de futebol, para disputar as grandes competições mundiais de esportes eletrônicos, é necessário participar de torneios classificatórios. As etapas classificatórias levam aos “mundiais”, que, nos *e-sports*, recebem o nome de “Major”.

No caso específico do game *CS:GO*¹⁹ existe, também, uma forma de classificação direta para o mundial, que ocorre quando uma equipe atinge o status de “Legends”. Para atingir esse status, é necessário que o time ultrapasse a fase de grupos, chegando às quartas-de-final. Existem, atualmente, duas equipes brasileiras com esse status de “Legends”, uma classificada como o melhor time do mundo, a *SK Gaming*, e a sexta colocada no ranking mundial, a *Immortals*.

Usando o mundial de *League of Legends* como exemplo do crescimento dos *e-sports* no Brasil, salienta-se que, em todos os últimos torneios mundiais, há vaga destinada para uma equipe brasileira. Tal vaga é alcançada por meio do já mencionado “Campeonato Brasileiro de League of Legends – CBLLoL”, no qual o campeão garante sua ida para o certame mundial. No entanto, por ser o campeonato nacional ainda incipiente e não tão forte no cenário internacional, essa vaga é para a disputa em uma etapa de grupos, contra times advindos de campeonatos considerados mais fracos originados de torneios da América Latina, Japão, Rússia, Austrália, Nova Zelândia, dentre outros.

Falando exclusivamente da realidade do Brasil, destacamos que, somente no ano de 2019, o segmento dos esportes eletrônicos teve um crescimento na casa de 20% (vinte por cento) em relação ao ano anterior e, atualmente, o país já conta

¹⁹ *Counter-Strike: Global Offensive (CS:GO)* é um jogo de tiro em primeira pessoa, on-line, desenvolvido pela Valve Corporation e pela *Hidden Path Entertainment*, sendo uma sequência de *Counter-Strike: Source*.

com mais de 21 milhões de pessoas direta e indiretamente ligadas a essas modalidades.

O número de “torcedores ocasionais” - que são aqueles que assistem a apenas algumas partidas ou eventos durante o ano - é a maioria e representa cerca de 12 milhões de pessoas. Por sua vez, o público considerado “torcedor” - aquele que acompanha jogadores e equipes durante toda a temporada - não fica muito atrás e conta com mais de 9 milhões de membros.

Desde 2018, o número de entusiastas no Brasil já colocava o país na terceira posição mundial do ranking de público de *e-sports*. Em 2019, essa colocação se manteve e o país segue atrás apenas dos Estados Unidos (22,4 milhões de fãs) e da China (75 milhões). A posição do país impressiona em nível internacional, e diversas equipes e competidores brasileiros já conquistaram feitos significativos na modalidade.

Um dos principais destaques nacionais é o e-atleta Gabriel “FalleN” Toledo. Além de ser um jogador mundialmente reconhecido, tendo vencido diversas competições internacionais e, assim, garantido o seu lugar na história dos *e-sports*, “FalleN” também fundou, em 2016, juntamente com outros grandes nomes da categoria, a *Games Academy*, a maior plataforma de aprendizado relacionada ao game *CS:GO* no Brasil, e pioneira no setor.

A plataforma é atualizada com frequência constante desde o seu lançamento, e abriu o caminho para que diversas outras empresas lançassem suas próprias versões e ajudassem ainda mais a fomentar os esportes eletrônicos, aumentando o número de praticantes e entusiastas no país.²⁰

Com crescimento em franca ascensão há anos, o setor de *e-sports* é um dos *grandes destaques* da última década. Todas as previsões nacionais e

²⁰ <https://www.consumoempauta.com.br/crescimento-dos-e-sports/>. Acesso em 10 de março de 2020.

internacionais em relação ao setor para os próximos anos são positivas e o futuro da modalidade é bastante promissor.

2.3. Conceito de e-sport e de cyber-atleta (e-atleta)

A interação entre humanidade e ciência acabou por transformar a engenharia da comunicação, aprimorando-a. Esse casamento entre comunicação e ciência trouxe novidades e avanços para a nova sociedade, quebrando velhas fronteiras geográficas. Sem separações, a integração tornou o desenvolvimento cada vez mais rápido e, por consequência, a tecnologia passou, então, a visitar outros campos do conhecimento, entre eles o entretenimento.

Certamente não foi com a tecnologia que nasceram os jogos. Segundo Johan Huizinga, o jogo deve ser reconhecido como algo inato ao homem e mesmo aos animais, uma categoria absolutamente primária da vida, logo anterior à cultura. Tendo esta evoluído no jogo, este vai além do indivíduo.

“(...) Todo ser pensante é capaz de entender à primeira vista que o jogo possui uma realidade autônoma, mesmo que a sua língua não possua um termo geral capaz de defini-lo. A existência do jogo é inegável. É possível negar se quiser, quase todas as abstrações; a justiça, a beleza, o bem, Deus. É possível negar-se a seriedade, mas não o jogo.”²¹

Mais, seguindo o raciocínio de Huizinga, observamos que o conceito de jogo não tem ligações somente com o lazer, mas com o âmago do ser humano. Está junto a todas as formas de diversão, competição ou expressão da humanidade.

²¹ HUIZINGA, Johan. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. 8ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 6.

Podemos deduzir, então, que o jogo sempre fez parte da natureza do homem e dos meios à sua volta. A tarefa difícil de conceituar o *e-sport* foi realizada, dentre outros, por Barbanti, que assim o conceitua:

“Uma atividade competitiva institucionalizada que envolve esforço físico vigoroso ou o uso de habilidades motoras relativamente complexas, por indivíduos, cuja participação é motivada por uma combinação e fatores intrínsecos e extrínsecos.”²²

Antes de tudo, é importante partir do pressuposto de que há alguns requisitos ou elementos que devem coexistir obrigatoriamente para que uma determinada atividade seja considerada esporte, quais sejam: a) *atividade física*, independentemente da intensidade; b) *caráter interpessoal*, ou seja, que haja, pelo menos, duas pessoas mantendo uma relação de modo competitivo, almejando o alcance de um mesmo objetivo; c) *existência de regras previamente estabelecidas*, que indica que os participantes realizam a prática desportiva específica nos mesmos moldes, da mesma forma, como meio de estabelecer um equilíbrio na disputa; d) *ocorrência de competição*, pois o objetivo da disputa é que tenha um vencedor; e) *objetivo final competitivo e não meramente artístico*, razão pela qual, por exemplo, um concurso de dança, ainda que possa existir nele inserido o requisito da competição, é considerado uma manifestação artística²³. A ausência de qualquer deles retira a natureza da atividade como esporte.²⁴

Tomando como base os critérios acima estabelecidos, não há dúvidas sobre o enquadramento dos *e-sports* como esporte. Nesse sentido, ratificam a ideia os

²² BARBANTI, Valdir J. *O que é esporte?* Revista Brasileira de Atividade Física e Saúde, São Paulo, SP, v. 11, 54-58, 2012, p. 57. Disponível em: <http://rbafs.org.br/RBAFS/article/view/833>. Acesso em: 09/03/2020.

²³ Nesse ponto, cumpre frisar que o Comitê Olímpico Internacional - COI reconhece a dança esportiva como esporte, mas não a trata como esporte olímpico; as competições são disputadas nos Jogos Mundiais, que se destinam a competições esportivas não olímpicas. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Dança_esportiva. Acesso em: 20 de março de 2020.

²⁴ CASTRO, Luiz Roberto Martins. Conceito e Evolução Sociológica do Esporte. In: *Enciclopédia de Gestão, Marketing e Direito Desportivo*. Volume I, pp. 15-42. Porto Alegre: INEJE, 2017, p. 16-17.

apontamentos elencados no “Guia Legal Sobre E-Sports”, elaborado pela ONTIER:

E-Sports têm todas as características típicas do “esporte”. Para afirmar que o *e-sports* é uma modalidade esportiva, os recursos ou requisitos indicados devem estar presente neles. Sua participação é analisada em detalhes abaixo:

Atividade física e intelectual. Esse primeiro recurso se manifesta nos *e-sports* nos dois aspectos. Por um lado, a participação nessa atividade envolve significativa exaustão física, o que configura seus participantes como verdadeiros atletas do ponto de vista físico. Isso é o que a longa duração de competições e o alto nível de concentração de alguns jogos exigem uma demanda física real.

Em segundo lugar, indiscutível é a presença de atividade intelectual em tais competições e atividades. De fato, o aspecto principal da participação em tal atividade é o desenvolvimento intelectual do participante.

Dependendo, além disso, do tipo de videogame usado para competir, predomina um tipo de esforço sobre o outro. O caso do atirador é paradigmático, no qual a atividade física e a habilidade são predominantes e os aproxima de disciplinas como o tiro olímpico.

Participação organizada. Uma das características da competição nos *e-sports* é seu caráter organizado. Os próprios estúdios de desenvolvimento de videogames, como a Riot Games ou entidades independentes, como o LVP, eles organizam competições seguidas por milhares de pessoas.

Jogo ou competição. Ambas as características são típicas dos *e-sports*. Os videogames nasceram como um entretenimento e

tornaram-se uma competição com sistemas de classificação e nomeações de campeão em diferentes níveis.

Treinamento. Clubes de esportes eletrônicos que competem nos principais torneios têm treinadores que projetam as estratégias de jogo e as aprimoram com os jogadores, que tendem a se concentrar regularmente em centros de treinamento preparados para eles. De fato, o treinamento também tem uma versão claramente lúdica, que também é parte do esporte configurado como lazer ou distração; de tal maneira, que nos videogames é complexo diferenciar claramente esse componente, o que é uma ótima vantagem sobre outros esportes e sua dificuldade de acessar o tempo de lazer de seus praticantes.

Sujeito a padrões. Os esportes eletrônicos estão duplamente sujeitos a regulamentos. Por um lado, internamente, eles devem seguir as próprias limitações e regras nas quais o desenvolvimento do jogo se baseia. Por outro lado, externamente, a competição é baseada em uma série de regras organizacionais. Regula questões semelhantes a qualquer regulamento de competições em uso, como: quem pode participar, como será desenvolvida a competição, etc.

Caráter competitivo. Claramente, essa característica pode ser atribuída nos *e-sports* em sua prática profissional, tanto pelo resultado econômico do mesmo como pelo reconhecimento que os vencedores obtêm, amplo reconhecimento social e público, portanto, além do mero "jogo por jogo" existe, neste caso, um claro interesse competitivo.

A concordância de todas essas características implica que o *e-sport* pode ser considerado uma modalidade esportiva. De fato, vários países adotaram medidas destinadas a reconhecer oficialmente o *e-*

sport como "esporte". (ONTIER *apud* TRIVINO, 2016, p. 27).²⁵

Dessa forma, chega-se à conclusão de que o *e-sport* é a atividade física e intelectual, de forma organizada e competitiva, que segue normas internas e externas, objetivando a integração de relações sociais, e tem como característica principal o ambiente virtual como plataforma da prática desportiva. Os esportes eletrônicos são uma nova modalidade surgida há poucos anos e que vem dominando o mercado de games e atraindo legiões de jovens no mundo.

E o *cyber-atleta* (e-atleta)? Quem é? Vejamos um breve relato da jogadora norte-americana Lynnne "artStar" Noquez contando um pouco sobre a sua rotina diária como profissional do *e-sport*:

“Acordo umas 11h e respondo a todos os meus e-mails de trabalho. Depois, me arrumo por volta de 12-13h, preparo o almoço com meu noivo ou, às vezes, saio para comer com a família dele. Passo minhas tardes fazendo o que preciso naquele dia. Pode ser terminar algumas tarefas, limpar a casa, preparar o jantar ou, se tiver sorte e fiz tudo isso em outro dia, geralmente fico com minha família e amigos. Faço tudo isso até umas 17h, e é aí que começo o treino individual de *Counter-Strike*. Assisto a uma demonstração, dou uma olhada nas minhas granadas, jogo ou vejo algo no Twitch. Lá pelas 19h, começa o treino com a equipe Dignitas. Fazemos uma pausa breve no meio do treino para jantar e terminamos por volta das 23h. Logo depois do treino, eu normalmente vou direto para a cama e repito o mesmo dia nos 5 dias da semana!

Outros jogadores treinam com a equipe durante o dia, e não à noite, mas suas rotinas são semelhantes: estipular longos períodos para

²⁵ <https://es.ontier.net/ia/guialegalesports.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2020.

jogar o máximo possível e encaixar outras tarefas e eventos da vida cotidiana quando possível.”²⁶

A fala de Lynnne demonstra bem como é o dia a dia de um *cyber-atleta* e a rotina estafante e detalhada que envolve um atleta profissional de *e-sports*.

João Ricardo Cozac, psicólogo especializado na área esportiva, afirma que o nível de exigência psicológica no mundo dos *e-sports* é muito grande, senão maior, em comparação a outras modalidades esportivas. Diz, ainda, que existe um paradoxo: O pessoal não consegue ver o *e-sport* com o profissionalismo que ele exige, mas é uma das modalidades em que mais se treina no mundo:

“Qual é o esporte que um atleta treina 12, 13 horas diárias? Então a exigência psicológica é gigante e a resiliência tem que estar sempre presente.”²⁷

O treinamento comum de várias horas diárias é prática corrente para que o *cyber-atleta* possa atingir o nível exigido e desejado por ele próprio, pela equipe e patrocinadores. Com isso, é fundamental um psicólogo na equipe de suporte, uma vez que esses atletas necessitam de uma estabilidade emocional muito forte. Para tanto, as comissões de times tornam obrigatórios exercícios mentais.

Note-se que, a despeito de o esporte ser praticado virtualmente, os *cyber-atletas* vivem uma rotina regrada assim como qualquer atleta de outro esporte. Eles passam pelo mesmo desgaste, tanto físico quanto psicológico, de atletas de esportes físicos, tais quais: treinos diários, que podem ser até maiores, como já falamos, que 10 horas por dia, exercidos em um local determinado, chamado de *gaming house*²⁸; devem exclusividade à sua equipe; detêm remuneração fixa e

²⁶ <https://www.intel.com.br/content/www/br/pt/gaming/resources/gamer-life.html>. Acesso em: 11 de março de 2020.

²⁷ <https://www.gazetaesportiva.com/mais-esportes/atletas-de-esports-encaram-treinos-de-ate-13-horas-e-distancia-da-familia/>. Acesso em: 12 de março de 2020.

²⁸ *Gaming house* é uma habitação na qual jogadores de esportes eletrônicos moram, treinam e convivem juntos. Esse tipo de sistema é utilizado pela maioria das equipes no Brasil. Porém, também

vínculo empregatício, ou devido a contratos, mantêm uma relação cível que estabelece as normas de trabalho; cessão de uso de direito de imagem, concentração para campeonatos e cuidados com a saúde física e psíquica.²⁹

3. EVOLUÇÃO JURÍDICA DOS E-SPORTS

3.1. Aspectos legais dos e-sports

Inicialmente, deve-se destacar que, no Brasil, em razão de ser um fenômeno recente, os *e-sports* não possuem uma legislação própria, sendo, em tese, regulados por códigos já existentes, notadamente a própria Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei n.º 9.615/98 – a Lei Geral do Esporte - popularmente conhecida como Lei Pelé.

Não obstante, é necessário diferenciar brevemente a forma como os esportes tradicionais e os *e-sports* são encarados pelo Direito. Aqueles não são “propriedade” de ninguém, razão pela qual confederações e federações organizam campeonatos, mudando suas regras, conforme a conveniência do jogo.

No entanto, no caso dos esportes eletrônicos, os games - a exemplo do *League of Legends* e o *DotA*, anteriormente mencionados - são de propriedade de empresas determinadas, conhecidas como *publishers*, que os criaram e desenvolveram, sendo detentoras de direitos autorais sobre os jogos.

existe a prática do *gaming office*, utilizada por jogadores melhor remunerados, que é quando os atletas moram em suas próprias casas e treinam em um local específico. Esse segundo sistema é utilizado, por exemplo, pelas equipes *Flamengo eSports* e *MIBR*.

²⁹ PEREIRA, Silvio Kazuo. *O videogame como esporte: Uma comparação entre esportes eletrônicos e esportes tradicionais*. 2014. 122 f. monografia (Bacharel de Comunicação Social com Habilitação em Publicidade e Propaganda) - Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, [S.I.], 2014. <http://bdm.unb.br/handle/10483/9385>. Acesso em: 06 de março de 2020.

Assim, muito embora existam federações e confederações de *e-sports*, quem dita as regras dos jogos, dentre muitos outros aspectos, em geral, são as companhias que detêm os referidos *direitos autorais*.

Isso ocorre, principalmente, por força dos artigos 7º, 11 e 24, da Lei dos Direitos Autorais, a Lei n.º 9.610/98, os quais regulam, respectivamente, as obras que podem ser protegidas pela propriedade intelectual, quem é o autor de referida obra e quais são os direitos do autor sobre sua criação. Com efeito, no inciso XII do art. 7º da referida norma, são protegidos pela propriedade intelectual os programas de computador, incluídos nestes os jogos eletrônicos.

No art. 24, por sua vez, está a previsão de que o autor possui o direito de conservar a obra inédita, modificar a obra e de se opor a modificações, os quais são impossíveis de serem cedidos.

Vejam as principais diferenças entre esportes convencionais e *e-sports*:

<i>Esportes Convencionais</i>	<i>E-Sports</i>
Apresentam legislação própria.	Sem legislação própria.
Não existe proprietário do esporte, são de domínio público.	Uma pessoa ou empresa detém a posse. No vocabulário dos games, são os <i>Publishers</i> .
Não existe nenhuma posse a ser protegida.	Seguem a lei dos direitos autorais.
Os torneios e competições são organizados pelas Federações e Confederações, que podem mudar as regras.	Quem organiza as competições e impõe as regras são as empresas proprietárias dos games.

Ademais, atualmente discute-se para averiguar se, no plano jurídico, os games são esportes ou não. Isto ocorre, alega-se, porque os esportes eletrônicos não estão expressamente previstos na Lei Pelé, que define como esportes:

Art. 3º O desporto pode ser reconhecido em qualquer da seguinte manifestação:

I – *Desporto educacional*, praticado no sistema de ensino e em forma assistemática de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade dos praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral dos indivíduos e sua formação para exercício de cidadania a prática do lazer;

II – *Desporto de participação*, de modo voluntário, compreendendo a modalidade desportiva praticada com finalidades de contribuição para integração do praticante na plenitude da vida social, nas promoções de saúde e educação e na preservação do meio ambiente;

III – *Desporto de rendimento*, praticado segundo norma geral desta Lei e regra de prática esportiva, nacional e internacional, com a finalidade de obter resultado e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações;

IV – *Desporto de formação*, caracterizado pelo fomento, aquisição inicial do conhecimento esportivo que garanta competência técnica na intervenção esportiva, com objetivo de promover aperfeiçoamentos qualitativos e quantitativos da prática esportiva em termo recreativo, competitivo ou de alta competição.

Quem defende que os games não são esportes alega, também, que existem diferenças substanciais entre as modalidades tradicionais e a eletrônica, como o comprometimento da integridade física e da rotina familiar em prol da atividade.

No entanto, uma posição mais favorável aos *e-sports* afirma que é desnecessário existir uma previsão específica para a modalidade, visto que ela estaria muito bem regulada pelo inciso III do artigo acima, que trata do “Desporto de Rendimento”.

De fato, os *e-sports* obedecem às regras da prática esportiva das empresas que gerenciam as competições e buscam um objetivo bem determinado, qual seja, obter mais pontos que as demais equipes, integrando diversos países, como tratado anteriormente, enquadrando-se no conceito de Desporto de Rendimento.

Essa discussão ganha relevância porque a chamada Lei Pelé prevê algumas vantagens para os atletas protegidos, como uma forma especial de contrato de trabalho, além dos direitos de arena, os quais não se confundem com a totalidade dos direitos de imagem, trazendo novidades para os aspectos jurídicos dos *e-sports*.

No Congresso brasileiro, tramitam três propostas de lei que buscam regular os aspectos jurídicos dos *e-sports*, quais sejam, o PL n.º 383/2017, o PL n.º 3450/2015 e o PL n.º 7747/2017.

O PL n.º 383/2017, Projeto de Lei do Senado Federal elaborado pelo senador Roberto Rocha (PSDB/Maranhão), é uma das iniciativas com objetivo de criar uma lei própria para os *e-sports*, conceituando-os e prevendo os valores que envolvem a modalidade e a possibilidade de organizar-se em confederações, federações, ligas e entidades associativas.

As poucas páginas do documento não são claras sobre as motivações para tal medida e uma emenda recente se tornou polêmica na comunidade *gamer*, pois prevê que jogos violentos não estariam abrangidos no conceito de *e-sport*, o que criaria verdadeiro impedimento para as competições de games famosos, como, por exemplo, o *Counter-Strike (CS:GO)*.

Por sua vez, o PL 3450/2017, de autoria do deputado federal João Henrique Holanda Caldas (PSB/Alagoas), tramita na Câmara dos Deputados e quer inserir um 5º inciso no artigo 3º da Lei Pelé para definir o que é *e-sport*: “*Desporto virtual, assim entendido jogos eletrônicos transcorridos individual ou coletivamente, contra a máquina ou em rede, como também a competição entre profissionais e amadores do gênero*”. Isso ocorre, porque, como vimos anteriormente, é neste artigo que se conceituam diversos esportes.

O outro projeto sobre o tema é o PL 7747/2015, da deputada federal Mariana Carvalho (PSDB/Rondônia), que se encontra na Câmara dos Deputados e também quer modificar a Lei Pelé, acrescentando ao artigo 3º o “*desporto virtual, assim entendido como jogos eletrônicos transcorridos individual ou coletivamente, contra a máquina ou em rede, bem como a competição entre profissionais e amadores do gênero*”.

Na prática, não há diferença alguma entre os dois últimos documentos acima, apenas o fato de que o primeiro acrescenta um inciso à Lei Pelé e o outro define *e-sport* diretamente em um artigo.

Muitos se perguntam sobre a relevância do *e-sport* ser considerado como prática esportiva³⁰. Até mesmo o Comitê Olímpico Internacional – COI tem participado de discussões sobre este tema³¹, então, qual seria, mesmo, a relevância de catalogar essa prática como esportiva?

Considerar o *e-sport* como esporte não se trata de simples desejo. Esta classificação vai gerar uma permissão de enquadramento na acima

³⁰ Vídeo realizado por *Riot Games*, *publisher* do *e-sport League of Legends*, que reproduz opiniões de jornalistas especializados ante essa indagação. Disponível no <https://youtu.be/j5QahFFHv0I>. Acesso em: 16 de 03 de 2020.

³¹ O “Fórum de E-Sports” teve como um dos organizadores o COI e foi pensado para discutir formas de o mundo olímpico cooperar com o universo dos jogos eletrônicos e o cenário olímpico. Disponível no <https://www.olympic.org/news/ioc-and-gaisf-to-host-esports-forum>. Acesso em: 16.03.2020.

explicitada regulação esportiva, trazendo imensa garantia jurídica às atividades das equipes, dos *cyber-atletas*, das emissoras de transmissão etc.

Nos EUA, por exemplo, a equiparação do participante dos *e-sports* como atleta profissional avalizou a edição de um visto especial para jogadores não americanos³². Desta forma, procurar a segurança legal para o segmento torna ele mais atrativo, desdobrando um sem número de oportunidades de investimentos, abrindo portas para o aparecimento de novos parceiros na área comercial, ou seja, dá oxigênio, faz crescer o setor e gera novos recursos

Constatando-se que o palco dos *e-sports* apresenta inúmeras empresas particulares que, por sua vez, estabelecem equipes de modalidades diferentes em torneios internacionais ou nacionais, classificá-lo como Esporte de Rendimento é coerente com a realidade.

A princípio, não nos parece que a falta de norma expressa na legislação brasileira seja empecilho para que se reconheça como prática esportiva o *e-sport*. Note-se que o próprio Ministério do Esporte³³ já concedeu certificado de ente conveniado à CBDEL - Confederação Brasileira de Desportos Eletrônicos³⁴, ato que permite a ela obter benefícios ao firmar contratos de desempenho com o referido Ministério.

A Lei n.º 9.615/98 instituiu o Sistema Nacional de Desportos, com o norte de promover e melhorar toda prática esportiva de rendimento, agregando tanto pessoa física quanto jurídica de direito privado, com foco em coordenar, normatizar, administrar, apoiar e praticar o esporte.

³² LEJAQ, Yanick. *Score!* Profissional video gamer awarded athletic visas. 22.07.2013. NBC News. Disponível no <https://www.cnbc.com/id/100904370>. Acesso em: 16.03. 2020.

³³ Importante destacar que, em janeiro de 2019, o Ministério do Esporte foi extinto pelo então Presidente Jair Bolsonaro e incorporado ao Ministério da Cidadania.

³⁴ <https://cbdel.com.br/portal/index.php>. Acesso em: 16 de março de 2020.

Vejam, o desporto de rendimento, se observarmos esse sistema acima narrado, é exercido por instituições de prática esportiva, como por exemplo os clubes ou, mesmo, por atleta que não seja filiado a nenhuma entidade. Estes agentes acabam por organizarem-se, ou não, em alguma entidade administrativa de esporte; estamos falando das Federações Regionais, que, por sua vez, reúnem-se em Confederações Nacionais.

Se usarmos como modelo a organização administrativa do futebol, a CBF - Confederação Brasileira de Futebol, veremos que ela é uma das entidades nacionais de administração do esporte que congrega outras tantas entidades regionais, como por exemplo a Federação Gaúcha de Futebol, a Federação Paulista de Futebol, a Federação Pernambucana de Futebol. Funcionam para criar regulamentos, promover ou organizar torneios profissionais,

Na estrutura do Sistema Nacional do Desporto, ressalte-se que: a) O atleta ou entidade de prática esportiva é livre na organização da atividade profissional, dentro dos limites da lei; b) não são os atletas ou as entidades obrigados a filiarem-se a alguma Federação ou Liga – seja esta regional, nacional ou internacional; c) por não haver nenhuma limitação ao número de Federações ou outra entidade de organização de práticas do desporto de rendimento, fica totalmente viável que várias federações, ou outras entidades em paralelo, organizem torneios ou qualquer outra competição profissional de uma mesma modalidade.

Vemos, então, que práticas profissionais de determinado desporto não dependem de estruturas ou entidade específica, basta que essas organizações competitivas tenham caráter profissional.³⁵

³⁵ Lei n.º 9.615/98 - Art. 25. Parágrafo único. Considera-se competição profissional para os efeitos desta Lei aquela promovida para obter renda e disputada por atletas profissionais cuja remuneração decorra de contrato de trabalho desportivo.

Então observamos, ainda, que cada uma das entidades é livre ao elaborar regulamentos dos torneios que promovem, incluindo-se as normas do jogo; e é exatamente aí que surge a grande diferença entre os esportes convencionais e os *e-sports*, pois estes dispõem de proprietários, os já citados *publishers*, muito diferente de esportes como o basquete, voleibol, atletismo, futebol, entre outros convencionais, que não possuem “donos”.

Assim, observa-se que a normatização legal não tem nenhuma previsão de que alguma entidade seja proprietária dos direitos legais da modalidade, o que torna os *e-sports* peculiares, na medida em que quem quer que seja que vá organizar um torneio precisará de autorização dos *publishers* não só para o uso do *software* como, também, da marca. Mais, os organizadores do evento competitivo e a entidade desportiva administrativa não terão liberdade para mudar nenhuma regra do jogo.

Logo, esta é uma particularidade do *e-sport* que limita, além da organização de torneios, o exercício de qualquer outro instituto do Direito Desportivo.

3.2. As competições e a proteção jurídica dos cyber-atletas, promotores e patrocinadores

De início, cabe pontuar que, à luz da Constituição Federal de 1988, o direito ao desporto foi elevado ao status de direito fundamental, tratando o artigo 217 da Carta Magna como função do Estado o fomento ao desporto, assim como ao lazer.

Não apenas isso, o desporto é elencado no mesmo capítulo em que se encontram o direito à cultura e à educação, interagindo, outrossim, com outros direitos fundamentais, a exemplo da saúde, do meio ambiente, do trabalho, da integridade física e da vida.³⁶

³⁶ FERRARO, Leonardo. Direitos Fundamentais e Desporto. In: *Curso de Direito Desportivo Sistemico*. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2010, parte 2, capítulo 3, p. 301.

Nessa esteira de entendimento, o professor Álvaro Melo Filho leciona que:

“(...) o desporto, constituindo-se como um dos direitos do homem, com preponderante função social, galgou o máximo de proteção jurídica no Texto Maior do país.”³⁷

Então, identificado o *e-sport* como uma das modalidades de práticas desportivas, resta-nos precisar que norma legal terá melhor aplicação na convivência entre o esporte e seus atores.

Conforme João Leal Amado:

“(...) atualmente podemos afirmar que o atleta que extrai seu sustento da prática desportiva pode ser um trabalhador empregado, pois emprega sua mão-de-obra por conta de terceiros.”³⁸

De forma coesa e precisa, Domingos Sávio Zainaghi conceitua o contrato de trabalho do atleta profissional como sendo:

“(...) aquele avençado entre atleta (empregado) e entidade de prática desportiva (empregador), através de um pacto formal, no qual resta claro o caráter de subordinação do primeiro em relação a este último, mediante remuneração e trabalho prestado de maneira não eventual. Deve-se entender por formal como sendo o contrato de natureza escrita”.³⁹

³⁷ MELO FILHO, Álvaro. *Nova Lei Pelé: avanços e impactos*. Rio de Janeiro: Maquinária, 2011, p. 39.

³⁸ AMADO, João Leal. Desporto, Direito e Trabalho: uma Reflexão sobre a Especificidade do Contrato de Trabalho Desportivo. In: *Direito do Trabalho Desportivo: Os aspectos jurídicos da Lei Pelé frente às alterações da Lei. n.º 12.395/2011*. (Org.) BELMONTE, Alexandre Agra; MELLO, Luiz Philippe Vieira de; BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. São Paulo: LTr, 2013, p. 10.

³⁹ ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Nova legislação desportiva: aspectos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004, p.17.

Por força do que dispõe o art. 28, § 4º, da Lei n.º 9.615/98, é certo que as leis trabalhistas brasileiras são aplicáveis de maneira subsidiária à chamada Lei Pelé:

Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998

Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.

(...)

Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente: (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

§ 4º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes: (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

(...)

Assim sendo, torna-se decorrência lógica às orientações jus esportivas do *e-sport* que a conexão a ser mantida, em meio a *cyber-atletas* e seus times, obedecerá à normatização pré-existente (Lei Pelé) e, subsidiariamente, caso a caso, à CLT.

Obviamente, só será reconhecida a relação empregatícia quando preenchidos os requisitos elencados no art. 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas⁴⁰, assim entendidos, onerosidade, não eventualidade, pessoalidade e subordinação, demonstrando que o dia a dia do *cyber-atleta*, a menos que ele seja

⁴⁰ “Art. 3º - Considera-se empregada toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”.

autônomo, via de regra, preenche todas as imposições primordiais de estabelecimento das relações empregatícias.

A Lei Pelé, em seu art. 3º, § 1º, inciso I, explicita sobre exigir-se contrato especial de trabalho esportivo para caracterizar como profissional o atleta⁴¹. Entende-se, assim, que o *cyber-atleta*, para ser reputado como profissional, deve manter com sua equipe um contrato de trabalho, sendo submetidos atleta e equipe ao normatizado pela Lei n.º 9.615/98 e por leis do Direito do Trabalho.

A lei esportiva será usada como principal, nesta relação, observando-se o princípio da autonomia do Direito Esportivo e das particularidades da *lex sportiva*. A norma trabalhista será aplicada quando for ausente uma lei especificamente esportiva, para regular o vínculo empregatício, observando-se a não existência de incompatibilidades⁴². Como observa-se, o atleta estará sob o comando de duas normatizações legais, caracterizando uma natureza legal dualista, posto que será desportiva e laboral.

Vemos, então, que a relação jurídica aplicada ao *cyber-atleta* empregado deverá ser igual à aplicada a quaisquer dos atletas empregados em outras modalidades de práticas esportivas. Deixar de submeter o *cyber-atleta* à Lei Pelé, não o reconhecendo como empregado e o alijando das protetivas da normatização trabalhista, ofenderá o conceito de isonomia e igualdade no trato esportivo.

⁴¹ Nos termos dos artigos 442 e 444 da CLT, a terminologia contrato de trabalho se refere à relação de emprego. A Lei Geral do Desporto, ao se referir a contrato especial de trabalho desportivo, considera a existência da relação de emprego, utilizando a mesma terminologia da CLT. A análise da LGD demonstra que as relações mantidas entre atletas profissionais e entidades de prática desportiva pressupõem o vínculo empregatício. A relação de emprego é uma espécie do gênero relação de trabalho. Este gênero engloba não só o liame empregatício, mas também a relação autônoma.

⁴² VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa. *Manual de direito de trabalho esportivo*. São Paulo: LTr, 2016, p. 34.

Olhar de forma diferenciada os atletas que não apenas pertencem ou praticam iguais modalidades esportivas, mas enfrentam, em sua rotina, o mesmo ciclo de treinamentos e competições, é contra a normalidade das relações trabalhistas.

O mundo é plural e dinâmico, e dentro disso é natural que outras práticas esportivas venham a surgir. Com a crescente e imperiosa evolução tecnológica a sobressair nos quatro cantos do mundo, surgem novas modalidades esportivas, que devem ser reconhecidas como outras tantas práticas no mundo do desporto. Em similaridade, nos ensina Castells:

“A principal observação a ser feita sobre o mercado de trabalho do setor de serviços pessoais é que esses empregos não estão desaparecendo nas economias avançadas. Portanto, é possível afirmar que as mudanças da estrutura social/econômica dizem respeito mais ao tipo de serviços e ao tipo de emprego do que às atividades em si.”⁴³

Afere-se, daí, que o *cyber-atleta* tem as mesmas primordialidades que um atleta de basquete ou futebol, ressalvadas as particularidades de cada estrutura. É somente a forma de praticar cada atividade que muda. Exatamente por isso que não devemos olhar de modo distinto para situações similares.

3.3. O direito de Arena e de Imagem dos cyber-atletas

Conforme já exaustivamente desenvolvemos, restou claro que na atualidade tanto os *cyber-atletas* quanto as entidades de *e-sports* não são contempladas por uma legislação específica, regulamentadora, infra legal e com a especificidade necessária (convenção coletiva, para citar apenas um exemplo). Mas, em paralelo,

⁴³ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 19ª. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018, p. 279.

não se encontram abandonados, pois se subordinam a diversas legislações extravagantes, que auferem o suficiente para resguardar proteção aos problemas que vão surgindo dessa relação jurídica.

Sobre o tema, mister transcrever os ensinamentos do professor português Alexandre Miguel Mestre, o qual destaca que há risco quando surge um novo setor que guarda relação com a realidade prática sem a correspondente regulamentação:

“Mas, claro, tudo o que é relativamente recente e evolutivo encerra dificuldades e imperfeições. Com efeito, no processo de contacto com a realidade prática, constata-se, por vezes, um setor “*sem uma legislação adequada ao seu normal funcionamento*”, ou, *nalguns aspectos*, deparamo-nos com um “*vazio legal*” (que, por natureza, proporciona vantagens aos prevaricadores)”.⁴⁴

Na prática, o contrato de trabalho desportivo já regula as relações entre as equipas de *e-sports* e seus integrantes. No entanto, os direitos de arena⁴⁵ e de imagem não têm sido respeitados.

Esse tópico tem causado inquietação entre *cyber-atletas* e clubes, seja porque o entendimento não tem a mesma forma para todos ou, ainda, porque se inserem de forma equivocada nos contratos, gerando perigosas consequências jurídicas.

Tendo em vista a aplicabilidade da Lei n.º 9.615/1998, a Lei Geral do Esporte, nos contratos trabalhistas dos *cyber-atletas*, sob o prisma jurídico e

⁴⁴ MESTRE, Alexandre Miguel. *Direito do Fitness: Atividades em Ginásios e Health Clubs*. Porto: Vida Económica – Editorial, AS, 2017, p. 30.

⁴⁵ Conforme ensina Domingos Sávio Zainaghi (*Nova Legislação Desportiva: aspectos trabalhistas*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 30), o termo “arena” origina-se do latim, significando areia na língua portuguesa, e sua utilização no meio esportivo advém do fato de que, antigamente, os gladiadores se enfrentavam em locais cujo piso era coberto de areia.

contratual, o direito de arena e o direito de uso de imagem, mesmo guardando alguma similitude, intrinsecamente são desiguais e não se confundem.

O que primeiro salta aos olhos é que o direito de arena nasce de conceituação legal e da lei faz parte. Na Lei Geral do Esporte, o artigo 42 conceitua e garante que a entidade de práticas desportivas tenha o direito de comercializar, de forma extensiva, a geração de imagens dos atletas durante uma transmissão de espetáculo esportivo no qual sua equipe ou jogadores estejam envolvidos.

Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998

Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem.

§ 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

Fica suficientemente claro, então, que o direito de arena, de acordo com a norma legal, pertence frontalmente às entidades esportivas ou clubes, ou seja, enquanto a equipe permanecer no interior da “arena” em pelepas ou torneios que tenham transmissão, tanto por internet quanto por rede de televisão devidamente autorizada.

Nas palavras de Felipe Legrazie Ezabella:

“O direito de arena é reconhecido à entidade a que pertença o atleta e não ao titular da imagem individual, a pessoa natural. O direito de

arena alcança o conjunto do espetáculo desportivo, não afastando, em hipótese alguma, o direito de imagem do atleta que for destacado do todo.”⁴⁶

No que diz respeito à natureza jurídica, após um longo período de debates jurídicos, doutrina majoritária e jurisprudência firmaram entendimento no sentido de que o montante recebido a título de direito de arena tem caráter salarial, equiparando-se à gorjeta prevista na Súmula 354 do TST⁴⁷, porque decorre do contrato de trabalho firmado e da relação de empregado (atleta) e empregador (clubes desportivos).⁴⁸

Nesse sentido, corrobora Domingos Sávio Zainaghi:

“A natureza jurídica do direito de arena no campo do direito do trabalho é o de remuneração.

Traçando um paralelo com as gorjetas, poder-se-ia afirmar que sobre o valor repassado pelo clube ao atleta deveria incidir todas as obrigações trabalhistas, como FGTS, férias, 13º salário, e recolhimento previdenciário.”⁴⁹

Por sua vez, o que o parágrafo primeiro do artigo 42 da LGE nos diz é que todos os rendimentos que decorrem do direito de arena são voluntariamente negociados entre a entidade esportiva e quem transmitirá o evento. Note-se que

⁴⁶ EZABELLA, Felipe Legrazie. *O direito desportivo e a imagem do atleta*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 146.

⁴⁷ SÚMULA Nº 354 - GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES. As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

⁴⁸ SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. *Direito Desportivo*. 1ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 132.

⁴⁹ ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Os atletas profissionais de futebol no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 148.

5% (cinco por cento) do rendimento proveniente desta retransmissão será compulsoriamente transferido ao sindicato representativo dos atletas que, no que lhe concerne, fará a distribuição percentual aos jogadores partícipes da contenda, titulares ou reservas⁵⁰, de forma que todos detêm direitos indiretos sobre essa receita.

Acerca do direito de imagem, este possui previsão constitucional, elencado como direito fundamental, nos termos do art. 5º, incisos V, X, e XXVIII, “a”, da Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

⁵⁰ Conforme decisão unânime da 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, proferida no Recurso de Revista RR-1361-96.2010.5.09.0011, firmou-se o entendimento de que o direito de arena é devido a todos os jogadores que forem relacionados para um determinado evento esportivo (jogo), independentemente de ter atuado na partida ou apenas ficado no banco de reservas.

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

De forma bastante sucinta, João Henrique Cren Chiminzazzo conceitua que:

“O Direito de Imagem é o nome doutrinariamente atribuído ao direito exclusivo do indivíduo permitir a utilização de sua imagem, esta compreendida como forma física exterior do corpo, inteiro ou parte dele”.⁵¹

Não esqueçamos de que estamos falando de direito personalíssimo, ou seja, aquele direito que, relativo à pessoa do *cyber-atleta*, é vitalício, imprescritível, intransferível, indispensável, impenhorável, necessário e oponível *erga omnes*, manifestando-se desde o nascimento e tornando-se imune até mesmo contra a ação do próprio titular, que não pode excluí-lo por ato de vontade própria. O titular desse direito pode, contudo, conceder a terceiro o exercício do direito de exploração – por meio de “contrato de licença de uso de imagem” (ou “contrato de cessão de direito de imagem”) – mas não o próprio direito.⁵²

Em relação à aplicabilidade do direito de imagem nas relações desportivas, Felipe Legrazie Ezabella leciona:

“Ao falar da imagem individual do atleta é imperioso observar que, hoje em dia, é muito comum, principalmente no futebol, que as entidades de prática desportivas celebrem com seus jogadores, além

⁵¹ CHIMINAZZO, João Henrique Cren. Direito de arena: aspectos teóricos e práticos; MELO FILHO, Álvaro; SÁ FILHO, Fábio Menezes de; SOUZA NETO, Fernando Tasso de; RAMOS, Rafael Teixeira (Coord.). In: *Direito do Trabalho Desportivo: homenagem ao professor Albino Mendes Baptista – Atualizado com a Lei que alterou a Lei Pelé – Lei n.º 12.395, de 16 de março de 2011*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 271-281 - p. 274-275.

⁵² SOUZA, op. cit., p. 122-123.

do contrato de trabalho padrão, um contrato de licença para uso de imagem.

Esse contrato firmado com o atleta tem por intuito utilizar a sua imagem fora da jornada de trabalho, extracampo, de forma diferente da que é utilizada no âmbito da relação empregatícia, implícita à sua profissão. Isso porque a profissão de atleta, assim como a de ator, jornalista, apresentador de programa, possui uma característica especial no qual se pressupõe a difusão de sua imagem durante sua atividade laboral.

A imagem do atleta seria então utilizada para, como exemplo, angariar associados e patrocinadores, vender camisas e acessórios da equipe, divulgar a marca do clube por meio de comerciais, depoimentos, revista do clube, revista em quadrinhos, site do clube, promoções para fidelização de torcedores, aparições em eventos.⁵³

A Lei Pelé, em seu art. 87-A, *caput*, versa sobre as condições em que o atleta poderá fazer uso da cessão de sua imagem no âmbito desportivo:

Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998

Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo. (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011).

⁵³ EZABELLA, op. cit., p. 115.

Por seu turno, o parágrafo único do mesmo artigo estabelece limites financeiros quando a cessão da imagem do atleta ocorrer dentro de uma relação estabelecida com a entidade de prática desportiva empregadora, frisando que tal relação contratual manterá a sua natureza de Direito Civil:

Art. 87-A. (...)

Parágrafo único. Quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao uso de sua imagem para a entidade de prática desportiva detentora do contrato especial de trabalho desportivo, o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem. (Incluído pela Lei nº 13.155, de 2015)

Importante salientar que, por consequência da própria natureza do direito de imagem, o referido contrato de cessão de uso pactuado pelo atleta – frise-se, de caráter civil - deverá sempre ser realizado por prazo certo, sendo proibido o seu estabelecimento por prazo indeterminado.⁵⁴

Do que foi exposto, fica explícito que o direito de arena é, em seu âmago, uma concessão dos direitos de imagem, por força de lei e limitado, tão somente, ao momento de retransmissão dos torneios, jogos ou campeonatos, apenas naquele efetivo momento, no qual fica garantido aos jogadores uma participação de forma indireta ao direito de arena.

Da mesma forma, também fica claro que, quando estes mesmos jogadores não estiverem atuando, ou seja, quando não participam de nenhuma competição, vale a eles o seu direito personalíssimo de uso da própria imagem, ficando a cada

⁵⁴ OTTONI, L. T. A.; ALBUQUERQUE, R. V. Direito de Imagem e Direito de Arena. In: *Enciclopédia de Gestão, Marketing e Direito Desportivo*. Volume II, pp. 238-250. Porto Alegre: INEJE, 2017, p. 240.

jogador ou competidor a faculdade de divulgar sua imagem em outras formas de mídia, tanto em propagandas quanto em patrocínios, sem necessitar de anuência ou participação do clube ou entidade esportiva à qual esteja vinculado. São, por assim dizer, “donos” de sua imagem e dela podem usufruir da forma que melhor lhes convir, inclusive nas chamadas redes sociais da internet.

Então, aufere-se que a Lei n.º 9.615/98 já abarca, segundo o entendimento de muitos doutrinadores, os contratos do *cyber-atleta*, pois, ao tratar sobre o direito de arena, estaria, também, contemplando sobejamente a categoria. Ocorre, no entanto, que não há sindicato de *cyber-atletas*, razão pela qual, muitas vezes, a participação no direito de arena dos jogadores não é obedecida, fato que acaba implicando em um decréscimo nas suas remunerações.

Como dito antes, não há que se falar em confusão entre os institutos, até mesmo pela própria natureza de cada um. Enquanto, no direito de arena, apesar de existir uma cessão de uso de imagem do jogador, tal direito decorre da natureza trabalhista e da titularidade em um clube, o que garante ao atleta participação indireta nos resultados financeiros, o direito a imagem tem roupagem iminentemente civil, o chamado direito personalíssimo, já explicitado, de propriedade inalienável e irrenunciável do próprio profissional, que pode ceder ou autorizar o uso de sua imagem, nome (incluído o hipocorístico, que é o apelido notório) ou aparência a qualquer pessoa, sejam patrocinadores ou, até mesmo, ao próprio clube, devendo ser remunerado - sob forma de indenização - diretamente em razão da autorização.

No caso específico dos *cyber-atletas*, resta evidente que o direito de arena é apenas parte dos direitos de imagem, que devem ser pactuados separadamente entre o atleta e sua equipe. Assim, importante mencionar-se, também, a atividade de *stream*, que pode ser conceituada como a transmissão ao vivo de jogadores, enquanto jogam e interagem com seus espectadores, portanto passível de pactuação de direito de arena.

Enfim, os dois institutos são muito importantes na vida pessoal e na composição final da renda dos atletas, afinal, tanto o direito de imagem quanto o direito de arena estão no epicentro das discussões salariais que envolvem equipes e jogadores.

Não esqueçamos que um erro na exploração de sua imagem pode, no caso dos atletas, significar uma perda monetária considerável e muitas vezes um decréscimo na própria carreira, pois um jogador em evidência será sempre cobrado por qualquer erro de performance e, mais ainda, por ser público, pode ter sua imagem, mesmo “extra campo”, fora de suas atividades desportivas e profissionais, escrutinada das mais variadas formas, nem sempre positivas, por todos os veículos midiáticos.

4. CONCLUSÃO

Dos primeiros conceitos até os dias atuais, observamos o esporte numa sucessiva mudança e progresso. De característica intrinsecamente lúdica em sua formação, sem sentido econômico ou comercial, no qual mantinha forte ligação cultural com o nascimento da humanidade, o esporte passou por diversas fases, chegando no estágio atual de mescla entre cultura, entretenimento e negócios.

A comunidade social, desde os primeiros passos até os dias de hoje, caminhou sempre rumo à própria evolução. Nesse contínuo desenvolver, chegou ao universo tecnológico, teceu redes virtuais, globalizou e tornou o mundo moderno uma aldeia, na qual a velocidade dos bytes, dos dados, determina o ritmo alucinante da interação humana.

Obviamente o desporto, setor dinâmico e pulsante do que convencionamos chamar de sociedade, passou por todas essas mutações, as absorveu e recriou-se, chegando ao universo gamer, mundo de competitividade do humano contra o humano, de equipe contra equipe, da pessoa contra a máquina. Tudo isso

solidificou-se em espetáculo, em que, apesar de ainda existir, no íntimo, o lúdico, o que sobressai é o econômico.

Tendo como norte essa visão, nos aventuramos nesta seara buscando somar ideias e, então, concluímos que os *e-sports* são esporte e, por assim ser, para uma grande parcela de estudiosos, fazem jus à conceituação e ao acolhimento legal.

Afora a probabilidade de existência de perigos tanto sociais quanto econômicos numa eventual regulamentação jurídica, torna-se imprescindível que se estabeleça um modelo legal para estabilizar-se as relações já existentes entre os cyber-atletas, suas equipes e os litígios daí decorrentes.

Não é pelo fato de os *e-sports* terem nascido sob um grande fomento econômico que tenham seu conceito como esporte desnaturado, até porque, conforme vimos, toda evolução esportiva se apresenta numa comunhão entre esporte e economia, presentes no andamento natural, quando houve o abrandamento conceitual do lúdico, que cedeu lugar ao business desportivo.

Ainda que não imaginemos os *e-sports* como esporte, diante do que já foi exaustivamente exposto, voltemos nosso olhar à raiz basilar do Direito, qual seja, a pacificação social. As leis, sejam esportivas ou não, têm sua existência formada na pretensão de proteger cada parte interessada, determinando deveres e direitos. No caso esportivo, direitos e deveres dos atletas, equipes, clubes e a entidade que os administra, passando, ainda, pelos contratos de patrocínios e transmissões.

Tudo acima relatado faz parte do universo dos esportes eletrônicos e interage de formas extremamente semelhantes aos esportes chamados tradicionais, como o basquete ou, mesmo, o futebol. Essa semelhança é tão acentuada que o *e-sport* não teve dúvidas em eleger a Lei Geral do Esporte, a chamada Lei Pelé, como modelo na forma de contratação do cyber-atleta, qual seja, o Contrato Especial de Trabalho Desportivo.

Note-se que o Brasil está muito próximo de reconhecer o jogo eletrônico como esporte, dependendo somente de ações das suas casas legislativas. Diz a

Constituição Federal que não se trata de forma diferenciada modalidades esportivas similares, ressalvado, claro, algum fundamento verossímil para tal distinção. É lógico que, no trato jurídico, é possível diferenciarmos práticas esportivas, todavia usar de tratamento diferenciado não nos parece plausível, uma vez que se caracterizaria como discriminação, o que é vedado pela normatização constitucional.

Desta forma, somos partidários da ideia que o Brasil deverá seguir o curso natural da evolução de um segmento e aí chegar ao reconhecimento, oficial e legal, do esporte eletrônico como efetivo esporte, que mostrará sua importância na conjectura de um pensamento macro, estrutural e de apoio ao desenvolvimento de atletas e equipes no cenário social e esportivo, incluindo-se aí o cenário olímpico.

Reconhecidas legalmente as diferenciações de cada prática, o *cyber-atleta* pode e deve ter tratamento igual ao observado, digamos, o mesmo que é dado para um jogador de futebol, basquete ou outra modalidade.

REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. Desporto, Direito e Trabalho: uma Reflexão sobre a Especificidade do Contrato de Trabalho Desportivo. In: *Direito do Trabalho Desportivo: Os aspectos jurídicos da Lei Pelé frente às alterações da Lei. n.º 12.395/2011.* (Org.) BELMONTE, Alexandre Agra; MELLO, Luiz Philippe Vieira de; BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-85-3612-715-6.

BARBANTI, Valdir J. *O que é esporte? Revista Brasileira de Atividade Física e Saúde*, São Paulo, SP, v. 11, 54-58, 2012. Disponível em: <http://rbafs.org.br/RBAFS/article/view/833>. Acesso em: 09/03/2020.

BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências.* 3ª. ed. São Paulo: LTr, 2008. ISBN 978-85-3611-028-8.

BARROS, Marcelo Jucá. *A Evolução da Legislação Desportiva no Brasil* - Revista Síntese de Direito Desportivo. São Paulo: IOB. Ano 5, n. 26 (ago/set. 2015).

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade.* 1ª. ed. São Paulo: Editora 34, 2010. ISBN 978-85-7326-450-0.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor.* 7ª. ed. rev., atual. e ampl. Por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-3098-558-5.

CARRION, Valentin, 1931-2000. *Comentários à consolidação das leis do trabalho: legislação complementar, jurisprudência.* 39ª. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-0221-538-2.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede.* 19ª. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018. ISBN 978-85-7753-036-6.

CASTRO, Luiz Roberto Martins. Conceito e Evolução Sociológica do Esporte. In: *Enciclopédia de Gestão, Marketing e Direito Desportivo.* Volume I, pp. 15-42. Porto Alegre: INEJE, 2017. ISBN 978-85-6627-703-6.

CHIMINAZZO, João Henrique Cren. Direito de arena: aspectos teóricos e práticos; MELO FILHO, Álvaro; SÁ FILHO, Fábio Menezes de; SOUZA NETO,

Fernando Tasso de; RAMOS, Rafael Teixeira (Coord.). In: *Direito do Trabalho Desportivo: homenagem ao professor Albino Mendes Baptista – Atualizado com a Lei que alterou a Lei Pelé – Lei n.º 12.395, de 16 de março de 2011*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. ISBN 978-85-7674-565-5.

DONOVAN, Tristan. *Replay: the history of video games*. 1ª. ed. England: East Sussex, 2010. ISBN 978-09-5650-720-4. Itação - (DONOVAN, 2010).

EZABELLA, Felipe Legrazie. *O direito desportivo e a imagem do atleta*. São Paulo: IOB Thompson, 2006. ISBN 978-85-7647-586-3.

FACHADA, Rafael Terreiro. *Direito desportivo: Uma disciplina autônoma*. Rio de Janeiro: Autografia, 2017. ISBN 978-85-5180-099-7.

FERRARO, Leonardo. Direitos Fundamentais e Desporto. In: *Curso de Direito Desportivo Sistêmico*. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2010, parte 2, capítulo 3. ISBN 978-85-7674-514-3.

HUIZINGA, Johan. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. 8ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 2014. ISBN 978-85-2730-075-9.

LEJAQ, Yanick. *Score! Professional video gamer awarded athletic visas*. 22.07.2013. NBC News. Disponível em: <https://www.cnbc.com/id/100904370>. Acesso em 16.03. 2020

LIMA, Luiz César Cunha. *Direito Desportivo*. 1ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. ISBN 978-85-3840-355-5.

MAGALHÃES, Pedro Santos. *E-Sport: A Ascensão do Esporte Eletrônico no Brasil*. 2016. 79p. Trabalho de conclusão do curso de Jornalismo – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino, São João da Boa Vista, 2016. Versão eBook Kindle.

MELO FILHO, Álvaro. *Nova Lei Pelé: avanços e impactos*. Rio de Janeiro: Maquinária, 2011. ISBN 978-85-6206-326-8.

MESTRE, Alexandre Miguel. *Direito do Fitness: Atividades em Ginásios e Health Clubs*. Porto: Vida Económica – Editorial, AS, 2017. ISBN 978-98-9768-439-5.

MIGUEL, Ricardo George Affonso. *O Enquadramento Jurídico do Esporte Eletrônico*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. ISBN 978-85-7674-959-9.

MONÇÃO, André Augusto Duarte. O direito de imagem do atleta profissional de futebol sob a perspectiva da legislação luso-brasileira. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4564, 30 dez. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45145>. Acesso em: 16 de março de 2020.

MONÇÃO, André Augusto Duarte. Particularidades do contrato de trabalho do atleta profissional de futebol no direito português e no direito brasileiro. *Data Venia – Revista Jurídica Digital*. ISSN 2182-6242, Lisboa/Portugal, Ano 4, n. 06, pp. 379-394, nov/2016.

NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004. ISBN 978-85-2032-385-5.

OTTONI, L. T. A.; ALBUQUERQUE, R. V. Direito de Imagem e Direito de Arena. In: *Enciclopédia de Gestão, Marketing e Direito Desportivo*. Volume II, pp. 238-250. Porto Alegre: INEJE, 2017. ISBN 978-85-6627-702-9.

PEREIRA, Silvio Kazuo. *O videogame como esporte: Uma comparação entre esportes eletrônicos e esportes tradicionais*. 2014. 122 f. monografia (Bacharel de Comunicação Social com Habilitação em Publicidade e Propaganda) - Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, [S.I], 2014. <http://bdm.unb.br/handle/10483/9385>. Acesso em: 06 de março de 2020.

SANTAELLA, Lucia; FEITOZA, Mirna. *Mapa do jogo: a diversidade cultural dos games*. São Paulo: Cengage Learning, 2009. ISBN 978-85-2210-679-0.

SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de imagem e direito de arena no contrato de futebol*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2012. ISBN 978-85-3612-321-9.

SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. *Direito Desportivo*. 1ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. ISBN 978-85-8238-060-4.

SOUZA, Paulo Henrique Chacon de. O contrato do atleta profissional de futebol. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4129, 21 out. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30378>. Acesso em: 16 de março de 2020.

TEIXEIRA, Leandro Vieira. *O contrato de trabalho do atleta profissional de futebol*. 84 f. monografia (Bacharel de Direito) - Faculdade de Direito de Presidente Prudente, [S.I], 2014. <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/viewFile/4370/4128>. Acesso em: 06 de março de 2020.

VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa. *Manual de direito de trabalho esportivo*. São Paulo: LTr, 2016. ISBN 978-85-3618-840-9.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 19ª. ed. São Paulo. Atlas, 2018. (Coleção Direito Civil, Vol. 1). ISBN 978-85-9701-415-0.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Nova legislação desportiva: aspectos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004. ISBN 978-85-3610-559-3.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Os atletas profissionais de futebol no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. ISBN 978-85-7322-392-8.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-0223-021-7.

SITES

<http://cbesports.com.br/esports/historia-do-esports/> Acesso em: 14 de março de 2020.

<http://cbesports.com.br/esports/o-esports-e-os-aspectos-legais/> Acesso em: 21 de março de 2020.

<http://mardenefraga.adv.br/a-protecao-do-cyber-atleta-atraves-da-regulamentacao-trabalhista-dos-e-sports/> Acesso em: 11 de março de 2020.

https://baptistaluz.com.br/institucional/esportes-eletronicos-visao-geral-e-desafios-juridicos/#_ftn10 Acesso em: 16 de março de 2020.

<https://cbdel.com.br/portal/index.php> Acesso em: 16 de março de 2020.

https://chcadvocacia.adv.br/blog/esports/#Repercussao_dos_eSports_no_contexto_mundial_e_brasileiro Acesso em: 11 de março de 2020.

<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/ESportss> Acesso em: 02 de março de 2020.

<https://elemento79.com.br/profissao-cyber-atleta/> Acesso em: 08 de março de 2020.

<https://leiemcampo.com.br/esport-legal/> Acesso em: 12 de março de 2020.

<https://portal.estacio.br/media/3733067/ricardo-georges-affonso-miguel.pdf> Acesso em: 12 de março de 2020.

<https://www.techtudo.com.br/listas/2018/03/bootcamp-pro-player-line-up-entenda-os-termos-dos-esports.ghtml> Acesso em: 14 de março de 2020.

<https://www.consumoempauta.com.br/crescimento-dos-e-sports/> Acesso em: 10 de março de 2020.

<https://www.gazetaesportiva.com/mais-esportes/atletas-de-esports-encaram-treinos-de-ate-13-horas-e-distancia-da-familia/> Acesso em: 12 de março de 2020.

<https://www.uol.com.br/start/ultimas-noticias/2019/07/26/projetos-de-lei-esports-regulamentacao-no-brasil.htm> Acesso em: 09 de março de 2020.

http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Mauricio_Correa.pdf Acesso em: 17 de março de 2020.

MANIFESTAÇÕES LEGAIS

da Desconsideração da Personalidade Jurídica das Pessoas Coletivas

Vasco António Martins Carrão

Mestrando em Direito dos Contratos e da Empresa

Advogado Estagiário

INTRODUÇÃO: A desconsideração ou levantamento da personalidade jurídica das sociedades surgiu, na Doutrina e na Jurisprudência, como um meio de contornar atuações abusivas dos sócios, que metem em risco a credibilidade do sistema e as garantias dos credores¹. É verdade que a responsabilidade limitada dos sócios que advém da atribuição de personalidade jurídica às sociedades após o ato constitutivo destas, serve para beneficiar aqueles ao promover investimentos através da diminuição dos riscos nos negócios elaborados através da sociedade, porém, tal risco não pode ser transferido, de forma total, para os credores sociais, fazendo com que estes percam as garantias dos seus direitos de crédito.

Importa assim analisar os grupos de casos em que a desconsideração opera, ou seja, as situações onde é admissível a derrogação da personalidade jurídica atribuída à sociedade, bem como da autonomia patrimonial destas, com o objetivo de responsabilizar diretamente os sócios para com os credores que prejudicaram. Estes grupos de casos compreendem os casos de imputação e os de responsabilidade, sendo que, estes últimos, abrangem os casos mais relevantes, nomeadamente a mistura de patrimónios, a subcapitalização manifesta e a descapitalização provocada.

Para tal análise, este trabalho passa por estudar os conceitos de personalidade jurídica das sociedades e a consequente responsabilidade limitada dos sócios que lhes é atribuída e, só depois, incidirá sobre a questão da desconsideração. A pertinência deste estudo é assim a tutela dos interesses dos credores, sancionando os sócios que agem de forma abusiva através do “véu” da personalidade coletiva.

¹ Cfr. Ac Tribunal da Relação de Coimbra, proc. 943/10.8TTLRA.C1 (Relator – Felizardo Paiva).

1. Da personalidade Coletiva:

A desconsideração jurídica da personalidade coletiva implica a derrogação desta, a qual é atribuída às sociedades comerciais no momento da sua constituição, sendo relevante, numa primeira análise, compreender o conceito de personalidade coletiva.

A personalidade jurídica é assim a suscetibilidade de ser titular de direitos e de obrigações, sendo conferida pelo direito a todas as pessoas desde o nascimento, tal como configura o artigo 66.º do C.Civ. Esta é a chamada personalidade jurídica singular, porém, as organizações de pessoas e/ou bens são também suscetíveis de possuírem essa mesma personalidade jurídica, daí que se fale de personalidade coletiva referente às pessoas coletivas.

Tendo em conta a construção técnico-jurídica, a personalidade coletiva não é uma ficção, como alguns autores a trataram², mas sim uma realidade jurídica criada pelo próprio direito, sendo certo que tal assunto foi transposto para a ciência do direito apenas no séc. XIX, maioritariamente por Savigny. Deste modo, ao contrário da personalidade das pessoas singulares, a qual é um bem adquirido através do nascimento devido à afirmação da dignidade do Homem, a personalidade coletiva é “construída” e não algo imaginário, sendo suscetível de ser “estendida, limitada ou fracionada”³.

Depois de formado o substrato societário composto pelos elementos pessoal, patrimonial e teleológico, assim como o requisito formal do registo definitivo do contrato, a lei atribui às sociedades comerciais a respetiva personalidade jurídica, tal como configura o Art.º 5.º do C.S.C.

² Neste assunto foi Savigny que introduziu a teoria da ficção, que tratava a personalidade jurídica como tal.

³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho De, “*Curso de Direito Comercial, Vol. II, Das Sociedades*”, Almedina, Coimbra, 2019.

Nos termos do referido artigo e, para que não haja dúvidas, todas as sociedades gozam de personalidade jurídica após o registo consolidativo do contrato, fazendo com que a sociedade seja titular de direitos e obrigações em relação a terceiros e aos próprios sócios. Importa realçar que é a sociedade quem tem a qualidade de comerciante e que os sócios não têm direitos sobre os bens isolados e património da sociedade⁴. As obrigações dos sócios estão reguladas no Art.º 20.º do C.S.C., compreendendo a obrigação de entrada com bens suscetíveis de penhora ou, caso for possível, com indústria, assim como a de quinhão nas perdas. Relativamente aos direitos dos sócios, que estão regulados no Art.º 21.º do mesmo diploma, estes são o de quinhão nos lucros, o de participar nas deliberações dos sócios, o de obter informações sobre a vida da sociedade e, o de ser designado para os órgãos de fiscalização e de administração.

No que respeita ao património social, ou seja, à entrada dos sócios para a sociedade, estes bens são transmitidos à sociedade, sendo esta a legítima proprietária dos mesmos, na medida em que esta poderá usar, alienar e onerar esses bens⁵. Existe assim, tendo em conta o princípio da separação, uma autonomia patrimonial, diferenciando-se o património da sociedade e o património pessoal de cada sócio. A sociedade, apesar desta autonomia jurídica, existe para servir os seus sócios, sendo instrumentalizada por estes, na medida em que o património da pessoa coletiva está ao serviço dos membros da sociedade⁶, cujo objetivo fundamental é a obtenção de lucro.

⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho De, *Da Empresarialidade – As Empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996.

⁵ CORREIA, Miguel Pupo, *“Direito Comercial”*, 2ª Edição Revista, Universidade Lusíada, Lisboa, 1992.

⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho De, *Da Empresarialidade (...)*.

2. Da Responsabilidade Limitada:

Na sequência do que foi referido supra, as sociedades de capitais⁷ são reguladas pelo regime da responsabilidade limitada, consequência da atribuição de personalidade coletiva após o registo definitivo do contrato, presente no Art.º 5.º C.S.C., e da sua autonomia patrimonial em relação aos seus sócios.

Esta responsabilização limitada significa que os sócios não serão responsabilizados pelas dívidas da sociedade, respondendo apenas o património social perante os credores, sendo certo que esta regra comporta certas exceções. Deste modo, a sociedade responde de forma ilimitada, ao contrário dos sócios que têm responsabilidade limitada.

As exceções anteriormente referidas, no que diz respeito às Sociedades por Quotas, estão elencadas nos artigos 197.º e 198.º do C.S.C. e, relativamente às Sociedades Anónimas, há que realçar o Art.º 217.º, parte final, do mesmo diploma normativo.

Daí que, para Georgakopoulos, esta responsabilidade limitada é uma limitação da dívida, visto que os sócios contribuíram para a satisfação dos credores na medida da sua quota, ou ações, ou de outras obrigações estipuladas. Este autor fala assim em obrigação limitada de contribuição⁸.

Esta responsabilização limitada surgiu para incentivar investimentos por parte dos empresários do Séc. XVI, nomeadamente nos comércios que advinham da exploração da Índia, ficando assim protegidos das dívidas das sociedades, não respondendo aqueles perante os credores. Foi assim criada como sendo um benefício para os sócios e, apesar de haver a transferência do risco para os credores sociais, este instituto não pode funcionar para prejudicar os respetivos credores. Esta transferência não pode acarretar malefícios para estes, na medida em que, a

⁷ Nos termos do Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12/11/2003, as Sociedades de Capitais são as Sociedades por Quotas, as Sociedades Anónimas e as Sociedades em Comandita por Ações.

⁸ CORDEIRO, Pedro, *“A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais”*, 2ª Edição, Universidade Lusíada Editora, 2005.

responsabilidade limitada é uma “limitação” ao invés de uma “isenção” para os sócios, ou seja, o risco da empresa não se pode transferir totalmente para os credores⁹. Manifestação desta limitação de transferência do risco é o pacto leonino presente no Art.º 996.º do C.Civ., enunciando que “é nula a cláusula que exclui um sócio da comunhão nos lucros ou que o isenta de participar nas perdas da sociedade (...)”.

O problema advém quando, na maioria dos casos, estando perante credores que não prestam qualquer tipo de garantias¹⁰. Os sócios integrantes de uma sociedade materialmente insolvente justificam a sua irresponsabilidade de dívidas comerciais através dos Arts.º 197.º, n.ºs 1 e 3 e 271.º, para as Sociedades por Quotas e Sociedades Anónimas, respetivamente. Com base nestes artigos os sócios alegam que já cumpriram as suas obrigações para com a sociedade, ficando os credores sociais sem meios para recorrer, visto que, depois de confirmada a insolvência, a sociedade não cumprirá as suas obrigações para com os credores.

É assim justificado, como via de tutela para os credores da sociedade perante as dívidas sociais, a desconsideração da personalidade jurídica das pessoas coletivas e da autonomia patrimonial, bem como o afastamento do princípio da separabilidade. Só assim os sócios respondem de forma direta para com as dívidas da sociedade, satisfazendo e tutelando os direitos de crédito dos credores. O uso da desconsideração tem como objetivo repreender comportamentos abusivos de má fé por parte dos sócios, tendo, porém, de ser aferida casuisticamente, de modo a evitar que terceiros se relacionem com a sociedade de forma ingénua e irresponsável¹¹.

⁹ RIBEIRO, Fátima, “*A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*”, Almedina ,2012.

¹⁰ Estes são considerados os “credores fracos”, em contraposição aos “credores fortes” que prestam garantias comerciais e, geralmente, são considerados os grandes fornecedores ou financiadores das empresas.

¹¹ RIBEIRO, Fátima, Coord, Paulo Tarso Domingues, Maria Miguel Carvalho (J. M. Coutinho De Abreu, Maria Elizabete Ramos, Maria De Fátima Ribeiro, Maria Miguel Carvalho, Paulo Olavo

3. Da Desconsideração da Personalidade Coletiva:

Não é objetivo do presente trabalho fazer a abordagem histórica do instituto da desconsideração, no entanto, importa sempre lembrar que tal temática teve origem na jurisprudência norte-americana, no início do Séc. XX, utilizando a terminologia “*piercing the veil*”, “*disregard of legal entity*” ou “*lifting the corporate*”. Porém, foi na Alemanha, após a Segunda Guerra Mundial, que tal tema foi profundamente abordado, principalmente por Serick e Muller-Freienfels¹².

Em Portugal, foi Ferrer Correia¹³, em 1948, quem introduziu a desconsideração nos seus estudos, defendendo a responsabilização do sócio pelas obrigações da sociedade de forma ilimitada, dizendo que “a ideia de separação Sócio - Sociedade não pode ser levada às últimas consequências”, apelando assim à boa fé e ao abuso de direito. Em termos práticos, este tema foi abordado em 1976 pelo ac. do STJ de 06/01/1976, porém, foi em 1993 que se efetivou o acolhimento formal da jurisprudência portuguesa através do ac. 13/5/93 da RP¹⁴. Este acórdão foi relativo a uma venda de um estabelecimento comercial feita pelos réus a uma Sociedade por Quotas constituída por 2 filhos daqueles, levando assim à aplicação do Art.º 877.º do C.Civ.

Depois de vários estudos, a doutrina alemã sintetizou a desconsideração em dois grupos fundamentais de casos: o *grupo de casos de imputação* (Zurechnungsdurchgriff) e o *grupo de casos de responsabilidade* (Haftungsdurchgriff)¹⁵. Nas palavras de Coutinho de Abreu, em relação ao primeiro grupo, estão em causa “determinados conhecimentos, qualidades ou comportamentos dos sócios que são imputados à sociedade e vice-versa”, enquanto

Cunha, Paulo De Tarso Domingues), “*O Capital Social Das Sociedades Por Quotas E O Problema Da Subcapitalização Material*”, Almedina, 2011.

¹² ABREU, Coutinho de, “*Da Empresarialidade (...)*”.

¹³ CORDEIRO, António Menezes, “*Manual de direito das sociedades, I – Das sociedades em geral*”, Almedina, 2ª edição, 2007.

¹⁴ CORDEIRO, António Menezes, “*Manual de direito das sociedades (...)*”.

¹⁵ ABREU, Coutinho de, “*Curso de Direito Comercial, Vol. II, Das Sociedades*”, Almedina, 2019.

que, o grupo de casos de responsabilidade, dizem respeito às situações em que a responsabilidade limitada que protege os sócios é afastada.

Relativamente à legitimação da desconsideração da personalidade coletiva, na senda do mesmo autor, esta é justificada através do recurso à interpretação teleológica de disposições legais e negociais, bem como do abuso de direito, tendo como base a ideia de que não existe uma separação absoluta entre a sociedade e o sócio.

3.1. Grupos de Casos de Imputação:

Este grupo de casos não levantam muitas discussões doutrinárias, na medida em que temos como exemplo o caso de trespasse de um estabelecimento comercial e a conseqüente violação da proibição de não concorrência. Esta violação pode ser devida pelo facto de o trespasante constituir uma sociedade unipessoal com um objeto idêntico ao do estabelecimento de que foi alvo de trespasse ou, quando aquele concorre com o trespasário através de uma sociedade na qual exerce funções de administração ou detenha posição maioritária. Assim, ao levantar a personalidade da respetiva sociedade que violou a proibição de não concorrência, o sócio que trespasou o estabelecimento comercial é facilmente detetado, na medida em que terá de responsabilizar o trespasário pelos danos causados.

Outra manifestação deste grupo de casos é a venda da totalidade ou maioria das participações sociais, a qual é equiparável à venda da empresa social, na medida em que se deve aplicar o regime da venda da empresa. Ora, esta venda enquadra-se na figura da desconsideração devido ao facto de que os sócios procederam a uma venda que só a sociedade tinha competência para tal. Como manifestação jurisprudencial, tal como refere Coutinho de Abreu, temos o exemplo do acórdão da Relação de Coimbra de 15/11/2016 (proc. 970/1401TBCLD.C1).

Também a proibição de venda a filhos ou netos sem o consentimento dos outros filhos ou netos, constante no Art.º 877.º do C.Civ., tal como vimos no acórdão já abordado de 13/5/93 da Relação do Porto, pode ser causa para o uso da desconsideração da personalidade coletiva pois, ao levantar o véu da personalidade

da sociedade, verifica-se a aquisição indireta de um estabelecimento comercial dos pais para os filhos.

Existem outros casos que não vale a pena aqui elencar, tal como o conflito de interesses em que os sócios estão proibidos de exercer o seu direito de voto, como se constata pelos Arts.º 251.º e 384.º, n.º 6 do C.S.C.

3.2. Grupos de Casos de Responsabilidade:

Neste grupo de casos, o método que legitima a desconsideração da personalidade é o abuso de direito, na medida em que os sócios utilizam a responsabilidade limitada para satisfazer interesses individuais e prejudicar os interesses dos credores sociais, através da instrumentalização da sociedade e agindo sobre o véu desta. A formulação no direito positivo mais próxima a estes atos é o abuso de direito, presente no Art.º 334.º do C.Civ., porém, deve falar-se num abuso de instituto, tal como refere Coutinho de Abreu. Esta preferência pela nomenclatura de “abuso de instituto” é devida ao facto de os sócios operarem através do “instituto” sociedade-pessoa coletiva, de modo a satisfazer os interesses desse mesmo instituto, mas originando prejuízos para os credores sociais.

No que concerne à sistematização dos casos, há divergências doutrinárias variando entre os autores. Tendo em conta Coutinho de Abreu, os casos de responsabilidade dividem-se em: *descapitalização provocada*; *mistura de patrimónios*; *subcapitalização material manifesta*.¹⁶ Mais complexo é Menezes Cordeiro ao adotar uma divisão que abrange a *confusão de esferas jurídicas*, a *subcapitalização*, o *atentado a terceiros* e *abuso de personalidade*.¹⁷ Apesar de tais divergências, importa salientar e explicitar os casos de mistura de patrimónios e a diferença entre a capitalização e subcapitalização.

¹⁶ ABREU, Coutinho De, “*Curso de Direito Comercial (...)*”.

¹⁷ CORDEIRO, António Menezes, “*Manual de direito das sociedades (...)*”.

3.2.1. *Mistura de Patrimónios:*

Tal caso em apreço é a situação em que, um ou mais sócios agem como se não existisse separação entre o património social e o património pessoal, agindo assim motivado de interesses próprios em prejuízo do património da sociedade. Estas situações verificam-se devido à não conformação do sócio na distribuição dos lucros, agindo assim como se fosse proprietário da sociedade, na medida em que, o sócio em causa é um “sócio controlador”, apesar de estes casos serem mais frequentes nas sociedades com um só sócio¹⁸.

Tal como refere Fátima Ribeiro, estas situações podem assumir dois episódios, na medida em que, podem ser situações em que a mistura de patrimónios seja feita de forma pontual e documentada ou de forma desorganizada. Estes últimos casos são de difícil determinação acerca da violação do princípio da separação patrimonial, bem como a identificação dos agentes em causa. É nesta segunda hipótese que a desconsideração da personalidade jurídica é relevante, na medida em que o benefício da responsabilidade limitada dada aos sócios não pode ser utilizado de forma maliciosa e abusiva. Tendo em conta este desrespeito das normas, estando a sociedade em situação de insolvência, responderão os sócios perante os credores sociais¹⁹.

Ainda nos casos de desorganização, devido à ocultação contabilística, é difícil para os credores conhecerem a realidade do património social, assim como para o próprio sócio que por vezes não consegue apurar, com exatidão, os atos que realizou, originando uma dificuldade acrescida de aferir as consequências do comportamento que gerou a mistura de patrimónios. Deste modo, a atuação do sócio dificulta a produção da prova relativamente à mistura de patrimónios que incumbe aos credores sociais, daí que, nos termos do Art.º 344.º do C.Civ., inverte-se o ónus da prova para o sócio. Caso o sócio não conseguir provar que tais comportamentos foram individualizados e que não houve prejuízo para os

¹⁸ RIBEIRO, Fátima, “*A tutela dos credores da sociedade (...)*”.

¹⁹ ABREU, Coutinho De, “*Curso de Direito Comercial (...)*”.

credores, justifica-se a determinação dos efeitos jurídicos aplicados à mistura de patrimónios.

Depreende-se assim que já não existe a autonomia patrimonial da sociedade, ficando o sócio impedido de invocar a responsabilidade limitada que lhe era conferida. Neste sentido, não se aplica o regime da personalidade coletiva, uma vez que a atuação do sócio desrespeitou todas as normas relativas à autonomia patrimonial. Justifica-se assim a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, visto que, os credores sociais não podem invocar o regime jurídico das sociedades em causa. Fátima Ribeiro diz ainda que a figura da desconsideração vai dar razão aos comportamentos do sócio, por este ter agido como se não houvesse personalidade coletiva²⁰.

No que diz respeito ao direito positivo, a norma constante no Art.º 84.º C.S.C. tenta resolver as situações de mistura de patrimónios em caso de Sociedades Unipessoais e, quando a sociedade em causa for declarada insolvente. Esta norma não tem como fundamento a mistura de patrimónios, ou seja, os seus pressupostos são, como foi referido, a unipessoalidade e a declaração de insolvência. Ora, caso um destes requisitos não for provado, é justificável o uso da desconsideração da personalidade coletiva para que se garanta os direitos dos credores sociais. Adianta ainda Fátima Ribeiro que tal norma tem um carácter subsidiário, sendo invocada apenas quando a sociedade não consiga manter-se no mercado por insuficiência patrimonial e, quando as dívidas sociais não consigam ser cumpridas através do regime de responsabilização relativa ao tipo societário em apreço, ou seja, através do património social.

No caso da sociedade, no decorrer de um processo de insolvência, não chegar à fase de liquidação devido a falsas declarações dos sócios ao dizer que a sociedade já não tinha património, refere a mesma autora e o Tribunal da Relação do Porto²¹,

²⁰ RIBEIRO, Fátima, “*A tutela dos credores da sociedade (...)*”.

²¹ Nos termos do acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14 de dezembro de 2004 (processo n.º 0426612, Relator – Alberto Sobrinho).

que os sócios incorrem em responsabilidade pessoal perante os respetivos credores, desde que verificados os pressupostos do Art.º 158.º do C.S.C.

3.2.2. *Subcapitalização Material Manifesta:*

Uma sociedade está em estado de subcapitalização material quando não dispõe de capitais próprios para o regular exercício da sua atividade comercial e não consegue ser suprida por empréstimos dos sócios²², sendo manifesta quando tal situação for evidente para os sócios. A subcapitalização pode ser originária ou superveniente, ou seja, o primeiro caso acontece quando a desproporção entre o capital social e as exigências da atividade é reconhecível desde o momento da criação da sociedade, enquanto que a segunda hipótese é quando tal divergência de capitais manifesta-se à posteriori, devido à falta de atividade comercial, por exemplo.

Em alternativa às soluções da desconsideração da personalidade jurídica, Wilhelm defendeu uma responsabilização interna do sócio para com a sociedade. Isto porque, para este autor, os sócios, ao respeitar os mínimos do capital social legalmente exigidos (baixo na maioria dos casos) não existe um problema de subcapitalização, mas sim um problema de gestão dos sócios em relação à sociedade. Na lógica do autor, trata-se duma responsabilidade interna do sócio para com a sociedade, devido ao desrespeito daqueles para com os meios que esta dispõe, tal como Fátima Ribeiro refere na sua obra já citada.

O problema surge quando a sociedade, subcapitalizada ou não, entra num estado de “sobreendividamento”, ou seja, quando a sociedade não consegue garantir as obrigações para com os seus credores e os sócios não mostram sinais de que estão a impedir tal situação, devido ao facto de que o capital social estar “perdido”²³. Perante tal situação, e com o objetivo de proteger os direitos dos

²² COUTINHO, Abreu, “Curso de direito comercial”.

²³ RIBEIRO, Fátima, “A tutela dos credores (...)”.

credores, é necessária a apresentação da sociedade à insolvência ou a limitação dos poderes do órgão de gestão.

No que diz respeito à subcapitalização formal²⁴, referente às Sociedades por Quotas, o legislador impôs um capital social mínimo e, para evitar que a sociedade entre num estado de subcapitalização e consequente insolvência, criou medidas para que o próprio sócio invista na sociedade e a recupere por via de prestações suplementares, ao invés de usar o capital social. Estas medidas são o contrato de suprimento e a obrigação e permissão de suprimentos, reguladas nos Arts.º 243.º a 245.º do C.S.C. Relativamente ao contrato de suprimentos, os próprios sócios passam a ser credores da sociedade, porém, nos termos do Art.º 245.º, n.º 3 do C.S.C., os credores apenas são reembolsados quando forem satisfeitas as dívidas para com terceiros²⁵. Estas medidas servem para acautelar, com especial enfoque, os direitos dos credores sociais.

Em relação à subcapitalização material e, no que diz respeito às recentes alterações ao direito da insolvência, tal com indica Fátima Ribeiro na obra referida, o abandono da responsabilidade dos administradores pelas dívidas sociais da respetiva sociedade insolvente desfavorece o regime da tutela dos credores sociais, bem como a eficácia que o capital social representa como garantia. Assim, o abandono da exigência de um capital social mínimo vai favorecer a ocorrência de comportamentos dolosos e maliciosos das ditas sociedades.

Deste modo, salienta Coutinho de Abreu, que os sócios abusam da personalidade coletiva quando constituem ou mantêm uma sociedade, sem meios económicos suficientes, no comércio jurídico. Assim sendo, devido a esta subcapitalização, se a sociedade ficar em insolvência, os sócios terão de responder subsidiariamente, mas de forma ilimitada. Caso a subcapitalização for originária responderão todos os sócios envolvidos na constituição da sociedade. Em

²⁴ Na subcapitalização formal os sócios investem no património social através de empréstimos, tornando-se credores da sociedade.

²⁵ CORDEIRO, Pedro, *“A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais”*.

contrapartida, se a subcapitalização for superveniente, apenas os sócios controladores serão responsabilizados.

Esta desconsideração da personalidade não é acolhida por todos os autores devido ao facto de que a lei apenas exigir aos sócios um capital social mínimo, sem a correspondente adequação ao objeto social.²⁶ Apesar desta falta, não impede que os sócios abusem da personalidade coletiva e prejudiquem, não a sociedade, mas sim, os credores sociais. Deste modo, impera proteger estes ao defender uma responsabilidade externa, ou seja, dos sócios para com os credores da sociedade. Defende ainda Fátima Ribeiro que os gerentes devem ser responsabilizados pois, na maioria dos casos, estes são os sócios controladores que atuam com desrespeito e abuso para com a responsabilidade limitada que lhes é atribuída²⁷.

3.2.3. *Descapitalização Provocada:*

Os casos de descapitalização provocada acontecem quando uma sociedade tem problemas de liquidez e os sócios, administradores ou não, transferem a produção e os bens para uma sociedade nova que eles constituíram. Depois desta transferência e abertura da nova sociedade, a primeira previamente constituída e falida cessa a sua atividade ou diminui drasticamente a sua produção, sendo impossível o cumprimento das obrigações para com credores.²⁸ Quando isto acontece é normal a existência de doações de bens da sociedade velha para a nova, originando assim responsabilidade dos administradores para os credores sociais, nos termos do Art.º 78.º, n.º 1 do C.S.C., sendo certo que, caso tenha havido deliberações dos sócios para tais negócios, aquelas deliberações são consideradas nulas, tendo em conta os Arts.º 56.º, n.º 1, al., d) e 6.º, n.º 1, do mesmo diploma legal. Porém, tal situação não é relevante para a descapitalização provocada nem

²⁶ COUTINHO, Abreu, “*Curso de Direito (...)*”.

²⁷ RIBEIRO, Fátima, “*A tutela dos credores (...)*”.

²⁸ COUTINHO, Abreu, “*Curso de Direito (...)*”.

para a desconsideração da personalidade coletiva, pois, por esta via, apenas os sócios são responsabilizados, não os administradores.

Na situação anteriormente citada, deve assim ser utilizada a via da desconsideração da primeira sociedade e a responsabilização dos sócios perante os credores de forma subsidiária, devido à verificação do abuso da personalidade coletiva. O benefício dado aos sócios da responsabilidade limitada foi para promover investimentos e diminuir os riscos para estes, pelo que não podem usufruir de tal benefício para prejudicar credores. A solução aceite no nosso ordenamento, para uma sociedade nestas situações, é dissolver a dita sociedade, declarando-a insolvente pelos administradores. Não é, portanto, aceitável, desmantelar uma sociedade e criando outra com o mesmo objeto e fim, destruindo as garantias e interesses dos credores.

Deste modo e, nas palavras de Coutinho de Abreu, é preciso aferir os pressupostos para poder responsabilizar os sócios para com os credores sociais por via da desconsideração, os quais, para se afirmar que há ilícito, são a existência de abuso de direito ou de instituto (como já foi referido supra), a culpa dos sócios, abrangendo o dolo e a negligência, o dano para os credores e, o respetivo nexo de causalidade entre o dano e o comportamento ilícito dos sócios. Este nexo de causalidade é por vezes difícil de provar, ou seja, o facto de os sócios terem criado a nova sociedade com o objetivo de causar danos aos credores e fugir das obrigações para com aqueles.

Nestes casos de descapitalização, e até nos de subcapitalização manifesta, é normal invocar o abuso do direito por violação dos bons costumes do Art.º 334.º do C.Civ., devido à desnecessidade de invocação do dolo, porém, Coutinho de Abreu prefere a ideia do abuso institucional à qual associa a “derrogação da autonomia patrimonial da sociedade devedora”, em que se junta ao património social o património dos sócios para satisfazer os credores²⁹.

É verdade que nos casos de descapitalização provocada os sócios agem de forma contrária ao interesse social, originando uma violação ao dever de lealdade

²⁹ COUTINHO, Abreu, “*Curso de Direito (...)*”.

que, por sua vez, faz responsabilizar os sócios para com a sociedade – responsabilização interna. Porém, o mesmo autor prefere a responsabilização externa e direta dos sócios para com os credores, isto porque, os sócios, ao agir desta forma, causam mais danos aos credores do que à própria sociedade. Através da responsabilização interna, os credores poderiam intentar uma ação de sub-rogação contra os sócios e o direito de indemnização para com a sociedade, nos termos do Art.º 606.º do C.Civ. Tal processo faria entrar bens para a sociedade e, só depois, os credores podiam atacar tais bens. Conclui-se assim que, tal processo é escusado, moroso e mais complexo do que o uso à desconsideração e consequente responsabilização direta dos sócios.³⁰ Coutinho de Abreu defende, assim, uma responsabilidade externa baseada nos pressupostos da responsabilidade extracontratual, plasmada no Art.º 483.º do C.Civ. e, no abuso de direito. Entendimento diferente acerca deste assunto é a opinião de Ricardo Costa, que diz que a desconsideração da personalidade jurídica é um problema de responsabilidade contratual³¹, por aplicação ao Art.º 798.º do C.Civ. e do 334.º, do mesmo diploma legal.

4. Da Responsabilidade do Sócio e do Gerente/Administrador:

É ainda importante referir que existem dois tipos de responsabilidade, ou seja, a responsabilização dos sócios nesta qualidade e a responsabilização enquanto gerente. No primeiro caso, o sócio (não administrador), ao não ter feito todos os esforços para reverter uma situação de subcapitalização, perderá o benefício da responsabilidade limitada e será chamado a responder para com os credores por abuso da personalidade coletiva, devido à desconsideração dessa mesma personalidade jurídica. Outras soluções “desconsiderantes” da personalidade para

³⁰ Idem.

³¹ RICARDO, Costa, “Responsabilidade dos gerentes de sociedade por quotas perante credores e desconsideração da personalidade jurídica – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29.11.2007, 2010

responsabilizar os sócios é o recurso aos Art.º 84.º e 270.º - F do C.S.C., cumprido os requisitos aí mencionados.

No segundo caso, ou seja, quando estão em causa os gerentes ou administradores (sócios ou não), está em apreço uma responsabilização pela “inobservância culposa das disposições legais ou contratuais” e, quando “o património se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos”, tal como enuncia o Art.º 78.º, n.º 1 do C.S.C.³². Coutinho de Abreu³³ defende ainda a possibilidade de tanto os administradores como os sócios (não administradores), responderem pelo Art.º 78.º, n.º 1 do C.S.C., como consequência da desconsideração da personalidade jurídica, sobretudo se forem sócios controladores.

Apesar do defendido, importa realçar que apenas os sócios são abrangidos e responsabilizados devido à desconsideração da personalidade jurídica, sendo gerentes ou não³⁴.

³² Idem.

³³ ABREU, Coutinho e RAMOS, Elisabete, “Responsabilidade Civil de administradores e de sócios controladores (Notas sobre o art.º 379º do Código de Trabalho)”, Almedina, Coimbra, 2004.

³⁴ RIBEIRO, FÁTIMA, *A tutela dos credores (...)*.

Conclusão:

Primeiramente, importa referir que, a atribuição de personalidade jurídica às pessoas coletivas após o seu registo constitutivo atribui aos sócios o benefício da responsabilidade limitada e a separação patrimonial entre o património societário e o património pessoal de cada sócio, beneficiando, assim, de investimentos devido à redução do risco. Esta redução do risco deve-se, sobretudo, ao facto de os sócios não responderem pelas dívidas sociais, porém, o risco atenuado destes não pode ser totalmente transferido para os credores, de modo a que estes fiquem sem garantias e a sociedade fique incapaz de cumprir as suas obrigações. Está assim em causa a tutela dos interesses dos credores, na medida em que os sócios não podem usar o instituto da personalidade coletiva e abusar juridicamente do benefício conferido por lei, em prejuízo dos credores sociais.

Deste modo, e para evitar danos para os credores, a desconsideração da personalidade jurídica é usada para derrogar a autonomia patrimonial da sociedade e fazer com que os sócios respondem de forma ilimitada para com as dívidas sociais, ainda que de forma subsidiária, na medida em que tal instituto é excecional e de *ultima ratio*, não contendo nenhuma fonte legal.

O legislador criou algumas medidas para tutelar os interesses dos credores tais como os Arts.º 84.º e 270.º - F do C.S.C., nas quais o resultado é semelhante ao da desconsideração, porém, tais normas não alcançam todas as situações de abuso e fraude à lei, deixando os credores desprotegidos, nomeadamente em relação aos casos de mistura de patrimónios, de subcapitalização manifesta e de descapitalização provocada.

Nestas situações é importante atuar de modo a que os sócios não criem danos aos credores, sendo justificável levantar o véu da personalidade jurídica da sociedade e responsabilizar os sócios devido às atuações dolosas. Importa ainda destacar que tal instituto da desconsideração é excecional e dirigida apenas para os sócios, administradores ou não, podendo ser invocada por via contratual, nos termos dos Art.º 798.º do C.Civ., ou de forma extracontratual, quando se preenche

todos os requisitos, tendo em conta o Art.º 483.º do C.Civ., conjugado com o abuso de direito previsto no 334.º da mesma fonte normativa.

No seguimento do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, já citado, “A desconsideração tem de envolver sempre um juízo de reprovação sobre a conduta do agente, ou seja, envolve sempre a formulação de um juízo de censura e deve revelar-se ilícita, havendo que verificar se ocorre uma postura de fraude à lei ou de abuso de direito.”

Para finalizar, o uso desta figura tem de ser analisado casuisticamente, carecendo ainda de fundamentação legal para ultrapassar a dificuldade que surge na sua aplicação no comércio jurídico pois, se a lei dá benefícios aos sócios de uma sociedade, não pode esquecer-se de proteger e acautelar os interesses dos credores, que são violados devido a esse mesmo benefício.

Bibliografia:

ABREU, J. M. Coutinho de, “*Curso de Direito Comercial, vol. II. Das Sociedades,*” 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019. ISBN 978-972-40-7840-3.

ABREU, J. M. Coutinho de, “*Da Empresarialidade (as empresas no direito)*”, 1ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

ABREU, J. M. Coutinho de e RAMOS, Elisabete, “*Responsabilidade Civil dos administradores e de sócios controladores (Notas sobre o art. 379º do Código de Trabalho)*”, Almedina, Coimbra.

CORDEIRO, António Menezes, “*Manual de Direito das Sociedades, I vol, Das Sociedades Geral*”, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007.

CORDEIRO, António Menezes, “*O Levantamento da Personalidade Coletiva, No Direito Civil e Comercial*”, Almedina, Coimbra, 2000.

CORDEIRO, Pedro, “*A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*”, 2ª Edição, Universidade Lusíada Editora, 2005.

CORREIA, Miguel Pupo, “*Direito Comercial*”, 2ª Edição Revista, Universidade Lusíada, Lisboa, 1992.

RIBEIRO, Maria de Fátima, “*A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*”, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2012. ISBN 978-972-40-3851-3.

RICARDO, Costa, “*Responsabilidade dos gerentes de sociedade por quotas perante credores e desconsideração da personalidade jurídica – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29.11.2007.*”

JURISPRUDÊNCIA:

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra – Proc. Nº 943/10.8TTLRA.C1, Relator – Felizardo Paiva.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14 de dezembro de 2004 – Proc. Nº 0426612, Relator – Alberto Sobrinho.

A videovigilância no local de trabalho

OS LIMITES DA PROTEÇÃO DE DADOS NA JURISPRUDÊNCIA LABORAL

OS DESAFIOS DO TELETRABALHO

Anabela Luna de Carvalho
Juíza Desembargadora

Introdução

A temática da videovigilância no local de trabalho, sendo muito discutida nos tribunais de trabalho, tem-no sido numa perspetiva clássica, mais focada na defesa de direitos de personalidade e da intimidade da vida privada à luz da Constituição, da legislação civil e laboral, do que numa conceção de proteção de dados pessoais de acordo com os mais recentes instrumentos legislativos da União Europeia que regulam a proteção de dados pessoais e preveem um direito à autodeterminação informacional.

Embora a jurisprudência laboral haja refletido a proteção de dados pessoais desde a Lei 67/98 de 26.10 (anterior Lei da Proteção de Dados Pessoais) que transpôs a Diretiva 95/46/CE (Diretiva de Proteção de Dados Pessoais), é apenas a partir do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho (RGPD) aplicável a partir de 25-05-2018 e da sua Lei de execução nacional, a Lei 58/2019 de 08.08 (atual Lei da Proteção de Dados Pessoais) aplicável a partir de 09-08-2019, que se perspetiva o surgimento duma jurisprudência laboral mais impressivamente marcada pelos conceitos deste ramo do direito, onde se concebem os dados pessoais como propriedade do titular, no caso, o trabalhador, conferindo-lhe uma esfera de proteção de domínio efetivo, um poder sobre os mesmos no tratamento automatizado de dados, não apenas na fase de contratação laboral, mas no decurso de toda a vida do contrato e em certas situações para lá dele.

Esta é, pois, uma proteção que, sendo próxima não é totalmente coincidente com a dos direitos de personalidade e beneficia duma autonomia que a torna concorrente com a defesa daqueles.¹

Uma regulação imposta pela sofisticação tecnológica da era atual, que armazena, trata, conxiona, transmite e utiliza de forma automatizada grandes quantidades de dados, sem que o titular de imediato os possa controlar ou mesmo disso se aperceber, afetando diversos modelos de relação contratual, no caso a relação laboral e, dentro desta, uma particular modalidade de prestação que a pandemia vulgarizou, o teletrabalho.

O desempenho do teletrabalho frequentemente integrado por mecanismos invasivos de controlo e de recolha de informação quanto ao exercício funcional do trabalhador, pode incorporar uma videovigilância oculta suscetível de contender com direitos de personalidade e com dados pessoais deste, o que coloca a necessidade de criar limites à recolha e ao tratamento de informação por essa via.

Por «*dados pessoais*» entende-se toda a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável «*titular dos dados*». É considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular, na definição do artigo 4º nº 1 do RGPD.

Que dados pessoais são tratados e de que forma o são, como pode o titular de dados, aqui na posição de trabalhador, aceder ao seu conteúdo, à sua finalidade, retificá-los, atualizá-los, apagá-los, opor-se aos mesmos, em suma, como pode o trabalhador exercer o seu **direito à autodeterminação/identidade informacional** perante uma tecnologia deveras sofisticada, desenvolvida e processada frequentemente com recurso a empresas subcontratantes, com programas de vigilância informática à

¹ Alguns autores referem a existência duma relação de interioridade constitutiva entre a proteção de dados e os direitos de personalidade (nesse sentido, Mafalda Miranda Barbosa, *in* <https://www.abreuadvogados.com/media/yv0dovh3/prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-e-direitos-de-personalidade.pdf>

distância, são questões que advêm duma nova legislação sob um perfil vincadamente regulador e sancionatório e que abrirá caminho, num futuro próximo, a uma diferenciada discussão nos tribunais.

Nas últimas décadas a abordagem à volta dos limites da utilização da tecnologia vigilante centrou-se na utilização da videovigilância e mecanismos afins no espaço laboral exterior ao domicílio pessoal do trabalhador, ou seja, nas instalações destinadas a local de trabalho por regra da entidade patronal ou de terceiros conforme indicação desta ou, nas deslocações de trabalho, caso do GPS, tendo a jurisprudência laboral desenvolvido uma sólida fundamentação acerca dos princípios, das finalidades e das condições de licitude que haveria que se respeitar para autorizar² ou legitimar³ tais mecanismos por parte das empresas⁴.

Tal jurisprudência assentava na Constituição, na lei civil e laboral e acolhia como fonte interpretativa o sentido dos pareceres, orientações e recomendações da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd).

A proteção dos dados pessoais na Constituição

O artigo 35.º da CRP prevê a «Utilização da informática»:

“1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.

(...)

3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular,

² No âmbito administrativo.

³ Na jurisdição comum.

⁴ Discussão que teve também assento na jurisdição penal, nomeadamente no âmbito de avaliação das provas (i)lícitas.

autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excecionais previstos na lei.

5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.

(...).”

O artigo 35.º da CRP ao conceder dignidade constitucional ao direito do indivíduo (pessoa física) de acesso aos tratamentos de dados pessoais que lhes digam respeito; ao direito de retificação e de atualização; ao direito a conhecer a finalidade dos tratamentos de dados; ao direito ao não tratamento de dados cujo processamento se possa revelar especialmente sensível; ao direito ao segredo e à não divulgação (a terceiros) de dados objeto de tratamento, reúne e elege deste conjunto de direitos **um direito genérico do indivíduo à autonomia informacional**.

Importa ainda atender ao artigo 34.º da CRP que prevê a «Inviolabilidade do domicílio e da correspondência»:

“1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.”

E ao artigo 26.º que prescreve «Outros direitos pessoais»:

“1. 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.”

Vem a propósito referir o Acórdão n.º 241/2002 do Tribunal Constitucional⁵ que analisou da conformidade constitucional da aplicação da norma do art. 519 n.º 3 al.ª b) do Código de Processo Civil⁶, numa ação de impugnação de despedimento interposta por um trabalhador, tendo o tribunal da 1ª instância, sustentando-se em tal norma, deferido o pedido da ré empregadora e ordenado a notificação de duas

⁵ In <https://dre.pt/pesquisa/>

⁶ Atual art. 417 CPC - dever de cooperação para a descoberta da verdade.

operadoras de telecomunicações para fornecerem aos autos, documento em seu poder, que identificava o autor de dois textos que haviam passado na Internet. O que estas cumpriram através da indicação do *username* formalmente atribuído ao autor e da faturação detalhada do número de telefone do seu domicílio.

Considerou o TC que “a faturação detalhada permite sempre quebrar o véu da intimidade da vida privada do autor, “desnudando-a”, tornando-a transparente para terceiros” e ainda que “através da informação da faturação detalhada foi invadida a reserva da intimidade da vida privada do autor/recorrente, no âmbito de um processo de natureza cível, o que viola o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e as garantias do sigilo (e da não-ingerência nas) das telecomunicações, consagrados na lei fundamental.”

Desse modo, as informações relativas aos dados de tráfego e a faturação detalhada, enquanto **dados pessoais** não podiam, nas circunstâncias, constituir meios de prova para fundamentar o despedimento. Vindo a firmar a seguinte decisão:

«Julgar inconstitucional a norma ínsita no artigo 519.º, n.º 3, alínea b), do Código de Processo Civil quando interpretada no sentido de que, em processo laboral, podem ser pedidas, por despacho judicial, aos operadores de telecomunicações informações relativas aos dados de tráfego e à faturação detalhada de linha telefónica instalada na morada de uma parte, sem que enfirme de nulidade a prova obtida com a utilização dos documentos que veiculam aquelas informações, por infração ao disposto nos artigos 26.º, n.º 1, e 34.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição.»

⁷ Artigo 519.º do CPC (velho) - DL n.º 329-A/95, de 12 de dezembro

«Dever de cooperação para a descoberta da verdade

1 - Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.

(...)

3 - A recusa é, porém, legítima se a obediência importar:

(...)

b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações;»

A videovigilância na legislação laboral

Quer o Código de Trabalho de 2003 (CT 2003) e seu Regulamento (Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho – Regulamento CT2003), quer o Código de Trabalho de 2009 (CT 2009), nas suas sucessivas versões, moldaram-se à regulação específica da proteção de dados em vigor à data das respetivas aprovações, no caso, a Lei 67/98 de 26.10 (Lei da Proteção de Dados Pessoais que transpôs a Diretiva n.º 95/46/CE).

O *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*, (Regulamento (UE) 2016/679 – *doravante* RGPD) que revogou aquela e a Lei n.º 58/2019 de 08.08 (*doravante* LPDP), que veio dar “execução” e “feição nacional” a este Regulamento, sucederam temporalmente ao CT 2009, importando, por isso, aferir da compatibilidade deste com tais instrumentos, direito derivado da UE⁸.

A Lei n.º 67/98 de 26.10 (anterior Lei da Proteção de Dados Pessoais) dispunha no seu art. 2º como princípio geral:

“O tratamento de dados pessoais deve processar-se de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais.”

No seu artº 3 b) definia como «Tratamento de dados pessoais»:

“Qualquer operação ou conjunto de operações sobre dados pessoais, efetuadas com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a comunicação por transmissão, por difusão ou por qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição.”

E no art. 6º) enunciava as *condições de legitimidade* no tratamento de dados: o *consentimento* do titular *ou* a verificação da *necessidade do tratamento* para a prossecução de interesses legítimos numa ponderação de razoabilidade perante o sacrifício dos interesses ou dos direitos, liberdades e garantias do titular dos dados.

⁸ Artigo 8º da CRP.

O Código de Trabalho de 2003

O Código de Trabalho de 2003 (CT 2003) aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27.08 veio, inovadoramente, regular *a proteção dos dados pessoais do trabalhador*. Em consonância com a perspetiva personalista que o inspirou.

Colhe-se da proposta de lei n.º 29/IX (decreto preambular) que aprovou o Código do Trabalho de 2003⁹:

“O Código do Trabalho situa-se, pois, numa perspetiva personalista: as pessoas, em particular os trabalhadores, constituem o fundamento de todas as ponderações. Com efeito, o Código revela, independentemente da expressa consagração dos direitos da personalidade, uma preocupação em manter um equilíbrio entre as necessidades dos trabalhadores e dos empregadores, tendo presente que sem aqueles não é possível a existência destes, e sem estes aqueles não existiriam. É esta comunhão de interesses que está presente em todo o texto.”

Daí o surgimento duma regulação específica dos *direitos de personalidade* na relação trabalhador/empregador e, neste âmbito, duma regulação particular da *proteção de dados pessoais* e da *instalação de meios de vigilância nos locais de trabalho*.

Estatuindo a propósito:

“Artigo 16.º - Reserva da intimidade da vida privada

1 - O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.

2 - O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes,

⁹ <https://app.parlamento.pt/>

nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.”

“Artigo 17.º - Proteção de dados pessoais

1 - O empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações relativas à sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação.

2 - O empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação.

3 - As informações previstas no número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade, salvo autorização escrita deste.

4 - O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respetivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua retificação e atualização.

5 - Os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à proteção de dados pessoais.”

“Artigo 20.º - Meios de vigilância à distância

1 - O empregador não pode utilizar meios de vigilância à distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

2 - A utilização do equipamento identificado no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem.

3 - Nos casos previstos no número anterior o empregador deve informar o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados.”

Desta regulação do CT 2003 decorria que, sendo a utilização dos meios de vigilância à distância, potencialmente violadora dos direitos de personalidade do trabalhador, a justificação para a mesma haveria de ser aferida da finalidade subjacente: se visasse controlar o desempenho profissional do trabalhador, não seria permitida; se visasse proteger a segurança de pessoas e bens ou se particulares exigências inerentes à natureza da atividade o reclamassem, seria permitida.

O que, como a jurisprudência expôs, no juízo casuístico e concreto, nem sempre as duas finalidades se excluem, os campos de incidência não são estanques nem individualizáveis, comportando antes zonas de sobreposição ou confluência, obrigando o julgador a uma ponderação de proporcionalidade quanto ao peso relativo de cada uma, hierarquizando as finalidades em potencial conflito.

Embora o CT 2003 não previsse expressamente a necessidade de autorização prévia da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), essa necessidade surgia diretamente do seu Regulamento (Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho)¹⁰, que dispunha:

“Artigo 28.º - Utilização de meios de vigilância a distância

1 - Para efeitos do n.º 2 do artigo 20.º do Código do Trabalho, a utilização de meios de vigilância a distância no local de trabalho está sujeita a autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados.

¹⁰ Em consonância com a Lei 67/98 de 26/10, aplicável à videovigilância através do seu art. 4.º n.º 4.

2 - A autorização referida no número anterior só pode ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objetivos a atingir.”

Prevendo ainda o *Regulamento ao CT 2003* no seu artigo 29º, a obrigação para o empregador de publicitar essa vigilância no local de trabalho.

Ainda que o CT 2003 assentasse apenas na finalidade geral «não visar o controlo do trabalhador/proteger pessoas e bens» o critério definidor da licitude quanto à recolha e tratamento de imagens, o seu Regulamento sobrepunha uma tripla conformação da atuação aos *princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade*, em sintonia com a Lei 67/98 de 26/10, que determinava a observância de *juízos de adequação, de pertinência e de proporção* (art. 5º, n.º 1, alª c)).

A Comissão Nacional de Proteção de Dados procurando dar resposta aos diversos pedidos de autorização de tratamentos de videovigilância que neste contexto lhe foram dirigidos, estabeleceu na sua Deliberação n.º 61/2004 (*www.cnpd.pt*) os **“Princípios sobre o Tratamento de Dados por Videovigilância”**, assim se exprimindo:

“O tratamento a realizar e os meios utilizados devem ser considerados os necessários, adequados e proporcionados com as finalidades estabelecidas: a proteção de pessoas e bens. Ou seja, para se poder verificar se uma medida restritiva de um direito fundamental supera o juízo de proporcionalidade imporá verificar se foram cumpridas três condições: se a medida adotada é idónea para conseguir o objetivo proposto (princípio da idoneidade que é mais do que adequação); se é necessária, no sentido de que não existia outra medida capaz de assegurar o objetivo com igual grau de eficácia (princípio da necessidade); se a medida adotada foi ponderada e é equilibrada ao ponto de através dela, serem atingidos substanciais e superiores benefícios ou vantagens para o interesse geral quando confrontados com outros bens ou valores em conflito (juízo de proporcionalidade em sentido restrito).”

Esta deliberação, remetendo para uma apreciação casuística, veio definir os princípios gerais no âmbito da Lei 67/98, a que deveriam obedecer os atos de autorização ou de recusa de utilização de sistemas de videovigilância, pela CNPD.

A jurisprudência no âmbito do CT 2003

Vejam os como se afirmou a jurisprudência laboral no âmbito da Lei 67/98 (proteção de dados) e do CT 2003 relativamente à videovigilância no local de trabalho.

Respeitando os Princípios sobre o Tratamento de Dados por Videovigilância definidos na referida Deliberação n.º 61/2004 da CNPD (como fonte interpretativa).

Nesse sentido se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça (Ac. de 08/02/2006) numa ação em que foi chamado a apreciar o conflito entre os trabalhadores da indústria farmacêutica e a empresa empregadora¹¹.

A Ré colocara câmaras de filmar/vídeo em todo o armazém, as quais se mostravam colocadas em ângulo de forma a abranger todo o espaço onde os trabalhadores exerciam as suas funções, incidindo sobre estes, de tal modo que as tarefas que exerciam estavam a ser permanentemente filmadas e gravadas. Existiam monitores que visualizavam todos os locais de trabalho e os trabalhadores estavam permanentemente sob observação do operador das câmaras. A Ré defendera-se alegando que, antes da implementação do sistema de videovigilância, vira-se confrontada com furtos de medicamentos e outros produtos que comercializava, e que muitas dessas situações eram perpetradas por pessoas que se encontravam devidamente autorizadas pela Ré a penetrar no interior das instalações.

Embora o Tribunal da Relação de Lisboa (Ac.18/05/2005)¹² tivesse considerado legítima a atuação da Ré, considerando-a a coberto da finalidade de proteção e segurança de pessoas e bens ou da justificação das particulares exigências inerentes à

¹¹ Cfr. Ac. STJ de 08-02-2006 (Fernandes Cadilha), www.dgsi.pt

¹² Cfr. Ac. TRL de 18-05-2005 (Seara Paixão) - P. 10740/2004-4, www.dgsi.pt

natureza da atividade profissional (nº 2 do art. 20º do CT 2003), o Supremo Tribunal de Justiça, num reforço de tutela privada, assim não o entendeu, pronunciando-se desfavoravelmente, como reporta o sumário do referido acórdão:

«I – A instalação de sistemas de videovigilância nos locais de trabalho envolve a restrição do direito de reserva da vida privada e apenas poderá mostrar-se justificada quando for necessária à prossecução de interesses legítimos e dentro dos limites definidos pelo princípio da proporcionalidade.

II – O empregador pode utilizar meios de vigilância à distância sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens, devendo entender-se, contudo, que essa possibilidade se circunscreve a locais abertos ao público ou a espaços de acesso a pessoas estranhas à empresa, em que exista um razoável risco de ocorrência de delitos contra as pessoas ou contra o património.

III – Por outro lado, essa utilização deverá traduzir-se numa forma de vigilância genérica, destinada a detetar factos, situações ou acontecimentos incidentais, e não numa vigilância diretamente dirigida aos postos de trabalho ou ao campo de ação dos trabalhadores; (...)

*V- Nos termos das precedentes proposições, é ilícita, por violação do direito de reserva da vida privada, a **captação de imagem através de câmaras de vídeo instaladas no local de trabalho e direcionadas para os trabalhadores**, de tal modo que a atividade laboral se encontre sujeita a uma contínua e permanente observação.»*

O Supremo considerou assim que, a captação de imagem através de câmaras de vídeo instaladas no local de trabalho e direcionadas para os trabalhadores, de tal modo que a atividade laboral se encontrava sujeita a uma contínua e permanente observação, violava o direito de reserva da vida privada, sendo, por isso, ilícita.

Rapidamente a discussão sobre a possibilidade ou não da captação de imagem derivou para a discussão sobre a possibilidade ou não do uso das imagens no processo disciplinar, ou seja, como *meio de prova* para o reconhecimento de uma infração disciplinar.

Numa posição restrita quanto à possibilidade de uso das imagens no procedimento disciplinar, o Tribunal da Relação de Lisboa (Ac.03/05/2006)¹³ veio afirmar:

“III – A videovigilância não só não pode ser utilizada como forma de controlar o exercício da atividade profissional do trabalhador, como não pode, por maioria de razão, ser utilizado como meio de prova em sede de procedimento disciplinar pois, nestas circunstâncias, a divulgação da cassette constitui, uma abusiva intromissão na vida privada e a violação do direito à imagem do trabalhador, - arts. 79º do Cód. Civil e 26º da Constituição da República Portuguesa – criminalmente punível – art. 199º, nº 1, alínea b) do Cód. Penal.”

Ou seja, afirmava-se que a videovigilância não podendo ser utilizada como forma de controlar o exercício da atividade profissional do trabalhador, não poderia, por maioria de razão, ser utilizada como meio de prova em sede de procedimento disciplinar, sob pena de a divulgação da “cassete” vir a constituir, uma abusiva intromissão na vida privada e violar o direito à imagem do trabalhador.¹⁴

Neste sentido, também, o Tribunal da Relação de Lisboa (Ac. 19/11/2008)¹⁵:

“Não é admissível, no processo laboral e como meio de prova, a captação de imagens por sistema de videovigilância, envolvendo o desempenho profissional do trabalhador, incluindo os atos disciplinarmente ilícitos por ele praticados.”

Para certa jurisprudência essa nulidade de prova por videovigilância – em local de trabalho, não consentida pelo trabalhador ou do seu desconhecimento - não inquinava só a prova disciplinar como poderia mesmo inquinar a prova criminal, desde que o ilícito criminal fosse praticado em local de trabalho.

¹³ Cfr. Ac. TRL de 03-05-2006 (Isabel Tapadinhas) - P. 872/2006-4, www.dgsi.pt

¹⁴ Escudando-se ainda o referido acórdão na afirmação de que não sendo o direito de prova um direito absoluto, em consonância com o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 209/95 de 20 de Abril, publicado no DR, II Série, nº 295 de 23.12.95, o direito subjetivo à produção de prova não obriga à admissão de todos os meios de prova permitidos em direito.

¹⁵ Cfr. Ac.TRL de 19-11-2008 (Ramalho Pinto) - P.7125/2008-4, www.dgsi.pt

Foi o caso do Tribunal da Relação de Lisboa (Ac.03/05/2006)¹⁶ que, com voto de vencido¹⁷, considerou:

“I - São provas nulas as imagens de vídeo obtidas sem o consentimento ou conhecimento do arguido, através de câmara oculta colocada pelo assistente no seu estabelecimento de gelataria e que é o local de trabalho do arguido, sem que estivesse afixada informação sobre a existência de meios de videovigilância e qual a sua finalidade (...).

II – Arrolados tais meios de prova na acusação pública por crime de furto e valorados em audiência, onde foram visionadas as imagens de vídeo, é nulo todo o processado desde a acusação, inclusive, e ulteriores termos do processo – artº 122º nº1 do C.P.P.”

O que resultava pacífico era a exclusão da videovigilância com a finalidade de controlar o desempenho do trabalhador e como meio de prova disciplinar quando aquela tivesse por finalidade vigiar o desempenho profissional do trabalhador.

Seguindo as linhas orientadoras da CNPD (Deliberação n.º 61/2004) os tribunais sobrepunham ainda um juízo de *necessidade, adequação e proporcionalidade* e um juízo de *intervenção mínima* na colocação das câmaras de videovigilância.

Num litígio que opôs uma estação de televisão e a CNPD e que correu termos no foro administrativo, discutiu-se, entre o mais, a decisão desta entidade de controlo de não autorização do tratamento de imagens através de três concretas câmaras colocadas na sala de redação da Direção de Informação, alegadamente pela necessidade de salvaguarda do direito à privacidade dos trabalhadores, tendo o Tribunal Central Administrativo Sul (Ac.14/05/2009)¹⁸ considerado:

¹⁶ Cfr. Ac.TRL de 03-05-2006 (Carlos Sousa) - P. 83/2006-3, www.dgsi.pt

¹⁷ - Há declaração de voto do Exmº Desembargador Mário Morgado neste sentido: “A prova obtida é válida nos termos do artº 167º nº1 do C.P.P., já que a captação de imagens realizada não ofende a integridade física ou moral do arguido nem a sua dignidade e intimidade, como não é ilícita e nem integra o crime p. e p. pelo artº 199º nº 2 a) do C.P..”

¹⁸ Cfr. Ac. TCA Sul de 14-05-2009 (Coelho da Cunha) – P.01614/06, www.dgsi.pt

“O tratamento a realizar e os meios utilizados devem ser os necessários, adequados e proporcionais, o que implica uma ponderação dos interesses fundamentais em conflito, designadamente da segurança, versus, respeito pela privacidade ou direito à imagem.

Deverá, por isso, analisar-se as circunstâncias de cada caso concreto e adotar-se como princípio geral que a gravação de imagens se deve limitar, sempre que possível, a uma intervenção preventiva ou dissuasora (princípio da intervenção mínima).”

A fronteira entre licitude e ilicitude da videovigilância no local de trabalho assentava assim não apenas na finalidade, mas igualmente na razoabilidade dos meios, de acordo com um *juízo de proporcionalidade* e de *intervenção mínima*, cabendo à entidade patronal o ónus de provar essa finalidade e essa razoabilidade.

O dever de informar o trabalhador da utilização de meios de vigilância no local de trabalho configurava igualmente uma condição de licitude.

Assim se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça (27/05/2010)¹⁹ sob a alçada do CT 2003:

“De acordo com o disposto no art. 20.º do Código do Trabalho, a utilização de meios de vigilância será sempre ilícita (ainda que com aviso prévio da sua instalação feito ao trabalhador), desde que tenha a finalidade de controlar o desempenho profissional do ou dos trabalhadores, só sendo, pois, lícita a sua utilização quando a tal finalidade se não destine e, outrossim, se destine à proteção e segurança de pessoas e bens ou quando as exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem, caso em que se torna imprescindível o cumprimento pela empregadora do dever de informar o trabalhador.”

¹⁹ Cfr. Ac. STJ de 27-05-2010 (Sousa Grandão) – P.467/06.3TTTCBR.C1.S1, www.dgsi.pt

Em suma, no âmbito da Lei 67/98 de 26/10 (anterior LPDP) e do CT 2003 e seu Regulamento, a jurisprudência definiu-se relativamente à videovigilância do seguinte modo: concebendo-a como uma restrição do direito de reserva da vida privada, direito com tutela constitucional, considerando-a justificada quando necessária à finalidade de proteção e segurança de pessoas e bens, dentro de limites de proporcionalidade e de intervenção mínima e, de forma genérica, ou seja, a sua utilização não poderia constituir uma vigilância direta dirigida aos postos de trabalho ou ao campo de ação dos trabalhadores, que da sua existência deveriam ser informados.

A jurisprudência laboral a partir do CT 2003 reforçou, assim, o direito à privacidade do trabalhador como uma exigência dos direitos fundamentais.

A videovigilância enquanto direito do trabalhador *versus* obrigação da entidade patronal

E se, por norma, a videovigilância vem sendo configurada como uma limitação do direito de personalidade do trabalhador, decisões judiciais houve em que, pelo contexto, a vigilância à distância foi considerada não como uma restrição de um direito fundamental, mas sim como um meio de salvaguarda de direitos fundamentais.

Ou seja, como um direito do trabalhador à salvaguarda da sua integridade física, se não mesmo da vida e, enquanto tal, uma obrigação da entidade patronal em criar condições de segurança na prestação do trabalho, cuja violação confere ao trabalhador, justa causa na resolução do contrato.

Nesse sentido o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (07/06/2010)²⁰

“I- Nos termos do art.º 59º, n.º 1, alínea c) da Constituição da República Portuguesa, ao trabalhador assiste o direito fundamental de só “prestar trabalho

²⁰ Cfr. TRP de 07-06-2010 (Albertina Pereira) – P.807/08.0TTVNG.P1, www.dgsi.pt

quando se encontrem observadas as regras de higiene, de segurança e saúde” no trabalho.

II- Assumindo o trabalhador a posição de contraente débil, encontrando-se limitado na sua liberdade individual, sujeito ao poder de direção do empregador, que é quem retira benefício da sua atividade, cabe a este organizar e dirigir o trabalho por forma a proporcionar as necessárias condições de segurança na prestação do trabalho, sendo o responsável por essa segurança.

III. Deve concluir-se pela verificação de justa na resolução do contrato por parte de trabalhadora que, enquanto caixa num supermercado, ao longo de vários anos foi vítima de assaltos, ofensas à sua integridade física e psíquica e de roubo, sem que a entidade patronal tenha tomado as medidas adequadas para evitar ou minorar os riscos de ocorrência dessas situações.”

Reclamava a trabalhadora a colocação de um dispositivo de videovigilância como recurso dissuasor dos assaltos de que repetidamente fora alvo, enquanto caixa num supermercado. O Tribunal deu-lhe razão.

O Código de Trabalho de 2009

Nascido da proposta de lei n.º 216/X (decreto preambular)²¹, teve em vista, entre o mais, estabelecer “*um quadro normativo mais eficaz, que unifica os dois principais instrumentos legislativos que disciplinam as relações de trabalho - o Código do Trabalho e o seu Regulamento —, tornando-os mais inteligíveis, mais acessíveis, sendo previsíveis os ganhos ao nível da divulgação efetiva do seu conteúdo normativo pelos destinatários e, assim, também no que respeita ao seu cumprimento.*”

O CT 2009²², atualmente em vigor, manteve sensivelmente idênticos os artigos 16º (reserva da intimidade da vida privada) e 17º (proteção de dados pessoais) do CT 2003, acrescentando quanto a este último uma previsão contraordenacional (nº 5).

²¹ <https://app.parlamento.pt/>

²² Lei n.º 7/2009 de 12 de Fevereiro - Aprovou a revisão do Código do Trabalho.

Preservou o art. 20º do CT 2003 alusivo aos meios de vigilância à distância, nos seus nºs 1 e 2, deu uma nova redação ao nº 3, *acentuando a obrigatoriedade* para o empregador de *informar e publicitar a utilização da videovigilância* em consonância com o Regulamento do CT 2003 e, acrescentou um nº 4 com previsão contraordenacional.

“3 - Nos casos previstos no número anterior, o empregador informa o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som», seguido de símbolo identificativo.

4 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto no n.º 1 e constitui contraordenação leve a violação do disposto no n.º 3.”

E, estatuiu uma previsão – o art. 21º - acolhida do Regulamento do CT 2003, reforçando a componente sancionatória:

“Artigo 21.º²³ - Utilização de meios de vigilância a distância

1 - A utilização de meios de vigilância a distância no local de trabalho está sujeita a autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados.

2 - A autorização só pode ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objetivos a atingir.

3 - Os dados pessoais recolhidos através dos meios de vigilância a distância são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades da utilização a que se destinam, devendo ser destruídos no momento da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou da cessação do contrato de trabalho.

²³ O artigo 21.º do CT 2003: “Confidencialidade de mensagens e de acesso a informação” passou a integrar o art. 22 do CT de 2009.

4 - *O pedido de autorização a que se refere o n.º 1 deve ser acompanhado de parecer da comissão de trabalhadores ou, não estando este disponível 10 dias após a consulta, de comprovativo do pedido de parecer.*

5 - *Constitui contraordenação grave a violação do disposto no n.º 3.*”

A jurisprudência no âmbito do CT 2009

No âmbito do CT 2009 e na vigência da Lei 67/98 de 26/10, a jurisprudência acentuou a dependência da *licitude* da videovigilância e da prova nela assente, da existência de *autorização prévia da CNPD*.

Ou seja, afirmava não ser admissível o tratamento ou a visualização das imagens, nomeadamente para efeitos disciplinares, ainda que obedecesse ao escopo da proteção e segurança de pessoas (nº 2 do art. 20º), se o empregador não fizesse *prova da autorização prévia concedida pela CNPD* e dos demais requisitos objetivos (audição da comissão de trabalhadores (existindo) / junção do parecer ao pedido de autorização à Comissão Nacional de Proteção de Dados / instalação dos meios de vigilância nos termos da autorização concedida / informação aos trabalhadores e publicidade sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados (n.º 3 do art. 20.º).

Ressalvando a possibilidade da sua utilização para efeitos criminais.

Nesse sentido, o Tribunal da Relação do Porto (Ac. 04/02/2013)²⁴

“IV - A licitude da utilização de meios de vigilância à distância não depende apenas dessa concreta ponderação material de interesses divergentes, mas igualmente da verificação das condições e procedimentos objetivos previstos no artº 20º nº3 e 21º do Código do Trabalho.

V - Sendo imputado pelo empregador ao trabalhador a prática de um ilícito disciplinar por violação do dever de lealdade, passível de integrar igualmente um crime de furto, é de admitir a exibição em audiência de julgamento das gravações

²⁴ Cfr. TRP de 04-02-2013 (João Diogo Rodrigues) – P.229/11.6TTLMG.P1, www.dgsi.pt

de imagens num caso em que está alegado, sem impugnação, que o estabelecimento onde ocorreu aquele ilícito está a videovigilância autorizada pela CNPD, a existência e funcionamento desse sistema foi participado ao trabalhador, está devidamente publicitado por dois dísticos afixados nesse estabelecimento e o dito sistema foi implementado com vista a salvaguardar os bens e produtos à venda.”

Ou, o Tribunal da Relação de Coimbra, num litígio reportado a um salão de jogos/casino (Ac. 06/02/2015)²⁵:

“I – O artº 20º, nº 1 do Código do Trabalho proíbe a utilização de meios de vigilância à distância para controlar de forma dedicada e permanente o desempenho profissional do trabalhador.

II – A utilização desses meios de vigilância no local de trabalho é, no entanto, lícita se cumprir os requisitos de fim e publicidade previstos nos nºs 2 e 3 do mesmo artº 20º e for obtida a autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados.”

No âmbito desta legislação, alguma jurisprudência bastava-se com a autorização dada pela CNPD. Existindo esta, o respeito pelas diversas finalidades estaria implícito e a licitude formal e material assegurada.

Outra, exigia a prova da conformidade prática da colocação de sistema de videovigilância, com a autorização concedida.

A inobservância dos requisitos objetivos, como fundamento de resolução por parte do trabalhador:

²⁵ Cfr. TRC de 06-02-2015 (Luís Azevedo Mendes) – P. 359/13.0TTFIG, www.dgsi.pt

A inobservância de algum dos requisitos legais, nomeadamente, a informação prévia dos trabalhadores e a autorização prévia da CNPD, poderia constituir fundamento de resolução do contrato por parte do trabalhador.

Assim afirmou o Tribunal da Relação do Porto (Ac.04/03/2013)²⁶:

“I – Constitui justa causa de resolução do contrato, pelo trabalhador, a implementação de um sistema de videovigilância, por parte da R., sem observância de qualquer dos requisitos legais, nomeadamente, informação prévia dos trabalhadores, na forma legal e autorização da CNPD.

II – Apesar de as provas obtidas pelo sistema de videovigilância não poderem ser consideradas em sede disciplinar, por ilícitas, tal não impede que a trabalhadora invoque tal matéria se decidir resolver o contrato, com invocação de justa causa pois, em qualquer dos casos, estamos sempre perante o mesmo comportamento ilícito da R., não tendo a A. produzido qualquer prova.”

A interpretação da finalidade

A interpretação da finalidade “proteção de pessoas e bens/particulares exigências inerentes à natureza da atividade” prevista no art. 20º nº 2 do CT 2009²⁷ teve num caso judicial, *sui generis*, um alcance demonstrativo do quão ampla pode ser a sua valoração na atividade empresarial produtiva. Acolhendo interesses não apenas privados, mas igualmente públicos e de carácter moral/social.

Interpretação dada pelo Tribunal da Relação do Porto (Ac. 07/12/2018)²⁸ :

“I - A inserção do trabalhador numa organização empresarial comporta limitações à liberdade e exercício de direitos fundamentais, que pode provocar

²⁶ Cfr. TRP de 04-03-2013 (Ferreira da Costa) – P. 787/10.2TTVCT.P1, www.dgsi.pt

²⁷ À semelhança do art. 20 nº 2 do CT 2003.

²⁸ Cfr. TRP de 07-12-2018 (Domingos Morais) – P.159/18.0T8PNF-A.P1, www.dgsi.pt

conflito entre o direito fundamental do trabalhador à reserva sobre a intimidade da sua vida privada e o direito do empregador a prosseguir os objetivos que se propôs no pacto social da empresa.

III – A prática de atos amorosos entre uma trabalhadora e o namorado não pode ser manifestada no local e durante o horário de trabalho - bar/café de “bomba de gasolina” -, sendo um espaço privado, é de acesso público.

VII – Neste contexto, é de admitir a visualização, em sede de audiência de discussão e julgamento, das imagens de videovigilância recolhidas no local de trabalho, como meio de prova para o fim disciplinar específico dos autos.”

O enquadramento normativo recente

O RGPD e a atual LPDP

Em 25 de maio de 2018 passou a ser aplicável o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016²⁹ relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (RGPD).

Embora nos termos do artigo 288.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), o regulamento seja um ato legislativo desta que não carece de transposição, tendo aplicabilidade direta e efeito direto no ordenamento jurídico de cada Estado-Membro da União Europeia, o RGPD contém inúmeras cláusulas de abertura implicando os Estados-Membros na definição de um conteúdo concretizador ou complementar. E, ainda que aprovado em 2016 estabeleceu no seu artigo 99.º que apenas passaria a ser aplicável em todos os Estados-Membros a 25 de maio de 2018, de modo a permitir que os Estados-Membros adotassem medidas necessárias à correta vigência do RGPD.

A. Barreto Menezes Cordeiro *in* “Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei 58/2019”, p. 30, resume assim alguns dos seus aspetos inovadores:

²⁹ Tendo revogado a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24-10-1995.

“Apesar de o Direito da proteção de Dados não ser um ramo jurídico novo, é certo que apenas com o RGPD assumiu uma importância indiscutível no panorama jurídico nacional. As razões para esta descoberta (...) são um reflexo da revolução imprimida pelo RGPD: a densificação dos direitos dos titulares de dados pessoais, o agravamento dos deveres dos responsáveis pelo tratamento de dados e dos subcontratantes, o reforço das competências das autoridades de controlo ou a obrigatoriedade de designação de encarregados de proteção de dados.”

O Parecer n.º 20/2018 da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) sobre a Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.^a (Gov), in <https://app.parlamento.pt/>, que antecedeu a Lei de execução do RGPD reforça a sua justificação, criada pela necessidade de garantir ao titular dos dados uma maior segurança dos seus dados pessoais face à tecnologia hoje disponível:

“Na verdade, o que o RGPD toma como paradigma é a tecnologia hoje disponível para a realização de tratamentos de dados pessoais e, portanto, visa conciliar a utilização de soluções tecnológicas no seu estado atual e futuro de desenvolvimento, e os riscos que comportam, com a defesa dos direitos e liberdades das pessoas cujos dados são objeto de tratamento.”

E fá-lo sob uma perspetiva de pessoa singular/titular de dados na União Europeia e fora dela.

“O Regulamento fortalece e expande o regime de proteção de dados europeus, na medida que protege os dados pessoais de todos os residentes da União Europeia, independentemente da localização do tratamento, aumentando amplamente o alcance do novo quadro legal europeu, abrangendo toda a informação que, diretamente ou indiretamente, possam identificar um indivíduo, incluindo identificadores online como endereços de IP, cookies, dados de localização, estatuidando um conceito de dados muito mais amplo do que a

anterior Diretiva” - conclui Daniela Medeiros Teves in “ A proteção de dados pessoais – o novo paradigma jurídico”.³⁰

Mantendo válidos os princípios gerais outrora aplicáveis aos tratamentos de dados, agora sob melhor concetualização.

Assim o artigo 5º do RGPD ao enunciar os - **Princípios gerais a respeitar em qualquer tratamento:**

“1. Os dados pessoais são:

a) Objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados («licitude, lealdade e transparência»);

b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, em conformidade com o artigo 89.º, n.º 1 («limitação das finalidades»);

c) Adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados («minimização dos dados»);

d) Exatos e atualizados sempre que necessário; devem ser adotadas todas as medidas adequadas para que os dados inexatos, tendo em conta as finalidades para que são tratados, sejam apagados ou retificados sem demora («exatidão»);

e) Conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados; os dados pessoais podem ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins

³⁰ - Dissertação de Mestrado in <https://repositorio.uac.pt/>.

estatísticos, em conformidade com o artigo 89.º, n.º 1, sujeitos à aplicação das medidas técnicas e organizativas adequadas exigidas pelo presente regulamento, a fim de salvaguardar os direitos e liberdades do titular dos dados («limitação da conservação»);

f) Tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação accidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas («integridade e confidencialidade»);

2. O responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento do disposto no n.º 1 e tem de poder comprová-lo («responsabilidade»).”

O regime da videovigilância no âmbito laboral a partir do RGPD e da LPDP

Os artigos 20º e 21º do Código do Trabalho mantêm formalmente a sua redação originária, nomeadamente, no que respeita à necessidade de autorização prévia da Comissão Nacional de Proteção de Dados quanto à utilização de meios de vigilância a distância no local de trabalho (n.º 1 do artigo 21º).

Sucedo que com a entrada em vigor do RGPD e da LPDP, esta exigência – autorização prévia da autoridade de controlo - perdeu a sua razão de ser.

O RGPD veio alterar o paradigma de intervenção da autoridade de controlo, passando de um regime de autorização prévia para uma solução – regra de **autorresponsabilização e de autodisciplina no tratamento**, podendo conduzir, em situações excecionais, a um pedido de consulta prévia daquela.

Cabe aos responsáveis pelo tratamento e aos subcontratantes o *dever prévio de verificação do cumprimento do RGPD*, dever este impulsionado pela obrigação, em determinados casos, de registo das atividades de tratamento (artigo 30.º do RGPD), o qual deve ser disponibilizado à autoridade de controlo quando pedido (art. 30 nº 4 do RGPD)

O artigo 35º do RGPD alusivo à “Avaliação de impacto sobre a proteção de dados” veio estabelecer no seu n.º 1 que: “*Quando um certo tipo de tratamento, em particular que utilize novas tecnologias e tendo em conta a sua natureza, âmbito, contexto e finalidades, for suscetível de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo tratamento procede, antes de iniciar o tratamento, a uma avaliação de impacto das operações de tratamento previstas sobre a proteção de dados pessoais. Se um conjunto de operações de tratamento que apresentar riscos elevados semelhantes, pode ser analisado numa única avaliação.*”

O artigo 36º do RGPD admite situações de controlo prévio para situações específicas, sendo a mais evidente a que deriva da aplicação do artigo 35º, bem como, confere aos Estados-Membros o poder de exigir esse controlo *prévio em razão do interesse público*.

Assim, a partir de 25-05-2018, pela aplicabilidade do RGPD ou, mais rigorosamente, a partir de 09-08-2019, data em que entrou em vigor a LPDP, as normas nacionais que previam autorizações da autoridade de controlo, mostram-se tacitamente revogadas por incompatibilidade de regime.

O que resulta claro do artigo 62.º n.º 2 da LPDP, que dispõe “*Todas as normas que prevejam autorizações ou notificações de tratamento de dados pessoais à CNPD, fora dos casos previstos no RGPD e na presente lei, deixam de vigorar à data de entrada em vigor do RGPD.*”

Estão desse modo revogadas as normas do CT 2009 na parte em que exigiam uma autorização prévia da autoridade de controlo, contidas nos artigos 18.º n.º 1 “*O empregador só pode tratar dados biométricos do trabalhador após notificação à Comissão Nacional de Proteção de Dados*” e 21.º n.º 1 “*A utilização de meios de vigilância a distância no local de trabalho está sujeita a autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados.*”

No que respeita à *videovigilância* a Lei de execução prevê apenas uma situação em que se exige o controlo prévio da CNPD: a videovigilância que inclua captação de som quando as instalações vigiadas não se encontrem encerradas, conforme o n.º 4 do artigo 19.º. O que se aplica ao contexto laboral.

Fora desta situação particular a videovigilância no local de trabalho deixou de estar sujeita a autorização prévia por parte da CNPD.³¹

A videovigilância na LPDP

O artigo 19.º da Lei nº 58/2019 de 08.08 (LPDP) versa sobre as condições e critérios para a delimitação do âmbito dos tratamentos de dados pessoais decorrentes dos sistemas de **videovigilância**.

Assim dispondo:

«1 - Sem prejuízo das disposições legais específicas que imponham a sua utilização, nomeadamente por razões de segurança pública, os sistemas de videovigilância cuja finalidade seja a proteção de pessoas e bens asseguram os requisitos previstos no artigo 31.º da Lei n.º 34/2013, de 16 de maio, com os limites definidos no número seguinte.

2 - As câmaras não podem incidir sobre:

(...)

d) O interior de áreas reservadas aos trabalhadores, designadamente zonas de refeição, vestiários, ginásios, instalações sanitárias e zonas exclusivamente afetas ao seu descanso.

(...)

³¹ Interpretação que não é consensual. A concluir que “a videovigilância em contexto laboral continua a carecer de autorização prévia da CNPD, independentemente da captação de som, mantendo-se em vigor o regime anterior ao RGPD, com exceção do valor das coimas a aplicar” ver Alexandre Sousa Pinheiro e Tatiana Duarte (cf. o artigo de opinião “A Videovigilância no Código do Trabalho à luz do RGPD e da Lei nacional de Execução”, disponível em <https://www.publico.pt/2019/10/30/sociedade/opiniao/videovigilancia-codigo-trabalho-luz-rgpd--lei-nacional-execucao-1891769>).

4 - Nos casos em que é admitida a videovigilância, é proibida a captação de som, exceto no período em que as instalações vigiadas estejam encerradas ou mediante autorização prévia da CNPD.”

Assim, para além de remeter para os requisitos previstos no artigo 31.º da Lei n.º 34/2013, de 16 de maio, lei que estabelece o regime do exercício da *atividade de segurança privada*, a LPDP cria limitações ao referido tratamento, por exemplo, e no que ao âmbito laboral importa, *impedindo que as câmaras incidam sobre o interior de áreas reservadas aos trabalhadores.*

O artigo 21.º n.º 2 do CT 2009 respeitante à utilização de meios de vigilância a distância, mantém-se válido quanto aos critérios de *necessidade, adequação e proporcionalidade* dos meios aos objetivos a atingir, numa compatibilidade de conteúdo com um dos princípios atuais, o **princípio da minimização de dados** (art. 5º n.º 1 al.ª c) do RGPD).

E, o n.º 3 do art. 21 do CT 2009 referente às finalidades e conservação, mantém compatibilidade com os princípios da **limitação das finalidades** e **limitação da conservação** do regime atual (art. 5º n.º 1 al.ªs b) e e) do RGPD).

O art. 28 da LPDP aludindo às «*Relações laborais*» dispõe:

“1 - O empregador pode tratar os dados pessoais dos seus trabalhadores para as finalidades e com os limites definidos no Código do Trabalho e respetiva legislação complementar ou noutros regimes setoriais, com as especificidades estabelecidas no presente artigo. (...)

3 - Salvo norma legal em contrário, o consentimento do trabalhador não constitui requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados pessoais:

a) Se do tratamento resultar uma vantagem jurídica ou económica para o trabalhador; ou

b) Se esse tratamento estiver abrangido pelo disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD.³²

4 - As imagens gravadas e outros dados pessoais registados através da utilização de sistemas de vídeo ou outros meios tecnológicos de vigilância à distância, nos termos previstos no artigo 20.º do Código do Trabalho, só podem ser utilizados no âmbito do processo penal.

5 - Nos casos previstos no número anterior, as imagens gravadas e outros dados pessoais podem também ser utilizados para efeitos de apuramento de responsabilidade disciplinar, na medida em que o sejam no âmbito do processo penal. (...).”

Resulta dos n.ºs 4 e 5 que *as imagens gravadas só podem ser utilizadas no âmbito de processo penal*, embora sequencialmente e em idêntica medida possam também ser utilizadas para efeitos de *apuramento de responsabilidade disciplinar*.

O controlo à distância no regime de teletrabalho

Com o incremento do teletrabalho³³ na sequência da pandemia decorrente do novo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença Covid-19, tem-se vindo a discutir até onde pode ir o controlo por parte das entidades patronais, da atividade laboral à distância.

Algumas empresas recorrem a *software* que permite controlar a atividade dos trabalhadores, rastreando os tempos de trabalho *versus* os tempos de inatividade, registando as páginas por estes consultadas, os *chats* por estes realizados ou mesmo a sua localização em tempo real. Por sua vez a captação de som ou imagens de parte do desempenho laboral são complementos que têm vindo a ser denunciados na comunicação social.

³² Art. 6º nº 1 b) “O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados”

³³ Considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação (cf. artigo 165.º do Código do Trabalho).

Mecanismos que possibilitam o controlo à distância do desempenho profissional do trabalhador, proibido pelo art. 20 n.º 1 do CT e, suscetíveis de atingir os direitos de personalidade do trabalhador e até mesmo do seu agregado familiar, afetando **dados pessoais sensíveis** deste e do agregado, uma vez que as *questões da vida privada* se inserem no campo dos dados sensíveis a proteger (art. 7º n.º 1 do LPDP).

A Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPDP) divulgou «*orientações sobre o controlo à distância em regime de teletrabalho*» (17-04-2020)³⁴, relacionadas com a utilização de diversos *softwares* para o controlo da atividade laboral, de modo a garantir a conformidade dos tratamentos de dados pessoais dos trabalhadores com o regime jurídico de proteção de dados e minimizar o impacto sobre a privacidade em regime de teletrabalho. Assim:

“1. Em circunstâncias normais, os instrumentos de trabalho respeitantes a tecnologias de informação e de comunicação utilizados pelo trabalhador em teletrabalho pertencem ao empregador”³⁵.

Quando seja este o caso, os trabalhadores devem observar as regras de utilização e funcionamento dos instrumentos de trabalho que lhe forem disponibilizados, só podendo, salvo acordo em contrário, utilizá-los para a prestação de trabalho. (...)

Naturalmente que, independentemente da propriedade dos instrumentos de trabalho, no regime de teletrabalho o empregador mantém os poderes de direção e de controlo da execução da prestação laboral. No entanto, neste regime não existe qualquer disposição legal que regule o controlo à distância³⁶, pelo que a regra geral de proibição de utilização de meios de vigilância à distância, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador³⁷, é

³⁴

https://www.cnpdp.pt/media/zkhkxlp/orientacoes_controlo_a_distancia_em_regime_de_teletrabalho.pdf

³⁵ Cf. alínea e) do n.º 5 do artigo 166.º e artigo 168.º do Código de Trabalho.

³⁶ Na verdade, em matéria de teletrabalho, está expressamente regulada a possibilidade de o empregador efetuar esse controlo através do acesso à residência do trabalhador, entre as 9h00 e as 19h00.

³⁷ Cf. n.º 1 do artigo 20.º do Código de Trabalho.

plenamente aplicável à realidade de teletrabalho. Aliás, à mesma conclusão sempre se chegaria pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da minimização dos dados pessoais³⁸, uma vez que a utilização de tais meios implica uma restrição desnecessária e seguramente excessiva da vida privada do trabalhador.

Por esta razão, soluções tecnológicas para controlo à distância do desempenho do trabalhador não são admitidas. São disso exemplo os softwares que, para além do rastreamento do tempo de trabalho e de inatividade, registam as páginas de Internet visitadas, a localização do terminal em tempo real, as utilizações dos dispositivos periféricos (ratos e teclados), fazem captura de imagem do ambiente de trabalho, observam e registam quando se inicia o acesso a uma aplicação, controlam o documento em que se está a trabalhar e registam o respetivo tempo gasto em cada tarefa (v.g., TimeDoctor, Hubstaff, Timing, ManicTime, TimeCamp, Toggl, Harvest).

Ferramentas deste tipo recolhem manifestamente em excesso dados pessoais dos trabalhadores, promovendo o controlo do trabalho num grau muito mais detalhado do que aquele que pode ser legitimamente realizado no contexto da sua prestação nas instalações da entidade empregadora. E a circunstância de o trabalho estar a ser prestado a partir do domicílio não justifica uma maior restrição da esfera jurídica dos trabalhadores. Nessa medida, a recolha e o subsequente tratamento daqueles dados violam o princípio da minimização dos dados pessoais.

Do mesmo modo, não é admissível impor ao trabalhador que mantenha a câmara de vídeo permanentemente ligada, nem, em princípio, será de admitir a possibilidade de gravação de teleconferências entre o empregador (ou dirigentes) e os trabalhadores.

Apesar da inadmissibilidade da utilização de tais ferramentas, reafirma-se que o empregador mantém o poder de controlar a atividade do trabalhador, o que poderá fazer, designadamente, fixando objetivos, criando obrigações de reporte com a periodicidade que entenda, marcando reuniões em teleconferência.

³⁸ Cf. alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD.

2. *Situação diversa é a necessidade de registo de tempos de trabalho, que pode ser efetuado por recurso a soluções tecnológicas específicas neste regime de teletrabalho.*

Tais soluções devem limitar-se a reproduzir o registo efetuado quando o trabalho é prestado nas instalações da entidade empregadora (i.e., registar o início e fim da atividade laboral e pausa para almoço). Portanto, estas ferramentas devem estar desenhadas de acordo com os princípios da privacidade desde a conceção e por defeito, não recolhendo mais informação do que a necessária para a prossecução daquela finalidade³⁹(...).”

Software, como o que ora damos como exemplo, publicitado na internet⁴⁰, comporta os referidos riscos.

«Como funciona o MyAnalytics

O MyAnalytics fornece informações com os seguintes tipos de dados.

1. ***Dados da caixa de correio:** atividades do email, calendário, chat e chamada que você gera usando o Office 365, como o tempo gasto em reuniões ou emails enviados para uma pessoa específica ou grupo.*

2. ***Dados do histórico de atividades do Windows 10:** dados sobre o uso de aplicativos e serviços no seu dispositivo: se você trabalhou em um documento e se você navegou na Web.*

Dados de caixa de correio

Por exemplo, o MyAnalytics fornece modos de exibição que permitem que você entenda rapidamente o tempo gasto em reuniões e emails todos os dias, com quem você colabora com mais frequência, com quem você está perdendo contato e com que você tem compromissos e solicitações.

³⁹ Cf. artigo 25.º do RGPD.

⁴⁰ <https://docs.microsoft.com/pt-br/workplace-analytics/myanalytics/overview/privacy-guide-users>

Dados do histórico de atividades do Windows 10 - O MyAnalytics usa os dados do histórico de atividades do Windows 10 para calcular informações (por exemplo, o tempo gasto em aplicativos, várias tarefas em reuniões) sobre seus hábitos de trabalho. Essas informações são privadas e armazenadas na sua caixa de correio do Exchange Online.

Taxas de leitura de email - O MyAnalytics controla a porcentagem de destinatários que abriram uma mensagem de email (no suplemento do Outlook) para os emails que você enviou para cinco ou mais pessoas.»

Sendo um *software controlador de eficiência no trabalho* alegadamente para proveito do trabalhador que poderá, com as informações por ele produzidas, auto melhorar o seu desempenho, será legítimo questionar: sendo um programa disponibilizado por iniciativa da entidade patronal, que contratou com terceiros fornecedores do programa, como pode o trabalhador assegurar-se que o tratamento de dados dele resultante não será igualmente, ainda que em parte, disponibilizado àquela para aferir do seu desempenho?

Resposta que não é simples.

A responsabilidade civil

O RGPD prevê no artigo 82.º nº 1 que qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do referido regulamento tem direito a receber *uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos*. Acrescentando o nº 2 que qualquer responsável pelo tratamento que esteja envolvido no tratamento é responsável pelos danos causados por um tratamento que viole o regulamento, sendo o subcontratante responsável pelos danos causados pelo tratamento, apenas se não tiver cumprido as obrigações decorrentes do regulamento dirigidas especificamente aos subcontratantes ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento.

Esta responsabilidade pode ser afastada se o responsável pelo tratamento ou o subcontratante provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos. Uma regra de *inversão do ónus da prova*.

Responsabilidade criminal

O artigo 46.º da Lei n.º 58/2019 prevê ainda que *“Quem utilizar dados pessoais de forma incompatível com a finalidade determinante da recolha é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias”*.

A expressão coerciva à evidência.

O agravamento dos deveres dos responsáveis pelo tratamento de dados e dos subcontratantes, se fizerem uma utilização dos dados de forma incompatível com a finalidade determinante.

A revolução que o RGPD e a lei nacional pretendem imprimir.

Caberá à sociedade e a cada um de nós a assunção desse compromisso.

ANABELA LUNA DE CARVALHO, 2021

REGIME GERAL DAS CONTRAORDENAÇÕES

Uma análise à questão da remissão
para a lei penal

Marcos Carvalho

Jurista

Mestrando em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária) na Universidade do Minho

RESUMO: O Direito de Mera Ordenação Social é um ramo de direito público de natureza sancionatória tal como o Direito Penal, no entanto tem autonomia teleológica e finalidades distintas daquele, sendo, por isso mesmo, regulado em diploma próprio.

Acontece que o legislador contraordenacional estabeleceu no DL n.º. 433/82, de 27 de outubro para a regulação da grande maioria das matérias uma remissão para a legislação penal quer substantiva, quer adjetiva.

Procuramos com este estudo analisar criticamente o modo como esta remissão foi feita e se esta se encontra de acordo com aquilo que são as exigências legislativas que se impõem e se tal pode coadunar-se com a própria natureza nuclear do Direito Contraordenacional.

O Direito de Mera Ordenação Social, também designado na gíria como Direito das Contraordenações é regulado no DL n.º. 433/82, de 27 de outubro que é o diploma que serve de base em Portugal a este ramo de direito, e do qual bebem subsidiariamente os vários regimes contraordenacionais especificados¹.

¹ O presente artigo foi apresentado no âmbito do Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária) no ano letivo de 2019/2020, com o professor Mário Ferreira Monte, a quem se agradece a cooperação na feitura deste estudo.

Hoje em dia, a panóplia de contraordenações atinge uma proporção gigantesca em termos de dimensão, acabando por se manifestar em múltiplas vertentes da realidade social e da atividade humana².

O Direito de Mera Ordenação Social está vigorosamente conectado com o Direito Penal, contemplando uma série de soluções legais advindas daquele ramo de Direito, que não deixa de ser o estandarte de todo o direito sancionatório, no qual o Direito das Contraordenações se inclui.

O Direito Contraordenacional é um ramo de direito sancionatório público, virado para determinados campos de intervenção do Estado, tais como a educação, a saúde, o ambiente, onde os cidadãos podem adotar comportamentos que vão contra a ordem jurídica, mas que o legislador entendeu não estarem revestidos de uma censura ética suficientemente forte que justificasse uma sanção penal³.

O próprio Tribunal Constitucional no Acórdão nº 41/2004 de 14 de janeiro⁴ afirmou que ao Direito das Contraordenações se aplicam as garantias próprias do Direito Penal, uma vez que este é direito público de tipo sancionatório e que tal resulta do princípio do Estado de Direito do art.º 2º da CRP.

Já o Supremo Tribunal de Justiça, por seu turno, proferiu um acórdão uniformizador de jurisprudência onde refere que a nível adjetivo se compreende a remissão do art.º 41.º, n.º 1 do RGCO, uma vez que a inocuidade associada às contraordenações, dado a menor gravidade das condutas e das sanções aplicáveis

² Nas palavras de Costa Andrade “a importância da lei das contraordenações transcende em muito a que lhe emprestaria a sua maior ou menor margem de eficácia normativa imediata. Ela vale por si, como fruto de um secular labor doutrinário. ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, in AA.VV., *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, vol. I, Coimbra Editora, 1998, pp. 75 e 76.

³ Neste contexto, incumbe-se chamar a atenção para o facto de não obstante a definição de contraordenação constante do art.º 1º do RGCO, existirem ilícitos de mera ordenação social que têm como consequência para os seus agentes a aplicação de uma pena (sanção própria do Direito Penal) e não de uma coima, contrariando o critério formal da própria norma.

⁴ Cf. Ac. do TC 41/2004, 14.01.2003, proc. n.º 375/2003, disponível em: dre.pt

em comparação com o Direito Processual Penal, justifica a ausência de um modelo adjetivo próprio⁵.

No nosso entender, importará não perder de vista a especificidade do processo contraordenacional dado que este apresenta uma primeira fase comandada por uma autoridade administrativa que investiga, instrui e aplica a coima, e uma fase judicial, de impugnação da decisão tomada por aquela, perante um juiz de Direito, cujo veredicto pode ser objeto de recurso para o tribunal superior.

Apesar da inegável proximidade deste ramo do Direito face ao Direito Criminal, a nível adjetivo, a tramitação das diligências acaba por ser marcada pela dissimilitude decorrente do protagonismo que as autoridades administrativas assumem no primeiro.

Ainda assim, convém esclarecer que, muito embora o processo contraordenacional⁶ tenha uma natureza mista⁷, este é protegido pelas garantias constitucionais previstas para o processo penal. Isto explica que o recurso da decisão tomada na fase administrativa seja feito para os tribunais judiciais e não para os tribunais administrativos.

Do ponto de vista substantivo, o art.º 1º do DL n.º 433/82, de 27 de outubro define contraordenação como o facto ilícito e censurável previsto num tipo legal (porque as contraordenações, tal como os crimes, têm de estar previamente consolidadas em lei) que culmine numa coima. No entanto, apesar da letra da norma, podem ser aplicadas também sanções acessórias (art.º 21.º do DL n.º 433/82, de 27 de outubro).

⁵ Cf. Ac. STJ de 3.10.2001, proc. n.º 02P467, disponível em: dgsi.pt

⁶ É ainda de mencionar a relevante nota de que o processo contraordenacional não contempla as medidas de coação que estão previstas para o Direito Processual Penal, como o Termo de Identidade e Residência ou a prisão preventiva.

⁷ Apesar de haver celeuma doutrinal, para nós, não se aplica, a qualquer título, o CPTA, no processo contraordenacional, nem mesmo na fase administrativa, uma vez que nem aí, o Direito de Mera Ordenação Social deixa de ser sancionatório. Cf. DANTAS, Leones, *Direitos das Contraordenações: Questões Gerais*, Braga, AEDUM, 2011, p. 6.

Assim, podemos concluir que apesar da ligação forte face ao Direito Criminal⁸, o Direito de Mera Ordenação Social acaba por ser substantiva e processualmente diferente, não obstante a natureza sancionatória comum a ambos⁹. Apesar de haver posições doutrinárias discordantes¹⁰, parece-nos que esta ligação ao Direito Penal e Direito Processual Penal é aquela que acaba por prevalecer, dado o seu maior sustento histórico, e porque a feitura de uma lei própria para o Direito Contraordenacional, consagrada com o RGCO, aparece num contexto de autonomização deste ramo de Direito. Até o facto de o Direito Criminal ser subsidiário torna esta perspectiva mais consistente do ponto de vista sistemático¹¹. Para além disso, um comportamento que preencha um tipo legal de ilícito contraordenacional não tem de ser necessariamente irrelevante sob o ponto de vista do valor subjacente à conduta, pelo que, existindo violação de bens jurídico-penais na prática de uma contraordenação, ainda que não exista, como já dissemos, necessidade de prevenção geral e especial que justifique a aplicação de uma pena, não deixa de ter de existir uma punição para o agente. Também nesta lógica, a ligação com o Direito Criminal faz mais sentido do que o alinhamento que alguns autores pretendem estabelecer com o Direito Administrativo.

⁸ Isto, não obstante, existem autores cuja doutrina tende a considerar que o Direito das Contraordenações se relaciona em maior medida com o Direito Administrativo, como é o caso de Manuel Simas Santos e Jorge Lopes Sousa, in SANTOS, Manuel Simas e SOUSA, Jorge Lopes,, *Contra-ordenações – Anotações ao Regime Geral*, 2ª edição, Vislis, Lisboa, 2003, pp. 362 e 363

⁹ DANTAS, António Leones, “Os direitos de audição e defesa no processo das contra-ordenações: art. 32.º, n.º 10 da CRP”, *Revista do CEJ*, n.º 14, 2.º Semestre 2010, p. 328.

¹⁰ António Beça Pereira, por exemplo, defende uma ligação do Direito das Contraordenações ao Direito Administrativo, ao qual deve recorrer para integração de lacunas que possam ser descobertas no RGCO. Cf. PEREIRA, António Beça, *Regime Geral das Contra-ordenações e das coimas*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 75.

¹¹ Contudo, existe na doutrina a posição minoritária de alguns autores, com Cavaleiro Ferreira à cabeça, que dizem que entre o quadro penal e contraordenacional não devia existir qualquer tipo de separação, sendo o Direito de Mera Ordenação Social uma espécie de Direito Penal Administrativo. Cf. FERREIRA, Cavaleiro, *Direito Penal Português. Parte Geral*, I, Lisboa, Verbo, 1981, pp. 15 e ss. e *Lições de Direito Penal. Parte Geral, I: A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Lisboa, Verbo, 1992, p. 107 e ss.

Uma questão paradigmática do RGCO prende-se com a aplicação subsidiária das disposições processuais penais ao processo contraordenacional. O art.º 41º do RGCO na sua redação atual refere que “sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal”, não especificando concretamente quais são as situações em isso ocorre, limitando-se a uma definição negativa que obriga o intérprete a um esforço acrescido na sua aplicação, a fim que não exista com esta, uma deformação do Direito das Contraordenações como ramo de direito sancionatório autónomo¹².

Na doutrina, Frederico Costa Pinto diz que a formulação negativa desta disposição legal deve ser entendida numa fórmula dupla de sentido: por um lado, a existência de regras expressas no Direito de Mera Ordenação Social sobre uma matéria pode impedir a aplicação do Direito Processual Penal e, por outro lado, não se pode aplicar o Direito Processual Penal sempre que essa aplicação seja contrária à essência axiológica e estrutural do Direito de Mera Ordenação Social¹³.

Este autor defende um critério adjetivo negativo para a intervenção do Direito Criminal para o qual só iriam parar os “factos ilícitos que não podem ter uma adequada e tempestiva resolução através dum processo criminal, pois isso acaba por sujeitar a vigência da lei penal substantiva a uma perigosa erosão”¹⁴.

Lopes Sousa e Manuel Simas Santos afastam a premissa de uma remissão para o CPP, quando tais disposições sejam contrárias ao RGCO e/ou afastadas pela própria Constituição¹⁵.

¹² PINTO, Frederico Costa, “Acesso de particulares a processos de contraordenação arquivados”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, p. 602.

¹³ PINTO, Frederico Costa, *ob.cit.*, p. 617.

¹⁴ PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações no direito penal secundário”, *Themis*, ano III, n.º 5, 2002, p. 94.

¹⁵ SANTOS, Manuel Simas, e SOUSA, Jorge Lopes, *Contra-ordenações, anotações ao regime geral*, Lisboa, Vislis, 2001, em anotação ao artigo 41º do Regime Geral das Contra-ordenações. No mesmo sentido, BOLINA, Helena Magalhães, “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz

Anteriormente, a passagem para o regime do CPP operava de outra forma, reduzindo-se a matéria de transgressões, como resultava do disposto do antigo art.º 57º do DL n.º 232/79, de 24 de julho.

No plano material, a lógica do legislador foi exatamente a mesma, com o art.º 32º do RGCO a mandar aplicar o regime substantivo do CP, sempre que do próprio RGCO não resulte diretriz em sentido contrário.

Esta questão da remissão para o regime substantivo e adjetivo do Direito Criminal é absolutamente fulcral no esboço do regime contraordenacional atual e cujo tratamento correto, dentro da previsão legal, é indispensável para a salvaguarda do objeto e para assegurar a própria autonomia científica deste ramo de Direito.

São precisamente estas preocupações que o aplicador tem de ter em mente no momento da aplicação do Direito das Contraordenações. Parece-nos claro que não pode, nem deve existir aqui uma remissão e aplicação automática dos regimes previstos para o Direito Penal e Direito Processual Penal, tendo antes de, caso a caso, aferindo-se a ausência de regulação no RGCO, perceber se esta é propositada e qual foi a razão de ser da mesma, a fim de se apurar as normas penais concretas a aplicar a cada situação.

Sobre isto, Oliveira Ascensão¹⁶ considera que se tratam de remissões cuja consequência jurídica em termos de aplicação não foi demarcada, pelo que a regulamentação só é atingida por via da interpretação do aplicador.

No fundo, o aplicador tem inelutavelmente que refletir se não existe para a situação *sub judice* uma norma no direito contraordenacional que possa ser aplicada sem ferir o espírito do sistema na sua globalidade, antes de recorrer às regras do Direito Penal e Direito Processual Penal ainda que devidamente adaptadas.

da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado de valores mobiliários.” *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 14, 2.º Semestre, 2010, pp. 382-430.

¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Coimbra, Almedina, 2011, p.517.

Sobre este recurso do Direito Contraordenacional ao Direito Penal sublinhamos uma ideia fundamental de Leones Dantas que afirma que “[n]as situações em que se constate a necessidade de recorrer às soluções do direito subsidiário impõe-se, pois, ao intérprete o cuidado de avaliar previamente as soluções do processo penal e a sua articulação com as especialidades do processo contra-ordenacional [...]. Só através deste processo de adaptação é possível salvaguardar a autonomia do processo das contra-ordenações face ao processo penal e respeitar os princípios e os valores que inspiram as especificidades das soluções processuais que consagra”¹⁷

Normalmente quando a lei prevê uma remissão para outro diploma específica as disposições concretas para as quais o aplicador se tem de direcionar e que, muitas vezes, se encontram dentro da mesma compilação legal. Ora, neste caso do art.º 32º e do art.º 41º do RGCO não é isso que acontece. O legislador opera nestas normas uma remissão para o regime material e adjetivo do Direito Criminal no seu todo, não fixando os artigos que são aplicáveis, deixando essa descoberta a cargo do intérprete.

Obviamente, a aplicação das disposições penais não prescinde de um esforço de adaptabilidade para de forma *mutatis mutandis* serem passíveis de aplicação em matéria de contraordenações. Isto porque, vejamos, na legislação existe a diferenciação clara entre o que distingue um crime de uma contraordenação em termos de tipologia de ilicitude. Do mesmo modo, o processo penal está estruturado de maneira completamente distinta do processo contraordenacional.

Assim, isto impõe que a aplicação das normas de Direito Criminal não possa ser levada a cabo de ânimo leve, exigindo-se uma postura crítica do aplicador que deve fazer funcionar apenas as disposições que no caso concreto resolvam a questão sem desrespeito pela teleologia e finalidades do processo contraordenacional, que tem consagração constitucional no art.º 32º da CRP, mais propriamente, no seu n.º 10, que consagra o direito de audiência e o direito de defesa do arguido, desta

¹⁷ DANTAS, António Leones, “Os direitos de audiência e de defesa no processo das contra-ordenações”, *Revista do CEJ*, n.º 14, 2.º Semestre de 2010, p. 295.

feita no processo contraordenacional (apesar de este não comportar a judicialização da fase instrutória e a própria estrutura de acusação do processo penal).

Não desembocando a remissão feita pelo legislador contraordenacional numa concreta disposição ou conjunto de disposições dos diplomas penais, fica a cargo do aplicador o trabalho interpretativo de discernir dentro da legislação para a qual o levou a remissão, quais as disposições aplicáveis e as que não são suscetíveis de se compatibilizarem com o espírito e princípios do RGCO.

Este tipo de atuação que é exigida ao intérprete é similar ao procedimento interpretativo das situações em que existe uma lacuna num determinado regime jurídico que não tendo a solução prevista para determinada situação jurídica que cai sobre a sua área de atuação, faz com que se tenha de procurar uma norma análoga noutro diploma, para a aplicar dentro do espírito do sistema. Depois, além disso, o aplicador ainda tem de escolher entre as possíveis normas passíveis de serem aplicadas, aquelas que melhor se adaptam ao problema concreto.

Todo este enredo de normas traçado pelo legislador contraordenacional não favorece a certeza e a segurança que a comunidade espera da aplicação do Direito. As próprias regras de elaboração de normas previstas pelo órgão legislativo máximo, a Assembleia da República, mandam a que a remissão para outros diplomas seja feita num plano claro de última *ratio*, apenas quando tal é indispensável para a correta aplicação do Direito¹⁸.

Tendo em conta estas diretrizes superiores do órgão legiferante e olhando para a arquitetura legislativa constante do art.º 32º e do art.º 41º do RGCO, podemos questionar se a técnica utilizada pelo legislador foi a mais consentânea com a certeza e a segurança jurídica. Assim, dada a remissão genérica que é feita, sem qualquer descrição quanto à norma ou parte a aplicar dos diplomas penais, podemos

¹⁸ A Assembleia da República tem um guia prático de regras para a elaboração de atos normativos. Cf. https://www.parlamento.pt/DossiersTematicos/Documents/Reforma_Parlamento/Guia_legistica_material.pdf

interrogar quais as consequências para a própria autonomia dogmática do Direito Contraordenacional.

Figueiredo Dias defende que o Direito das Contraordenações possui uma “autonomia relativa, é certo, logo porque, nos termos do artigo 32.º, as normas do CP constituem direito subsidiário perante o direito substantivo das contraordenações; o que bem se compreende considerando que o direito das contraordenações não é direito penal, é em todo o caso direito sancionatório de carácter punitivo”¹⁹. Mais, outras questões se levantam ao nível da coadunação deste regime com o princípio da legalidade, tipicidade e com as garantias que a CRP salvaguarda aos arguidos.

Apesar das sanções contraordenacionais, como não implicam privações da liberdade dos condenados, não estarem sujeitas a reserva absoluta da Assembleia da República²⁰, desde que não estejam em causa direitos, liberdades ou garantias, estas têm de estar devidamente tipificadas, de forma a que a sociedade possa moldar em conformidade os seus comportamentos. Se no Direito Penal não há pena, sem lei (*nulla poena sine lege*), no Direito das Contraordenações também se poderá dizer que não há coima, sem uma lei anterior que a preveja (art.º 2º do RGCO).

Sobre isto, convém deixar a importante nota que, embora tenham existido opiniões divergentes, apenas o RGCO constitui matéria de reserva do Parlamento, e não as contraordenações especiais dos mais variados âmbitos. Estas já caem na matéria concorrencial com o Governo²¹.

O próprio Direito Constitucional teve uma ação relevante na construção do Direito Contraordenacional, desde logo fazendo as devidas separações em termos de regime, não sendo este tão rígido como o é para o Direito Criminal²². Em

¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 164.

²⁰ A reserva relativa da Assembleia da República em matéria de contraordenações consta do art.º 165º, n.º 1 al. d) da CRP.

²¹ Cf. Ac. TC n.º 308/94, proc. n.º 407/92 disponível em: blook.pt

²² MONTE, Mário Ferreira, *Lineamentos*, Cap. II., Braga, AEDUM, 2012, pontos 1 e 2.

concordância, Vital Moreira e Gomes Canotilho, defendem que a autorização do Parlamento só se alonga no plano do RGCO²³.

Assim, é evidente que nesta matéria o legislador contraordenacional deixou a sua tarefa aquém daquilo que seria expectável face ao consagrado na nossa Constituição que exige, especialmente no que toca a ramos do direito sancionatório público, uma maior minúcia de concretização legislativa.

Deste método técnico que o legislador adotou ao remeter do RGCO em bloco para o CP e CPP resultam claras dificuldades de compatibilização com a necessidade de existirem tipos de ilícito acompanhados de consequências jurídicas respetivas.

Desta forma, do nosso ponto de vista, impele-se uma abordagem legislativa mais consistente no tratamento destas matérias, quer a nível do próprio RGCO em si, quer da ligação deste com o CP e com o CPP.

A complicação que suscita o itinerário de leis a percorrer nestas matérias pode gerar que questões semelhantes tenham por parte dos tribunais, claro está, devido a diversas interpretações das disposições normativas, decisões antagónicas, que instalem a dúvida quanto à eficácia da justiça junto das mais variadas entidades. Pior ainda é quando o RGCO remete para o CPP e este também se revela omissivo. Nestes casos, a solução passa a ser uma segunda remissão, desta vez, para o CPC, por via do art.º 4º do CPP que se aplica *ex vi* art.º 41º do RGCO. Toda esta teia de passagens de diploma para diploma, acaba por facilitar o erro no momento da decisão da solução a aplicar.

Para além disso, as consequências destas incongruências de regime no Direito das Contraordenações são óbvias a nível da consistência dogmática deste ramo de Direito, que continua assim a ser visto por muitos como menor, debaixo da asa do Direito Penal.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pp.197-200.

Face a tudo isto, o panorama legislativo contraordenacional tem sofrido (compreensivelmente, diga-se) diversas críticas face aos saltos remissivos constantes de um diploma legal para outro, o que desemboca num excessivo protagonismo do Direito Criminal quer no processo, quer no âmbito substantivo contraordenacional.

Nesse sentido, existem acórdãos que chamam a atenção para a utilização criteriosa do direito subsidiário no âmbito do Direito das Contraordenações, dado que não podem ser aplicadas leis penais que contrariem o conteúdo do RGCO²⁴.

Também na doutrina, João Soares Ribeiro refere “ que nem sempre se equaciona devidamente esta realidade “sui generis” que é, ou deve ser o processo de contra-ordenação na sua fase administrativa, fazendo-se, por vezes, a nosso ver, um uso demasiado primário do princípio da aplicação subsidiária do processo penal consagrado no art. 41.º da lei-quadro, para não dizer uma errada equiparação da estrutura do processo de contra-ordenação na fase administrativa à estrutura processual penal”²⁵.

O próprio RGCO alerta para que a lei destinatária da remissão não pode contrariar o seu espírito, (o art.º 32º do RGCO está formulado pela negativa fazendo operar a remissão para a lei criminal em “tudo que não for contrário à presente lei”) o que demonstra a relevância da cuidada interpretação destas normas remissivas do RGCO.

Outro fator que não tem contribuído para a solidez deste ramo de Direito, é a exagerada multiplicação de regimes especiais para setores específicos da vida social que acabam por copiar, na sua grande maioria, o plasmado no RGCO. Pior são ainda, as situações em que estes diplomas setoriais contradizem o regime geral, sem qualquer fundamentação ou motivo aparente, sendo ainda usuais as lacunas e

²⁴ Cf. Ac. TRP de 21.11.2007, proc. n.º 0744369, disponível em: dgsi.pt

²⁵ RIBEIRO, João Soares, “Questões sobre o processo contra-ordenacional”, *Questões Laborais*, ano VIII, n.º 18, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p.122.

exacerbamentos analógicos que tornam o quadro legal bastante rebuscado e que dificultam a tarefa do aplicador. O alongamento do Direito de Mera Ordenação Social a tantas vertentes da vida da comunidade levou a uma desvirtuação deste como ramo de Direito, cuja autonomia tem sido posta em causa quer pela política legislativa que tem sido alvo, quer pela falta de um consistente trabalho dogmático que o sustente²⁶.

Assim, nos dias que correm fazer uma separação sem ambiguidades entre ilícitos criminais e ilícitos contraordenacionais, não só releva em termos teóricos, mas também, e principalmente, em termos práticos, uma vez que desta haverá de resultar a norma ou conjunto de normas aplicáveis a determinada situação que, dentro do sistema jurídico remetente, solucionarão a questão *sub judice*. Para uma maior solidez do Direito de Mera Ordenação Social a nível dogmático, Paulo Pinto de Albuquerque avança com um modelo de solução baseado na descoberta dos temperamentos do processo contraordenacional à luz da sua «principiologia», para numa segunda etapa, analisar os variados regimes especiais de contraordenações, com o intuito de chegar a respostas de reformulações práticas na legislação deste ramo de Direito. Todo este trabalho, seria, impreterivelmente, acompanhado de um estudo afinado do quadro jurisprudencial nacional e europeu sobre estas matérias.

De facto, a nós também nos parece ser necessário uma reforma no modelo atual. O sistema atual do Direito de Mera Ordenação Social assenta no abusivo uso do recurso técnico da remissão, que sobre o pretexto de evitar repetições na legislação, acaba por gerar desnecessárias dificuldades ao intérprete, no momento de aplicar as disposições na prática, o que, em última instância, prejudica a própria comunidade, para a qual as normas estão pensadas.

²⁶ PINTO, Francisco Costa, “O ilícito de mera ordenação social e a erosão” in VILELA, Alexandra, O Direito de Mera Ordenação Social entre a ideia de «recorrência» e a de «erosão» do Direito Penal Clássico, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp.214 e 274.

Assim, chegados a esta fase, importa apontar o caminho a seguir quanto ao modelo normativo contraordenacional adequado, que não só seja eficaz no tratamento dos ilícitos contraordenacionais, como facilite a segurança no momento da sua aplicação.

É nossa opinião que a RGCO ao adotar o critério da remissão para a legislação penal, pela sua natural proximidade decorrente da sua natureza sancionatória, a fim de uma maior coesão global de regulação, deixa ao aplicador o encargo de fazer a devida adaptação (que muitas vezes na prática consubstancia uma verdadeira criação) da solução, tendo em conta a essência normativa do RGCO.

Porém, a verdade é que, como aliás já vimos, há diferenças entre o âmbito penal e o âmbito contraordenacional, que até acabam por ser admitidas pelo legislador ao prever a necessidade de adaptação das normas remetentes.

O quadro legal do Direito de Mera Ordenação Social atualmente em aplicação foi pensado para fazer face a transgressões de menor gravidade comunitária, ao contrário do que se passa no dia-a-dia dos tempos que correm em que se aplicam coimas de valores exorbitantes que se tornam mais gravosas que as próprias sanções penais.

Assim, dadas todas estas ambiguidades que proliferam no sistema contraordenacional nacional, impele-se, quanto a nós, algumas urgentes medidas a tomar pelo poder legislativo nesta matéria, a fim de dotar este ramo de Direito de uma nova segurança e clareza.

Desde logo se impunha uma retirada da remissão em excesso do atual regime que só dificulta a sua aplicação prática e que cria incongruências quanto ao normativo a aplicar, fazendo com que, em último caso, se apliquem a situações semelhantes, soluções totalmente distintas, o que põem em causa a confiança que os cidadãos têm no próprio sistema.

É necessário um vincado reforço que fixe o regime aplicável de acordo com o espírito do Direito Contraordenacional, quebrando, de uma vez, com os saltos

excessivos para outros diplomas legais, e que garanta, preto no branco, o cumprimento dos deveres na fase de investigação pela Administração e os direitos do arguido no processo, nomeadamente que a decisão administrativa fique suspensa, com a entrada da respetiva ação de impugnação nos tribunais.

Esta é, no nosso ponto, de vista, a solução a adotar no Direito Contraordenacional que trará mais coerência e segurança no momento da decisão e que fará cair a fragilidade dogmática com que o Direito de Mera Ordenação Social é ainda, hoje em dia, caracterizado.

Bibliografia

ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, in AA.VV., *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, vol. I, Coimbra Editora, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Coimbra, Almedina, 2011.

BOLINA, Helena Magalhães, “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado de valores mobiliários.” *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 14, 2.º Semestre, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

DANTAS, Leones, *Direitos das Contra-ordenações: Questões Gerais*, Braga, AEDUM, 2011.

DANTAS, António Leones, “Os direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações”, *Revista do CEJ*, n.º 14, 2.º Semestre de 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FERREIRA, Cavaleiro, *Direito Penal Português. Parte Geral*, I, Lisboa, Verbo, 1981, pp. 15 e ss. e *Lições de Direito Penal. Parte Geral, I: A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Lisboa, Verbo, 1992.

MONTE, Mário Ferreira, , *Lineamentos*, Cap. II., Braga, AEDUM, 2012, pontos 1 e 2.

PEREIRA, António Beça, *Regime Geral das Contra-ordenações e das coimas*, Almedina, Coimbra, 2001.

PINTO, Frederico Costa, “Acesso de particulares a processos de contra-ordenação arquivados”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002.

PINTO, Francisco Costa, “O ilícito de mera ordenação social e a erosão” in VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social entre a ideia de «recorrência» e a de «erosão» do Direito Penal Clássico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013

PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações no direito penal secundário”, *Themis*, ano III, n.º 5, 2002.

RIBEIRO, João Soares, “Questões sobre o processo contra-ordenacional”, *Questões Laborais*, ano VIII, n.º 18, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, Manuel Simas, e SOUSA, Jorge Lopes, *Contra-ordenações, anotações ao regime geral*, Lisboa, Vislis, 2001.

JURISPRUDÊNCIA

Ac. TC n.º 308/94, proc. n.º 407/92 disponível em: <https://blook.pt/caselaw/PT/TC/465351/?q=relator:%20Cons.%20Lu%C3%ADs%20Nunes%20de%20Almeida>

Ac. STJ de 3.10.2001, proc. n.º 02P467, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/56d433df8df5db7180256cc5004d8fd5>

Cf. Ac. do TC 41/2004, 14.01.2003, proc. n.º 375/2003 , disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/2045174/details/maximized>

Ac. TRP de 21.11.2007,proc. n.º 0744369, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/07b6e267cf073830802573a1003f9757>

A utilidade do art.º 48.º, da Lei 75/2016, de 17 de agosto, nas questões de baldios

Como a circunstancial aplicação dos artigos 40.º e 48.º da Lei 75/2017, de 17 de agosto, poderá ajudar a melhor defender interesses comunitários

Gonçalo Duarte
Advogado

Sumário: I- Introito; II- Baldios em síntese; III- O (não tão) peculiar caso de Loumão; IV- O problema que criou problemas; V- Como a aplicação dos artigos 40.º e 48.º da Lei 75/2017 de 17 de agosto resolveu o(s) problemas(s); VI- Considerações finais.

I – Introito

Corria o ano de 2015 quando em Loumão, freguesia de Queirã, concelho de Vouzela, a denúncia de um particular por alegado apossamento de baldio levou o Ministério Público - após o competente processo administrativo - a avançar com acção de condenação¹ contra os ali denunciados para restituição de bem comunitário. O Ministério Público, contudo, não podia adivinhar a «caixa de Pandora» que tinha acabado de abrir, com ramificações que o iriam colocar em eventual rota de colisão com grande parte da população da pequena aldeia e revelar um histórico de irregularidades imobiliárias baldias com mais de 70 anos.

¹ Processo Comum 5424/15.6 T8VIS.

A presente exposição destina-se a descrever concretamente o cenário problemático com que o Tribunal foi confrontado e a expor a sensata estratégia processual usada para ultrapassar o dilema de forma extrajudicial com a colaboração do Tribunal. Porém, antes da análise ao concreto circunstancialismo que deu razão de ser a este artigo, a lógica dita que se defina algo previamente a qualquer abordagem mais aprofundada, resultando assim imperioso compreender o que a Lei entende por «património comunitário» (vulgo baldios)².

II- Baldios em síntese

Não sendo o escopo deste escrito uma análise exaustiva do enquadramento histórico dos Baldios, seria, contudo, negligente não referir que o conceito de propriedade comunitária agrícola remonta aos primórdios da agricultura. Desde cedo que a Humanidade se conformou com a sua dependência da natureza e com o facto de que apenas uma racional gestão dos seus recursos lhe permitiria sobreviver/desenvolver. Igualmente expedita foi a percepção de que uma organização comunitária local facilitaria tais objectivos. Os baldios surgiram assim da necessidade que os nossos antepassados rurais tinham de, dependendo estes de pequenas culturas familiares, explorar vastas áreas incultas que complementassem a sua actividade agrícola e pudessem ser livremente usufruídas pelos locais. E não obstante os vários séculos de «refinamento» legal do conceito e terminologia, a verdade é que, na sua essência – cariz comunitário local – essa definição manteve-se praticamente inalterada ao longo dos tempos. Nas ordenações Filipinas³, por exemplo, é referido que «*todos os terrenos de mato maninho (terrenos incultos) que não foram reservados pelos reis, são do uso comum dos vizinhos (...) para pastos, criações e logramentos dos moradores dos lugares onde estão.*»⁴. Poucos séculos mais

² A identificação entre «bens comunitários» e baldios é unânime na doutrina, bastando referir o aserto de Jorge Miranda, para quem, «quando se está a pensar nestes bens [isto é, nos bens comunitários], está-se a pensar fundamentalmente nos baldios» (Direito da Economia, lições policopiadas, Lisboa, 1982-1983, p. 470).

³ Ratificadas em 1603.

⁴ In «Baldios – Quadro Histórico e Legal» de António Bica, pág.35.

tarde, por sua vez, numa resolução de 23 de Junho de 1884 do Supremo Tribunal Administrativo considerava-se que *«é condição característica do baldio a propriedade e posse colectiva de pessoas indeterminadas, sem direito proprio e individual para dispôr da cousa que pertence a todos.»*⁵. Torna-se assim claro que as características «património comunitário afecto às necessidades locais» e «insusceptibilidade de apropriação particular» são cronologicamente transversais ao conceito (para não dizer indispensáveis).

Actualmente a Lei 75/2017 de 17 de agosto define «Baldio» como *«os terrenos com as suas partes e equipamentos integrantes, possuídos e geridos por comunidades locais (...)»* e que *«constituem, em regra, logradouro comum dos compartes, designadamente para efeitos de apascentação de gados, de recolha de lenhas e de matos, de culturas e de caça, de produção eléctrica e de todas as suas outras atuais e futuras potencialidades económicas, nos termos da lei e dos usos e costumes locais.»*⁶. Quer a Doutrina, quer a Jurisprudência hodierna, têm como pacífico o entendimento que *«os terrenos baldios não pertencem ao domínio público, nem ao domínio privado do Estado ou das autarquias locais, constituindo, antes, propriedade comunal ou comunitária dos moradores de determinada freguesia ou localidade desta e que exerçam aí a sua actividade.»*⁷.

É universalmente aceite na sociedade portuguesa que os baldios são indispensáveis à economia agrícola e administrativa local e que constituem verdadeiras representações da cultura e sociedade lusitana - desde tempos imemoriais - que devem ser preservadas e estimadas. Como bem refere o jubilado docente Pedro Hespanha *«eles (baldios) são também um património pleno de significado cultural e político, repositório da experiência de cooperação acumulada ao*

⁵ Resolução de 23 de Junho de 1884 do Supremo Tribunal Administrativo recolhida na Revista de Legislação e de Jurisprudência 25º ano 1892 a 1895.

⁶ Art.º 2º a) e art.º 3º n.1 da referida Lei.

⁷ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra 31-01-2006). Também ao mesmo encontro, a conceptualização dos reputados académicos GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA que definem baldio como “uma figura específica, em que é a própria comunidade enquanto coletividade de pessoas, que é titular da propriedade dos bens, bem como da respectiva gestão» in Constituição da República Portuguesa anotada, 3. edição, revista, página 406.

*longo de gerações que conferem identidade e raízes aos que deles disfrutam, escola de aprendizagem de cooperação e de autogestão democrática, desenvolvendo as capacidades para enfrentar coletivamente problemas que isoladamente seriam inultrapassáveis.»*⁸. Contudo, é com frequência o seu potencial intrínseco – terrenos de ampla versatilidade agrícola/florestal - que os torna tão apetecíveis e vulneráveis à cobiça alheia.

III- O (não tão) peculiar caso de Loumão

Loumão é uma das povoações mais antigas da freguesia de Queirã, concelho de Vouzela, com registos históricos de existência administrativa desde o século XIII⁹. O que torna esta pitoresca aldeia judicialmente interessante, como «*case study*» de baldios, é o facto de que, desde pelo menos 1940, a Junta de Freguesia de Queirã, entidade que até recentemente administrava os baldios locais, cedeu diversas parcelas de terreno baldio para construção e uso particular aos seus fregueses, priorizando carecidos e os que pretendiam ali se estabelecer. Tais medidas destinavam-se a dinamizar a aldeia, promover o retorno de «filhos da terra» emigrados que planeassem regressar e a impedir a desertificação. Abundam atas da Junta de Freguesia em que, ao longo de décadas, se cedem baldio para tão nobres e compreensíveis destinos. Contudo, sucedia também de forma amiúde que, face a descaradas «tomadias» (ocupações) de terrenos comunitários e a uma dificuldade considerável de demonstrar com rigor a parcela baldia ocupada e integrada em prédio particular do tomador, se «punisse» o abusador com coima correspondente ao aproximado valor do terreno de que se locupletou (mantendo este a posse do mesmo). A localização das parcelas de baldio ocupadas variava consoante o tipo de solo mas procurava-se, sobretudo, algo onde se pudesse cultivar no anexo à construção e não obedecia a critérios urbanísticos, projecto de construção ou sequer a alinhamentos. Sobraram parcelas de baldio que, sem pasto

⁸ In «o papel dos baldios na revitalização das comunidades rurais», Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

⁹ Séc. XIII: Noumam e sec XVII : Loumam.

ou solo apropriado, deixaram também de satisfazer as necessidades dos locais (a pastorícia acabou, e ali não cresciam árvores nem estrume pela esterilidade do solo, etc...) necessidades inerentes ao aproveitamento típico do baldio, tornando-os «dispensáveis de logradouro comum». Décadas de negócios, como os acima descritos, criaram uma «manta de retalhos» de terrenos irregulares que abrange praticamente toda a área urbana da pequena aldeia.

O que faz do caso de Loumão tão meritório de divulgação é simplesmente a quantidade de ocupação de baldio que foi permitida/negociada ao longo dos últimos 70 anos, havendo inclusive registo de bairros inteiros criados em solo comunitário. Contudo, - e é este o ponto-chave do presente escrito - não se trata de caso único em Portugal. Na realidade, a disposição de baldios trata(va)-se de uma prática regular em muitos locais, pelos mais variados motivos (normalmente nobres) e raro será o baldio que se mantenha intocado nas suas demarcações originais das últimas décadas. Para melhor compreensão da real dimensão deste fenómeno esclareça-se que entre 1874 e 1938, a parte do território português ocupada por terrenos comunais foi reduzida de 45% para 4,6%¹⁰.

Tradicionalmente era hábito destinar aos mais variados fins os baldios que reconhecidamente fossem desprovidos de interesse comunitário nas suas valências mais comuns como pasto ou lenha. Já em 1836, o jurista português, José Homem Corrêa Telles ensinava que *«As Camaras (entenda-se Camaras Municipais) são autorizadas para dar de aforamento as porções de baldio, ou maninho, que sendo capazes de cultura não fizerem sensível falta aos povos vizinhos para as suas lenhas, estrumes, ou pastos.»*¹¹. Não existia, pelo menos antes do

¹⁰ Comparação entre o resultado do estudo elaborado em 1874 por G.Pery em «Geografia e estatística» e o resultado alcançado pela Junta de Colonização Interna no «Reconhecimento dos baldios do Continente» em 1940 – cálculo já demonstrado por Jaime Galheiro in «Comentário à nova lei dos Baldios», 2002, pág.40.

¹¹ In Digesto Portuguez ou Tratado dos Modos de Adquirir a Propriedade, de a Gozar e Administrar e de a Transmitir por Derradeira Vontade, por J.H.Corrêa Telles Tomo III 1836.

Decreto-Lei 39/76 de 19 de Janeiro¹², necessariamente má-fé na cedência a particulares de baldios pois tal era uma pratica consuetudinariamente aceite e geral. O Legislador sempre teve dificuldade em resolver as questões das «tomadias» de baldios. Aliás, o próprio preâmbulo do Decreto 39/76 de 19 de Janeiro reconheceu a dificuldade de tão monumental tarefa referindo que *«ficam por resolver, no quadro do presente diploma, as numerosas questões decorrentes da apropriação de terrenos baldios por parte de particulares. A variedade das situações criadas e de beneficiários e a complexidade dos factores com que se tem hoje de jogar, décadas volvidas sobre algumas dessas apropriações, aconselham que se deixe tal matéria para ulterior texto legal, a fim de se poder, entretanto, associar ao exame da questão as próprias assembleias que forem entrando em funcionamento no quadro do processo de devolução estabelecido neste decreto-lei.»*.

Porém, resulta da realidade supra descrita que, não sendo legalmente «estanque» e legítima a aquisição de uma parcela de terreno baldio, incumbe naturalmente ao Ministério Público (e legais interessados) a «ingrata» obrigação de salvaguardar este património comunitário. Pese embora tal acção implique afrontar cidadãos que julgavam ter a sua situação devidamente regularizada e que ao longo das décadas construíram as suas habitações e dependências nestes locais.

IV- O problema que criou problemas

É neste volátil e complexo contexto que se verifica a situação em análise. Conforme referido acima, legitimamente movido pela denúncia de um particular relativamente a uma alegada ocupação indevida de baldio, e acreditando haver fundamento para tal, o Ministério Público intentou acção destinada a forçar a devolução de tal parcela por parte dos Réus. Os Réus, por sua vez, contestaram pugnando essencialmente pela legitimidade da cedência da parcela de baldio pela Junta de Freguesia de Queirã meio século antes e argumentando acessoriamente

¹² Cujo art.º 2.º do referido diploma veio estabelecer que *«Os terrenos baldios encontram-se fora do comércio jurídico, não podendo, no todo ou em parte, ser objecto de apropriação privada por qualquer forma ou título, incluída a usucapião.»*

que, ao proceder a acção, por uma questão de paridade, o MP teria de avançar igualmente contra todos os beneficiários de tais negócios daquela zona. E naturalmente que após décadas de negócios sobre terrenos baldios na região, poucos eram os moradores da pequena aldeia que não tinham contacto directo ou indirecto com tal realidade, seja por aquisição própria ou sucessão. Perspetivavam-se assim contendidas com os mais tenebrosos cenários legais concebíveis: parcelas que pela sua dimensão foram divididas ao longo dos anos por vários herdeiros, outras permutadas, algumas vendidas, muitas ocupadas com habitações ou dependências agrícolas substanciais....

Não demorou até o Ministério Público perceber a magnitude da «guerra» que se avizinhava uma vez que a continuidade da acção por via judicial o iria forçar à propositura de dezenas e dezenas de acções similares, antagonizando populares com a ameaça de perderem os seus terrenos, tempo e dinheiro, bem como «entupindo» o Tribunal com acções de considerável complexidade. É imperioso destacar que, na larga maioria, não se tratam de criminosos «empedernidos» que desviaram delimitações ou que dolosamente se apossaram de baldios. Falamos de agricultores, populares, idosos, a quem, na sua juventude, foram doados ou vendidos tais imóveis por quem de direito os administrava. Aliás, muitos destes populares pagaram por estas parcelas e não compreendiam como se podia, décadas depois, colocar em crise o mérito e boa-fé da sua posse. Existia uma necessidade de sensibilidade jurídica reforçada e o Ministério Público tinha igualmente, a par do seu dever de protecção de bens comunitários, o dever de salvaguardar os direitos e interesses destas pessoas.¹³ Litigância positivista e cega não iria resolver a questão.

Tinha de haver uma melhor solução!

¹³ No n.2 do artigo 104.º do Estatuto do ministério Público de Lei n.º 68/2019, de 27 de agosto é referido que «os magistrados do Ministério Público devem igualmente desempenhar as suas funções tendo exclusivamente em vista a realização da justiça, a prossecução do interesse público e a defesa dos direitos dos cidadãos.»

V- Como a aplicação dos arts.40.º e 48.º da Lei 75/2017 de 17 de agosto resolveu o(s) problema(s)

A resposta para tão sensível questão foi encontrada no seguimento de uma reunião informal entre as Partes na qual se debateram formas alternativas de resolver o conflito actual (e esperançosamente prevenir as sequelas legais). Foi neste atípico, mas bem intencionado, ajuntamento sugerido o recurso ao art.º 48.º da Lei 75/2017, com as condicionantes do art.º 40 do mesmo diploma, como potencial solução. Efectivamente, o art.º 48 da Lei 75/2017 de 17 de agosto, prevê no seu n.1 que os *«baldios nos quais, até à data da entrada em vigor da Lei n.º 68/93, de 4 de setembro, tenham sido efetuadas, por pessoas singulares ou outras entidades privadas, construções de carácter duradouro, destinadas a habitação ou a fins de exploração económica ou utilização social, desde que se trate de situações relativamente às quais se verifique, no essencial, o condicionalismo previsto no artigo 40.º, podem ser objeto de alienação pela assembleia de compartes, por deliberação da maioria de dois terços dos seus membros presentes, com dispensa de concurso público, através de fixação de preço por negociação direta, cumprindo-se no mais o disposto naquele artigo, a requerimento dos titulares dessas construções»*¹⁴. A intencionalidade subjacente a estes artigos não é inédita e consiste numa forma evoluída de regularização de construções anómalas em baldio já permitida por regimes anteriores.¹⁵ Tratava-se essencialmente de dar uma segunda oportunidade para a regularização de

¹⁴ Os referidos condicionalismos do art.º 40.º são os previstos no n.2 do citado artigo, nomeadamente que «as parcelas sobre que incidam os direitos a alienar não podem ter área superior à estritamente necessária ao fim a que se destinam e, quando afetadas a objetivos de expansão urbana, não podem exceder 1500 m2 por cada nova habitação a construir».

¹⁵ À semelhança do actual art.º 48.º da Lei 75/2017, dispunha o art.º 39.º, n.º 1 da Lei dos Baldios n.º 68/93, de 4 de Setembro, que “os terrenos baldios nos quais, até à data da publicação da presente lei, tenham sido efectuadas construções de carácter duradouro, destinadas a habitação ou a fins de exploração económica ou utilização social, desde que se trate de situações relativamente às quais se verifique, no essencial, o condicionalismo previsto no artigo 31.º, podem ser objecto de alienação pela assembleia de compartes, por deliberação da maioria de dois terços dos seus membros presentes, com dispensa de concurso público, através de fixação de preço por negociação directa, cumprindo-se no mais o disposto naquele artigo”.

construções irregularmente implantadas em terrenos de baldios, facilitando inclusive o recurso à acessão imobiliária¹⁶, cuja boa-fé se presume.

A teórica solução agradava a todas as Partes envolvidas mas implicava a necessidade de negociação à margem do processo. Foi assim firmado o compromisso de os RR. abordarem os administradores actuais dos baldios, a Assembleia de Compartes de Loumão, relativamente à possibilidade de aplicação do art.º 48.º da Lei 75/2017, em conjugação com o art.º 40.º do mesmo diploma. Tais diligências levam o seu tempo – recorde-se que era necessário apresentar formalmente tal intento em Assembleia de compartes, realizar conversações, apresentar convocatória de Assembleia e, no geral, persuadir a comunidade da utilidade de tal votação. Por múltiplas vicissitudes demorou mais do que era suposto¹⁷ mas os compartes mostraram-se compreensivelmente receptivos à questão - uma vez eram eles próprios, pessoal e não institucionalmente, os potenciais prejudicados pela procedência judicial - e, regularmente reunidos em Assembleia, aprovaram a deliberação específica que permitiria a qualquer popular na situação dos RR. (inclusive) regularizar a sua situação de ocupação baldia.

O Tribunal, ao possibilitar – sugerindo a sua aplicação e anuindo a sucessivas suspensões de prazo para o efeito - o recurso à aplicação do art.º 48.º da Lei 75/2017, permitiu fornecer a uma comunidade inteira os meios e instrumentos necessários para legalizar décadas de irregularidades, devolvendo à comunidade um senso de controlo sobre a sua aldeia e as suas gentes, poupando o erário público – e particulares - de uma pletera de litígios desnecessários. Tudo isto possibilitado por uma visão legal sensível, justa e abrangente.

¹⁶ n.º 2 do citado artigo.

¹⁷ Motivos essencialmente relacionados com eleições e quórum, comuns a estas estruturas administrativas locais.

VII- Considerações finais

O conhecido filósofo espanhol George Santayana dizia que “*aqueles que não conseguem lembrar-se do passado estão condenados a repeti-lo*”¹⁸. E se há campo da ciência humana em que tal corolário se verifica será no judicial onde é imprescindível a existência de um juízo empírico por parte dos vários operadores jurídicos, seja por experiência própria seja por terceiros. Ao examinar o que foi feito no passado - seja positivo ou negativo - é possível perceber o que funcionou e o que terá de ser adaptado no futuro.

Com a exposição do caso em análise pretende-se que aqueles que se vejam confrontados com situações similares, sejam compartes, Advogados ou Magistrados, tenham presente que existem mecanismos alternativos – nem sempre directos ou óbvios, é certo – que permitem solucionar a eventual questão de forma mais adequada que qualquer decisão judicial alcançaria. Uma eventual condenação não iria resolver a questão uma vez que se tornaria difícil a reintegração de uma parcela diminuta de terreno já inserida na complexa malha urbana da aldeia no baldio de que originalmente fazia parte, a que acresce o facto de que, por uma questão de paridade no tratamento legal, o Ministério Público seria forçado a analisar a situação de dezenas e dezenas de particulares cuja indevida ocupação de baldios se tornou colateralmente patente ao longo do processo. «*Cui bono*»¹⁹

A estratégia seguida «pavimentou» o caminho da paz social. Para além disso, o circunstancialismo descrito teve a vantagem adicional de dar conhecimento à população interessada da existência de uma forma legal de regularizarem a sua situação, permitindo não só resolver os problemas judicialmente pendentes como, esperançosamente, evitar de futuro novos diferendos desta natureza. A discussão pública desta «solução» em Assembleia de Compartes forneceu à população local interessada formação legal que de outro modo só obteriam em contenda judicial com as inevitáveis consequências para a parte derrotada.

¹⁸ «A Vida da Razão», livro publicado em 1905 volume I, capítulo XII).

¹⁹ Expressão latina que se traduz como «quem beneficia?»

Apesar do recurso ao presente instrumento não se encontrar na dependência directa do Tribunal - posto se tratar de uma eventual negociação entre a entidade administradora do baldio e Réu - a sensibilidade e abertura a soluções extrajudiciais, como a prevista pelos art.º 40.º e 48.º da Lei 75/2017 de 17 de agosto, será sempre benéfica para todos os envolvidos. Tal abertura pode ser manifestada das mais variadas formas, como seja através de diálogo mediado entre as Partes ou simplesmente pela oportunidade para tal conjugação de vontades com uma simples suspensão de prazo²⁰ que permita as conversações necessárias.

De ressaltar que não se trata obviamente de uma opção adequada para todos os cenários de eventual tomada de baldio e apenas deve ser considerada em circunstancialismos muito concretos em que a eventual «ocupação» ou construção irregular se encontre, no mínimo, moralmente legitimada por um negócio contemporâneo com a legítima entidade administradora. Inegável, contudo, é o facto deste tipo de soluções, pacíficas e consensuais, restituírem a sensação de controlo aos compartes e permitirem de forma aberta, pública e democrática, uma administração mais autónoma em que são reduzidos os limites impostos à afirmação da vontade das próprias comunidades locais na gestão do seu património e resolverem os seus litígios sem interferência extra comunitária (entenda-se, geográfica). Isto porque *«não é o interesse público ou o interesse geral da população servida pelas autarquias locais que a lei dos baldios pretende proteger, antes a preservação de uma forma de propriedade sui generis, regida em parte por regras consuetudinárias.»*²¹.

Tudo isto com o nobre objectivo de evitar e prevenir que aqueles que se arrogam defensores dos interesses comunitários - e por inerência, da Comunidade - se vejam na embaraçosa situação de ter de afrontar esta!

²⁰ nos termos do disposto no artº 272º, nº 1 do C.P.C.

²¹ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 31-01-2006.

REGIME GERAL DO ARRENDAMENTO

Resolução do contrato pelo senhorio: falta de pagamento da renda

Mercília Pereira Gonçalves

Notária Estagiária, Ordem dos Notários.

Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa na Escola de Direito da Universidade do Minho,

Licenciada em Direito pela Universidade do Minho.

RESUMO: O texto apresentado centra-se numa área que tem sofrido alterações legislativas. O vínculo arrendatício constitui uma vantagem para aqueles que nunca poderiam garantir a compra de um estabelecimento, sendo, portanto, a obrigação de pagamento da renda pelo arrendatário a contrapartida mais visível. O não cumprimento acarreta consequências: a resolução por comunicação e o procedimento especial de despejo. Por sua vez, o recurso à via judicial, no que diz respeito à ação de despejo propriamente dita. A resolução pelo senhorio por falta de pagamento da renda acompanha o art.º 1083.º, n.º 3 e n.º 4 do Código Civil (CC) nos ditames da lei apresentados.

A lei não tem sido clara no que se refere ao prazo do art.º 1083.º, n.º 3, estando constantemente a ser alterado. Por sua vez, a resolução com base no n.º 4 do referido artigo faz todo o sentido, já que o incumprimento é visível por mais de quatro vezes num ano e por isso, suscetível de ser um comportamento que se deve repreender. O contrato cessa com a resolução, o arrendatário tem de desocupar e entregar o locado, não existindo efeitos retroativos.

PALAVRAS-CHAVE: Arrendamento mercantil; resolução do contrato pelo senhorio; falta de pagamento da renda; ação de despejo; procedimento especial de despejo;

ABSTRACT: This paper focuses on an area that has suffered legislative changes. The leasing constitutes an advantage for those who could never guarantee the purchase of an establishment, where the renter's obligation to pay the rent is the most visible consequence. Failure to comply implies consequences: resolution by communication and the special eviction procedure, which implies the resort to the judicial system, as we will explain below. In the resolution by the landlord for the failure of payment, the rent follows the art.º 1083.º, n.º 3 and n.º 4 of the CC in terms of the presented law.

The law has not been clear regarding the term of art.º 1083.º, n.º 3, which is continuously being changed. However, the resolution based on paragraph 4 of the article makes perfect sense, since the non-compliance is visible more than four times a year and, therefore, susceptible to be a behaviour that should be reprimanded. The contract ends with the resolution, and the lessee must leave and deliver the leased, with no retroactive effects.

KEYWORDS: Lease; termination of the contract by the landlord; failure to pay rent; eviction lawsuit; special eviction procedure

Introdução

O objeto de estudo centra-se num regime instável e em constantes alterações¹, no contexto do Direito das Obrigações, mais propriamente, o Direito dos Contratos em Especial.

É necessário esclarecer aquilo que se entende por Locação. Conforme resulta do art.º 1022.º CC “Locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição.” Analisamos o tema à luz do arrendamento comercial, logo, o gozo do imóvel deve servir uma atividade comercial num sentido amplo².

O art.º 1079.º CC refere que “O arrendamento urbano cessa por acordo das partes, resolução, caducidade, denúncia ou outras causas previstas na lei.” Interessa-nos, pois, a resolução prevista no art.º 1083.º CC. Trata-se de um direito

¹ Ao longo do texto teremos sempre em conta o regime atual, com as alterações decorrentes da nova Lei 13/2019, de 12 de fevereiro de 2019. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

² MORAIS, Fernando de Gravato. *Direito Comercial*. Braga: AEDUM, 3ª edição, 2017. vol. 1., p. 111.

potestativo extintivo, exercido unilateralmente que pressupõe uma situação de incumprimento grave ou de não escassa importância e, portanto, deve haver um motivo de resolução do contrato. Esta matéria está coberta pelo princípio da boa fé, daí existir uma remissão para uma inexigibilidade de manutenção do arrendamento.

O presente trabalho está dividido em capítulos. O primeiro capítulo trata de inserir o tema no arrendamento comercial, fazendo uma breve menção ao contrato de arrendamento comercial.

O segundo capítulo chama a atenção para as obrigações das partes em especial, a renda.

O terceiro capítulo reflete a resolução pelo senhorio, começando por remeter para a mora do arrendatário na obrigação de pagamento da renda, aprofunda as opções resolutivas: a resolução por comunicação (via extrajudicial) e o procedimento especial de despejo (de cariz administrativo). Por sua vez, a resolução judicial. Há uma referência a um outro fundamento de resolução: falta de pagamento reiterado das rendas e conseqüentemente, aludimos aos efeitos da resolução.

Terminaremos, pois, com as devidas conclusões, fruto de todo o estudo dedicado e investigação intensiva.

Capítulo I - Contrato de arrendamento comercial

1. Considerações gerais

Na verdade, não existe um conceito que defina de forma direta o arrendamento comercial. A base da sua definição está na locação. O regime jurídico da locação encontra-se estipulado dos arts. 1022.º a 1113.º CC. O art.º 1023.º CC apenas refere as duas modalidades de locação: o aluguer e o arrendamento.

Nestes termos, a locação diz-se “arrendamento” quando versa sobre coisa imóvel, “aluguer” quando incide sobre coisa móvel.

O arrendamento admite várias modalidades. Interessa-nos, pois, o arrendamento urbano que pode ser para habitação (arts. 1092.º CC e seguintes (ss) ou para fins não habitacionais (arts. 1108.º CC e ss.). Para GRAVATO MORAIS, esta solução não parece ser a mais adequada³.

MENEZES LEITÃO afirma que “o arrendamento urbano constitui uma espécie do contrato de locação⁴.” As principais características do contrato de arrendamento são as seguintes⁵:

- Consensualidade - O contrato depende sempre do acordo de vontade das partes. É celebrado sem dependência da entrega da coisa.
- Bilateralidade - Gera obrigações recíprocas.
- Sinalagmaticidade - Existe uma ligação das prestações em causa, por um lado, o gozo temporário do imóvel por parte do locador, depende de uma contrapartida pecuniária que será o pagamento da renda, do lado do locatário.
- Onerosidade- o arrendatário tem de pagar as rendas.

A locação permite ao titular dos direitos de gozo de uma coisa (senhorio), concedê-la temporariamente a outrem (arrendatário), mediante uma retribuição, sem que o seu direito de propriedade, se perca. Muitas vezes, são pessoas que não tem capacidade económica para comprar o bem e, portanto, pagam um preço

³ O autor refere que se “desconsidera a especificidade do arrendamento comercial.” Para um maior cuidado da questão, veja-se, neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato. *Novo Regime do Arrendamento Comercial*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2011, p. 24.

⁴ Neste sentido, LEITÃO, Luís Menezes. *Arrendamento Urbano*. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, p. 9.

⁵ As presentes características são apontadas por Gravato Morais na obra citada- *Direito Comercial...*, p.111.

inferior. Verifica-se um aproveitamento económico dos bens, pois, ao invés destes, ficarem inativos, porque não existe uma utilização dos mesmos pelo seu titular, beneficiam-se terceiros que tanto os necessitam⁶.

Capítulo II- Obrigações das partes

1 - A obrigação de pagamento da renda

O arrendatário urbano tem como principal obrigação o pagamento da renda ao senhorio.

Este dever resulta do art.º 1038.º, n.º 1, al. a) CC, no contexto das obrigações do locatário.

A referência ao pagamento da renda é feita em inúmeros artigos, desde logo, no art.º 1041.º CC, no art.º 1042.º CC, no art.º 1048.º CC, no art.º 1076.º, n.º 1 CC, no art.º 1083.º, n.º 3 CC, no art.º 1084.º, n.º 3 CC, no art.º 15.º, n.º 2 do Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU) e no art.º 21.º, n.º 2 NRAU⁷. No Código Civil, o regime da locação, no contexto das obrigações do locatário apresenta uma subsecção II (arts. 1039.º a 1042.º) que remete para o pagamento da renda ou aluguer.

2 - A renda como prestação pecuniária

A renda urbana consiste numa “prestação pecuniária”⁸, tal foi consagrado pelo NRAU, (art.º 1075.º, n.º 1 CC). Antes da nova lei, a renda era qualificada como uma prestação em dinheiro, obrigatoriamente fixada em escudos (art.º 19.º, n.º 1

⁶ LEITÃO, Luís Menezes. *Arrendamento urbano...*, cit., p. 11.

⁷ Cfr. MORAIS, Fernando de Gravato. *Falta de pagamento da renda no arrendamento urbano*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 16.

⁸ Por outras palavras, a renda é a contraprestação devida no arrendamento. Neste sentido, FURTADO, Jorge Pinto - *Comentário ao Regime do Arrendamento Urbano*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 143.

do Regime do Arrendamento Urbano (RAU). Os artigos 550.º a 558.º são agora os aplicáveis nesta matéria.

3 - A renda como prestação periódica

A renda é uma “prestação periódica” (art.º 1075.º, n.º 1 CC). E é periódica, porque deve ser paga de mês a mês. Há aqui uma regularidade que deve ser cumprida.

Esta designação tem algumas consequências práticas⁹:

- O art.º 781.º CC que corresponde à perda do benefício do prazo não é aplicável (válido apenas para as prestações fracionadas).
- A resolução do contrato de arrendamento tem efeitos para o futuro, logo, não existe a restituição das rendas pagas (art.º 434.º, n.º 2 CC).

4 - Vencimento da renda

O art.º 1075.º, n.º 2, 2ª parte CC, NRAU apresenta-nos uma solução: “se as rendas estiverem em correspondência com os meses do calendário gregoriano, a primeira vencer-se-á no momento da celebração do contrato e cada uma das restantes no 1.º dia útil do mês imediatamente anterior àquele a que diga respeito.” A primeira renda vence-se quando o contrato de arrendamento é celebrado. As remanescentes vencem-se de forma antecipada, em relação ao gozo da coisa e esta constitui a regra.

Caso não exista uma correspondência das rendas com os meses do calendário gregoriano e na falta de convenção em contrário, aplica-se o art.º 1039.º, n.º 1, 1ª parte CC: “o pagamento da renda deve ser efetuado no último dia de vigência

⁹ Cfr. MORAIS, Fernando de Gravato - *Falta de pagamento da renda...*, cit., p. 19 e 20.

do contrato ou do período a que respeita.” Assim, o vencimento da renda é posterior ao gozo da coisa.

5 - Legitimidade para receber e para pagar a renda

Quem tem legitimidade para receber a renda é o senhorio. Pode acontecer que o senhorio se faça representar por outra pessoa, neste caso, um representante voluntário com poderes para receber a renda¹⁰. O art.º 258.º CC diz-nos que o “negócio jurídico realizado pelo representante [procurador do senhorio] em nome do representado [senhorio], produz efeitos na esfera jurídica deste [senhorio]”. É certo que se o senhorio for menor, deve ter um representante legal. Se assim for, a renda deve ser paga ao seu representante¹¹.

“A renda (...) é de 1.247,00€ (...), com vencimento, (...), no domicílio da senhoria ou de seu representante na cidade de Matosinhos, indicado por escrito¹².”

Por sua vez, o cônjuge do locador também tem legitimidade para receber a renda.

Sempre que houver lugar à transmissão da posição do senhorio (exemplo: venda do imóvel), deve existir uma comunicação ao arrendatário. O contrato de compra e venda que comprova a venda do prédio é enviado ao inquilino. Tal comunicação é feita, para que aquele não rejeite o pagamento da renda ao novo

¹⁰ O art.º 771.º CC refere expressamente que “o devedor [arrendatário] não é obrigado a satisfazer a prestação ao representante voluntário do credor [senhorio] nem à pessoa por este autorizada a recebê-la, se não houver convenção nesse sentido”.

¹¹ Cfr. MORAIS, Fernando de Gravato. *Falta de pagamento da renda...*, cit., p. 27.

¹² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto [em linha], 2ª secção, de 26-03-2019 (processo n.º 1208/17.5T8MTS.P1), relatado pela Desembargadora Ana Lucinda Cabral [consulta 14/11/2019]. Disponível em www.dgsi.pt.

senhorio. Depois desta comunicação e só depois desta, o arrendatário terá de pagar ao novo locador¹³.

Quem tem legitimidade para pagar a renda é o arrendatário urbano. Se existir mais do que um inquilino qualquer um deles pode pagar a renda, liberando os restantes¹⁴. Note-se que o arrendatário também se pode fazer representar, nos mesmos termos que o senhorio e com os mesmos efeitos¹⁵. O representante do arrendatário pode também pagar a renda ao senhorio.

No que concerne a outros legitimados, sugerimos uma leitura atenta do art.º 767.º, n.º 1 CC: “A prestação pode ser feita tanto pelo devedor como por terceiro, interessado [exemplo: fiador ou garante em geral; cessionário da exploração do estabelecimento mercantil, entre outros] ou não [alguém que atue como gestor de negócios ou na qualidade de mandatário sem representação]¹⁶no cumprimento da obrigação”. Para GRAVATO MORAIS, deve ser considerado terceiro “todo aquele que ao tempo do cumprimento não seja devedor¹⁷.”

Caso ocorra uma transmissão regular da posição de arrendatário, por morte do arrendatário ou por efeito do trespasse do estabelecimento comercial, cabe ao novo arrendatário pagar a renda.

6 - Lugar do pagamento

O art.º 1039.º, n.º 1 CC realça que “o pagamento da renda (...) deve ser efetuado (...) no domicílio do locatário à data do vencimento, se as partes ou os usos não fixarem outro regime.” Ora, a regra é a de que o pagamento é efetuado

¹³ Cfr. MORAIS, Fernando de Gravato. *Falta de pagamento da renda...*, cit. p. 27 e 28.

¹⁴ Assim, a obrigação é solidária, o que significa que “cada um dos devedores [inquilinos] respondem pela prestação integral e esta a todos libera”, (art.º 512.º, n.º 1, 1.ª parte CC).

¹⁵ Cfr. MORAIS, Fernando de Gravato. *Falta de pagamento da renda...*, cit., p. 28.

¹⁶ Os exemplos são retirados da obra citada MORAIS, Fernando de Gravato. *Falta de pagamento da renda...*p.29.

¹⁷ Para maiores desenvolvimentos, MORAIS, Fernando de Gravato. *Falta de pagamento da renda...*, cit., p. 29.

no domicílio do arrendatário, pelo que se ignora o estipulado no art.º 774.º CC, “deve a prestação ser efetuada no lugar do domicílio que o credor [senhorio] tiver ao tempo do cumprimento.” Se assim for, o n.º 2 do art.º 1039.º CC indica-nos que “se o pagamento não tiver sido efetuado, presume-se que o locador [senhorio] não veio nem mandou receber a prestação no dia do vencimento.” Trata-se de uma presunção legal que é ilidível, ou seja, admite prova em contrário por parte do senhorio (art.º 350.º CC).

O lugar do pagamento pode ser um outro do lugar indicado pela regra supletiva do art.º 1039.º, n.º 1, basta que haja um acordo, verbal ou escrito entre as partes. Um verdadeiro, acordo de vontades.

7 - Prescrição da obrigação de pagamento da renda

Consagra-se um prazo prescricional curto de 5 anos, nos termos do art.º 310.º, al. b) CC que se refere “às rendas devidas pelo locatário, ainda que pagas por uma só vez.” Diz-nos o art.º 306.º, n.º 1 CC que “o prazo da prescrição começa a correr quando o direito puder ser exercido” desde logo, quando o arrendatário deixar de pagar as rendas.

O art.º 303.º CC aponta para a eficácia da prescrição. Ora, a prescrição para ser eficaz deve “ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo Ministério Público.” O art.º 305.º, n.º 1 CC salienta que “é invocável pelos credores e por terceiros com legítimo interesse na sua declaração, ainda que o devedor a ela tenha renunciado.”

8 - Antecipação das rendas

O art.º 1076.º, n.º 1 CC revela que “o pagamento da renda pode ser antecipado, havendo acordo escrito [sob pena de nulidade], por período não superior a três meses.” Neste contexto, se tal resultar de convenção, o arrendatário deve pagar a renda do mês de maio no mês de fevereiro.

Gravato Morais defende que se trata de “uma forma de assegurar e de tutelar de modo mais adequado os interesses do senhorio¹⁸.” O senhorio estará sempre mais protegido e confiante na relação arrendatícia, evitando certas preocupações.

Capítulo III- Resolução pelo senhorio

Enquadramento

O contrato de arrendamento extingue-se por resolução. Ora, os seus fundamentos encontram-se no art.º 1083.º, n.º 1 CC. Uma vez que abordaremos a resolução pelo senhorio, para esta operar é fundamental existir um incumprimento do arrendatário relevante ¹⁹(art.º 801.º, n.º 1 CC). O “incumprimento” por sua natureza deve ser “grave” e ter “consequências” significativas e ainda, tornar “inexigível” à outra parte a “manutenção do arrendamento” (art.º 1083.º, n.º 2 CC).

1 - Mora do arrendatário na obrigação de pagamento da renda

Caso a renda não seja paga ao tempo do vencimento (art.º 1075.º, n.º 2 CC, NRAU), dá-se a constituição do devedor [arrendatário] em mora (art.º 805.º, n.º 2, al. a) CC) - mora *ex re*²⁰. A mora *debitoris*²¹ do inquilino pressupõe a culpa (e a ilicitude do atraso) deste. A falta de pagamento da renda constitui o arrendatário em mora, por causa que lhe seja imputável, não efetue esse pagamento (art.º 804.º, n.º 2 CC). Este é, pois, o regime geral.

¹⁸ Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato. *Novo Regime do Arrendamento Comercial...*, cit., p. 200.

¹⁹ Neste sentido, FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto - *Manual do Arrendamento Urbano*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 752.

²⁰ Referimo-nos à mora resultante da lei.

²¹ Referimo-nos à mora do devedor propriamente dita, no caso, o inquilino.

Na verdade, a mora do arrendatário na obrigação de pagamento da renda afasta-se das regras gerais que dizem respeito ao atraso nas obrigações pecuniárias. O fundamento de tudo isto será sempre a proteção do arrendatário.

“A mora do arrendatário, no tocante ao pagamento da renda está, porém, sujeita a um regime marcadamente especial que se explica pela importância jurídica e social do contrato de arrendamento²².”

1.1 - Mora juridicamente não relevante

O inquilino pode por fim à mora se pagar a renda no “prazo de oito dias a contar do seu começo” (art.º 1041.º, n.º 2 CC). Caso não o faça, o senhorio tem duas hipóteses:

- Exige as rendas em atraso e uma indemnização correspondente a 20% desse valor (art.º 1041.º, n.º 1, 1ª parte CC). Note-se que até 12 fevereiro de 2019 a indemnização correspondia a 50%²³. Este valor de 20% é sempre imperativo, o que significa que não pode ser afastado pelas partes em sentido contrário²⁴.
- Exige as rendas em atraso e opta pela resolução do contrato (art.º 1041.º, n.º 1, última parte do CC).

O simples atraso de oito dias no pagamento da renda não implica as duas consequências apresentadas. Nas palavras de GRAVATO MORAIS, “confere-se ao

²² Neste sentido, o Acórdão da Relação do Porto, de 26-03-2019 (Ana Lucinda Cabral), já citado e disponível em www.dgsi.pt.

²³ Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra [em linha], de 30-04-2019, (proc. n.º 4072/18.3T8CBR.C1), relatado pelo Desembargador Barateiro Martins [consulta 31/03/2021]. Disponível em www.dgsi.pt.

²⁴ O art.º 1041.º tem três novos números, 5, 6 e 7. Destacamos o n.º 5, pois, refere que se existir mora, tal deve ser comunicado ao fiador bem como as “quantias em dívida”, no prazo de 90 dias. Mas, também o n.º 6 que realça que “o senhorio apenas pode exigir do fiador a satisfação dos seus direitos de crédito”, no prazo de 90 dias. O n.º 7 refere-se aos contratos sujeitos ao regime de arrendamento apoiado, nestes “o senhorio pode, no âmbito de acordo de regularização de dívida, reduzir ou dispensar a indemnização prevista no n.º 1, sem prejuízo do direito à resolução do contrato e à cobrança de juros de mora, em caso de incumprimento do acordo.”

inquilino um curto benefício temporal, cremos que por mera tradição, de pagar para além do tempo do vencimento da renda sem que ocorram aqueles efeitos gravosos²⁵.”

A doutrina tem vindo a discutir se a mora nestas condições leva ao pagamento de juros. ARAGÃO SEIA²⁶, GRAVATO MORAIS²⁷ e MENEZES LEITÃO²⁸ consideram que não existem juros a pagar. Por outro lado, ROMANO MARTINEZ entende que o locatário tem a obrigação de pagar juros de mora, durante o respetivo período (art.º 806.º CC), considerando não ser aceitável que o legislador no n.º2 do art.º 1041.º do CC estivesse a conceder ao locatário um atraso no cumprimento da renda ou aluguer durante 8 dias, sem qualquer consequência²⁹.

1.2 - Mora juridicamente relevante

Decorridos os oito dias a mora pode ter consequências gravosas para o inquilino. Já as incluímos supra, pelo que assim, remetemos³⁰.

2 - Ação executiva para pagamento de quantia certa

Em síntese, o senhorio pode pedir as rendas em atraso, acrescidas de uma indemnização de 20%. Se o fizer, deve comunicar extrajudicialmente o inquilino do valor em dívida e da respetiva indemnização. Se ainda assim, o arrendatário não pagar os valores exigidos, “o contrato de arrendamento” [escrito] e o

²⁵ Cfr. MORAIS, Fernando de Gravato. *Falta de pagamento da renda...*, cit., p. 53.

²⁶ SEIA, Jorge Aragão - *Arrendamento Urbano*. 7.ª Edição. Rev. e Act. Coimbra: Almedina, 2003, p. 244.

²⁷ Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato. *Falta de pagamento da renda...*, cit., p. 53.

²⁸ LEITÃO, Luís Menezes. *Arrendamento urbano...*, cit., p. 99.

²⁹ Neste sentido, MARTINEZ, Romano - *Direito das Obrigações*. Parte especial - contratos. 2.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2007, p. 179.

³⁰ Cfr. item 2.1 *supra*, p. 7 e 8.

“comprovativo de comunicação” realizada servem de base à “execução para pagamento de quantia certa” (art.º 14.º- A do NRAU)³¹.

3 - Resolução por comunicação

No que se refere à resolução do contrato, o senhorio pode optar pela via extrajudicial, o que contribui para uma pacífica resolução de litígios³². Neste sentido, o art.º 1083.º n.º 3 CC evidencia que o contrato pode ser resolvido pelo senhorio “em caso de mora igual ou superior a três meses no pagamento da renda.”

Não é relevante tratar-se só de uma renda que não foi paga ou de várias, mas que pelo menos uma delas ultrapasse o prazo de três meses³³. Se assim for, estamos perante uma inexigibilidade de manutenção do contrato de arrendamento e consequentemente, um modo de operar de resolução pelo senhorio³⁴.

O fundamento de resolução desta forma, encontra-se preenchido.

O art.º 1084.º n.º 2 CC realça que a resolução com fundamento no n.º 3 e n.º 4 do art.º 1083.º, necessita para ser eficaz, de uma “comunicação à contraparte”, prevista no art.º 9.º, n.º 7 NRAU³⁵:

a. Através de “notificação avulsa”;

³¹ COLAÇO, Amadeu. *Reforma do Novo Regime do Arrendamento Urbano*. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 2016, p. 52.

³² ROCHA, António Soares da - *O essencial sobre o arrendamento urbano*. Porto: Vida Económica, 2014, p. 46. No mesmo sentido, ROCHA, António Soares da - *Manual do Regime Jurídico do Arrendamento - A narrativa, o pragmatismo, a ciência e o pleito no arrendamento*. Porto: Vida Económica, 2019, p. 66.

³³ Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato. *Novo Regime do Arrendamento Comercial...*, cit., p. 246.

³⁴ MAGALHÃES, David - *A Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*. Coimbra. Coimbra Editora, 2009, p. 207 e ss.

³⁵ Amadeu Colaço expõe cuidadosamente formulários desta comunicação na sua obra citada, p. 161-167.

- b. “Contacto pessoal de advogado, solicitador ou agente de execução, comprovadamente mandatado para o efeito, sendo feita na pessoa do notificando, com entrega de duplicado da comunicação e cópia dos documentos que a acompanhem, devendo o notificando assinar o original”;
- c. “Escrito assinado e remetido pelo senhorio nos termos do n.º 1, nos contratos celebrados por escrito em que tenha sido convenionado o domicílio, caso em que é inoponível ao senhorio qualquer alteração do local, salvo se este tiver autorizado a modificação”;

A presente comunicação deve conter fundamentos para fazer atuar a resolução. Os exemplos-padrão estão definidos (art.º 1083.º, n.º 2 CC), sendo certo que o senhorio tem de alegá-los e individualizar as razões que levaram ao incumprimento.

3.1 - Meios de defesa do arrendatário

O art.º 1084.º, n.º 3 CC expõe a ideia de que o arrendatário pode por “fim à mora no prazo de um mês”, quando o senhorio lance mão do mecanismo resolutivo (extrajudicial) e tal seja fundado na “falta de pagamento da renda.” O prazo mencionado conta-se a partir da notificação feita pelo senhorio e não da data em que é legítimo ao senhorio optar pela resolução.

O arrendatário tem, pois, de pagar as rendas em atraso, acrescidas da indemnização de 20% no prazo de 4 meses. Deste modo, contabilizamos aqui os 3 meses (prazo legítimo para o exercício do direito pelo senhorio) + 1 mês (oportunidade de uma vez desencadeada a resolução extrajudicial pelo senhorio, de fazer cessar o direito de resolução). Para GRAVATO MORAIS, existe um “período de pendência” por detrás do direito de resolução³⁶.

³⁶ Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato. *Novo Regime do Arrendamento Comercial...*, cit., p. 248.

4 - Procedimento especial de despejo

Trata-se de um “meio processual que se destina a efetivar a cessação do arrendamento (...) quando o arrendatário não desocupe o locado na data prevista na lei ou fixada por convenção entre as partes” (art.º 15.º NRAU). É considerado o meio processual mais expedito para efetivar cessação do contrato de arrendamento³⁷. Acaba por reforçar os instrumentos de reação do senhorio em confronto com os incumprimentos por parte do inquilino, sendo, portanto, uma das alterações mais importantes da atual lei³⁸.

O procedimento especial de despejo aplica-se para recuperar o imóvel em todas as situações de extinção do contrato de arrendamento que não resultem de ação de despejo³⁹. O arrendatário não paga as rendas em atraso e a indemnização de 20%, não desocupa o imóvel, logo, o senhorio pode lançar mão deste mecanismo. Deverá juntar o “contrato [escrito] de arrendamento [comercial]” acompanhado da notificação extrajudicial realizada (art.º 15.º, n.º 2, al. e), 1ª parte do NRAU).

É o “Balcão Nacional de Arrendamento” (BNA) que tem competência para o procedimento especial de despejo (art.º 15.º-A NRAU). Este órgão apenas faz notificações ao arrendatário, uma vez, recebida a oposição deste, os “autos” são distribuídos ao tribunal competente (art.º 15.º-H NRAU), o qual deve ser indicado no requerimento inicial (art.º 15.º-B, n.º 2, c)). MENEZES LEITÃO sustenta que não se entende a criação deste órgão, dado que os processos serão quase sempre remetidos ao tribunal⁴⁰.

A nossa ordem jurídica elenca de forma taxativa no art.º 15.º, n.º 2, do NRAU, quais as situações que “podem servir de base a este procedimento especial”.

³⁷ Referimo-nos a Amadeu Colaço na sua obra já citada- *Reforma do Novo Regime do Arrendamento Urbano...* p. 62.

³⁸ CASTELO, José - *Arrendamento* (Direitos e Deveres dos Cidadãos). 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2012, p. 64.

³⁹ Sobre este entendimento, LEITÃO, Luís Menezes. *Arrendamento urbano...* cit., p. 215.

⁴⁰ Sobre esta matéria, LEITÃO, Luís Menezes. *Arrendamento Urbano...*, cit., p. 217.

O “pagamento de rendas” pode ser deduzido de forma cumulativa com o “pedido de despejo” (art.º 15.º, n.º 5 do NRAU).

O inquilino não pode agora beneficiar do regime favorável que detinha anteriormente, mais propriamente, o pagamento das rendas em atraso e a indemnização de 20%, fazendo caducar o direito de resolução. Dar oportunidade ao arrendatário de fazer uso duas vezes do mesmo benefício acaba por constituir um entrave à celeridade que se pretende⁴¹. Trata-se, portanto, de uma alternativa à via judicial⁴².

5 - Ação judicial de despejo

Nos termos do art.º 14.º, n.º 1 NRAU “a ação de despejo destina-se a fazer cessar a situação jurídica do arrendamento sempre que a lei imponha o recurso à via judicial para promover tal cessação e segue a forma de processo declarativo comum.” O pedido de despejo pode ser cumulado com qualquer outro que não siga a forma de processo especial (art.º 555.º, n.º 1 e 37.º do Código do Processo Civil (CPC), o pedido de condenação em rendas vencidas ou uma indemnização⁴³.

Tem sido discutida a admissibilidade da ação de despejo por falta de pagamento da renda, quer na doutrina, quer na jurisprudência⁴⁴.

⁴¹ Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato. *Novo Regime do Arrendamento Comercial...*, cit., p. 248 e 249.

⁴² Para um esclarecimento aprofundado da questão vejamos, COLAÇO, Amadeu..., cit., p. 62 e ss.

⁴³ Cfr. LEITÃO, Luís Menezes. *Arrendamento Urbano...*, cit., p. 206.

⁴⁴ Na jurisprudência, é o caso do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto [em linha], de 19-05-2020, (proc. n.º 1918/18.0T8PVZ.P1), relatado pela Desembargadora Maria Graça Mira [consulta 31/03/2021] e do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa [em linha], de 02-07-2019, (proc. n.º 3707/18.2T8LSB.L1), relatado pela Desembargadora Micaela Sousa [consulta 31/03/2021]. Como nota lateral pertinente a esta matéria, invoca-se nesta decisão jurisprudencial que a faculdade que o senhorio tem para recorrer ao procedimento especial de despejo, não torna inviável a interposição de uma ação judicial destinada à resolução do contrato de arrendamento. O mesmo sucede com o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa [em linha], de 11-12-2018, (proc. n.º 10901/17.1T8LSB.L1-2), relatado pelo Desembargador Jorge Leal [consulta 31/03/2021] que se

Um exemplo concreto de uma recusa daquela é o Acórdão da Relação de Coimbra de 15.4.2008 que nos diz “embora sem certezas, afigura-nos que existe uma imposição legal quanto ao recurso à via extrajudicial, por via de simples comunicação à contraparte, para que o senhorio possa despejar o inquilino nos casos supra citados, estando-lhe vedado o recurso à via judicial- art.º 14.º, n.º 1 do NRAU e 1084.º, n.º 1 CC”⁴⁵.

Assim como, MENEZES LEITÃO defende que “a ação de despejo é dispensada quando a lei admite a cessação do vínculo pelo senhorio mediante comunicação à contraparte (art.º 9.º do NRAU) (...) o que ocorre nos casos de (...) resolução pelo senhorio fundada em falta de pagamento de rendas. Em todas estas situações o senhorio pode recorrer antes ao procedimento especial de despejo, a que se referem os arts. 15.º e ss. NRAU”⁴⁶.

Por sua vez, o Acórdão da Relação de Lisboa de 29.11.2018 retrata a admissibilidade a esta figura “O meio extrajudicial de resolução do contrato de arrendamento por falta de pagamento de rendas, previsto no NRAU, é optativo (...) Assim, o senhorio pode resolver o contrato com esse fundamento, utilizando o meio processual comum de despejo logo que o arrendatário esteja em mora relevante.”⁴⁷ Esta posição é adotada pela doutrina, nomeadamente, LAURINDA GEMAS, ALBERTINA PEDROSO e JOÃO CALDEIRA JORGE referem que “a via da ação

refere à possibilidade de instauração justificada da referida ação de despejo, ainda que o senhorio opte em primeira mão, pela via extrajudicial. Todos disponíveis em: www.dgsi.pt.

⁴⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra [em linha], de 15-04-2008 (processo n.º 937/07.6TBGRD.C1), relatado pelo Desembargador Isaías Pádua [consulta 19/11/2019]. Disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra [em linha], de 15-04-2008 (processo n.º 937/07.6TBGRD.C1), relatado pelo Desembargador Isaías Pádua [consulta 19/11/2019]. Disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁶ Neste sentido, LEITÃO, Luís Menezes. *Arrendamento Urbano...*, cit., p. 205 e 206.

⁴⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa [em linha], de 29-11-2018 (processo n.º 19373/17.0T8SNT.L1-8), relatado pela Desembargadora Teresa Prazeres Pais [consulta 19/11/2019]. Disponível em www.dgsi.pt.

de despejo constitui sempre uma opção do senhorio e, até será provavelmente a via mais vantajosa, no caso de resolução fundada na mora no pagamento da renda⁴⁸.”

O senhorio pode ter de intentar uma ação judicial de despejo, ao invés do procedimento de cariz administrativo anteriormente descrito. Tal pode suceder pelo facto de não se preencherem os requisitos expressos no art.º 15.º, n.º 2, al. e) do NRAU ou pode optar simplesmente por esta⁴⁹. Basta instaurar a ação declarativa de despejo prevista no art.º 1048.º, n.º 1 CC, pedindo ao tribunal que declare a resolução do contrato, exigindo também o pagamento das rendas em atraso.

A ação de despejo é instaurada nos 3 meses subsequentes à mora do arrendatário. Sabemos que o art.º 1083.º, n.º 3 CC aplica-se à resolução extrajudicial pelo disposto no art.º 1084.º n.º 2 CC, mas deve aplicar-se também à resolução judicial, pois, determina o momento em que opera a inexigibilidade. Secundando, mais uma vez, GRAVATO MORAIS “Ao instaurar a ação de despejo após esse período, o senhorio garante, imediata e automaticamente, a inexigibilidade na manutenção do contrato⁵⁰.” Assim, não se atende à gravidade ou às consequências do incumprimento do arrendatário, mas tão somente à inexigibilidade que é desde logo, fixada.

Resulta do art.º 1048.º, n.º 1 CC que o locatário pode fazer caducar o direito de resolução. Para esse efeito, tem de pagar as rendas em atraso e a indemnização correspondente até ao termo do prazo que tem para contestar a ação declarativa. Só o pode fazer uma vez (art.º 1048.º, n.º 2 CC). Através deste art.º 1048.º, n.º 1

⁴⁸ Cfr. GEMAS, Laurinda, PEDROSO, Albertina e JORGE, João Caldeira. *Arrendamento Urbano*. 3ª edição. Lisboa, 2009, pp. 408 ss.

⁴⁹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto [em linha], de 26-03-2019, (proc. n.º 1208/17.5T8MTS.P1), relatado pela Desembargadora Ana Lucinda Cabral [consulta 31/03/2021]. Disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁰ Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato. *Falta de pagamento da renda...*, cit., p. 172.

CC conseguimos deduzir a possibilidade de recurso à via judicial, sustentando a admissibilidade da ação judicial⁵¹.

6 - Falta de pagamento reiterado da renda

O art.º 1083.º, n.º 4 CC, NRAU, concretiza o conceito indeterminado de “inexigibilidade de manutenção do arrendamento”, fundada na falta de pagamento da renda. Vejamos: “É ainda inexigível ao senhorio a manutenção do arrendamento no caso de o arrendatário se constituir em mora superior a oito dias, no pagamento da renda, por mais de quatro vezes, seguidas ou interpoladas, num período de 12 meses, com referência a cada contrato, não sendo aplicável o disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo seguinte.”

Trata-se de um preceito legal inovador⁵², tendo de ser interpretado com o máximo de cuidado, pelo que neste trabalho se torna necessária a distinção desta norma ao referido art.º 1083, n.º 3.

A norma tem os seguintes requisitos:

- Deve existir mora relevante no pagamento da renda, isto é, superior a 8 dias.
- A mora relevante deve ocorrer pelo menos 5 vezes ou mais (seguidas ou interpoladas).
- O período compreendido é de 12 meses.
- Tem-se em atenção a referência a cada contrato.

⁵¹ Tal é sustentado por MORAIS, Fernando de Gravato. *Falta de pagamento da renda...*, cit., p. 164.

⁵² PEDROSO, Albertina Maria Gomes - *A resolução do contrato de arrendamento no novo e novíssimo regime do arrendamento urbano*. Julgar, n.º 19, 2013, p. 53.

Nas palavras de GRAVATO MORAIS “deve dizer-se que apenas relevar o incumprimento temporário reiterado quando ele se aproxima dos 60% num ano é uma medida pouco arrojada.”⁵³

Já ficamos a conhecer o regime regra do art.º 1083.º, n.º 3 CC. Podemos afirmar que ele é semelhante neste n.º 4, embora tenha algumas diferenças. Começemos pelo que é idêntico⁵⁴:

- Resolução por comunicação, pelo exposto no art.º 1084.º, n.º 2 CC.
- É aplicável o art.º 9.º, n.º 7 NRAU que diz respeito às possíveis vias de comunicação.
- Se se preencherem os requisitos do art.º 15.º, n.º 2, al. e) NRAU há lugar ao procedimento especial de despejo.

Vejamos agora, as diferenças:

- O art.º 1041.º, n.º 1 CC remete para o art.º 1048.º, n.º 3 CC. Não se aplica, pela razão de que foi clara a intenção do legislador sancionar esse atraso sistemático com a resolução do contrato⁵⁵.
- O inquilino não pode por fim à mora, não aplicamos o art.º 1084.º, n.º 3 CC⁵⁶.
- Por não se aplicar o art.º 1084.º, n.º 3, também não se aplicará o art.º 1084.º, n.º 4 CC⁵⁷.

⁵³ A opinião do autor consta da obra já citada MORAIS, Fernando de Gravato. *Direito Comercial...*, cit., p. 130.

⁵⁴ Cfr. MORAIS, Fernando de Gravato. *Direito Comercial...*, cit., p. 131.

⁵⁵ Tal é sustentado por Menezes Leitão na obra já citada, p. 135 e 136.

⁵⁶ Cfr. MORAIS, Fernando de Gravato. *Direito Comercial...*, cit., p. 131.

⁵⁷ Cfr. MORAIS, Fernando de Gravato. *Direito Comercial...*, cit., p. 131.

7 - Efeitos da resolução do arrendamento

O art.º 1081.º CC consagra que “a cessação do contrato torna imediatamente exigível, a desocupação do locado e a sua entrega”, exceto “se outro for o momento legalmente fixado ou acordado pelas partes.” “A desocupação do locado é exigível após o decurso de um mês a contar da resolução se outro prazo não for judicialmente fixado ou acordado pelas partes.” (art.º 1087.º, n.º 1 CC).

A resolução não tem efeitos retroativos, uma vez que conforme explicita MENEZES LEITÃO “o gozo do prédio pelo arrendatário não pode ser retroativamente apagado, não se justificando, por isso, que o senhorio não receba as rendas correspondentes a esse gozo.”⁵⁸

Conclusão

O trabalho apresentado incidiu sobre o arrendamento mercantil, mais propriamente, numa abordagem em torno da resolução do contrato pelo senhorio, por falta de pagamento da renda.

Ora, a obrigação de pagar a renda constitui o dever principal do arrendatário e o seu não cumprimento acarreta consequências, caracterizando-o como um “sinalagma contratual, na medida em que se contrapõe à obrigação fundamental, imposta ao locador, de proporcionar o gozo da coisa ao locatário”⁵⁹.

A figura jurídica da resolução conduz à extinção do contrato, sendo certo que o incumprimento deve revestir gravidade e ter consequências que concretizem uma inexigibilidade de manutenção do arrendamento⁶⁰. MARIA OLINDA GARCIA revela

⁵⁸ Neste sentido, LEITÃO, Luís Menezes. *Arrendamento Urbano...*, cit., p.149.

⁵⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto [em linha], 2ª secção, de 11-04-2019 (processo n.º 2334/16.3T8PRT.P1), relatado pelo Desembargador Rodrigues Pires [consulta 20/11/2019]. Disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁰ O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra [em linha], de 12-03-2019 (processo n.º 1047/15.8T8LMG.C1), relatado pela Desembargadora Maria Catarina Gonçalves [consulta 31/03/2021] aponta que o requisito geral de inexigibilidade de manutenção do arrendamento tem de estar associado a uma das previsões do art.º 1083.º, n.º 2 do CC, para que se torne executível a

que as hipóteses do art.º 1083.º, n.º 2 CC são exemplificativas, não sendo aplicáveis automaticamente, pois, necessitam de preencher as exigências mencionadas⁶¹. Em algumas situações, a lei presume a gravidade e consequências da relação, é o caso dos arts. 1083.º, n.º 3 e n.º 4 CC.

Estando o arrendatário em mora, o senhorio tem duas possibilidades de reação: a extinção do contrato por via resolutiva ou a sua manutenção com penalizações indemnizatórias. No texto deste artigo, expusemos como a resolução pode assumir natureza extrajudicial ou judicial e é um facto que o senhorio recorre na maioria das vezes, judicialmente. A extinção do contrato traduz-se num prejuízo maior para o arrendatário do que para o senhorio, uma vez que apenas deixa de receber as rendas. A perda do gozo do imóvel por parte do inquilino, poderá causar-lhe prejuízos económicos (no caso de estabelecimento comercial arrendado), como também danos não patrimoniais⁶².

Uma vez resolvido o contrato resta ao inquilino desocupar o locado e entregá-lo. A resolução não tem efeitos retroativos, mas pode suceder que o senhorio não chegue a entregar o prédio ao inquilino. Nestas circunstâncias, este pode resolver o contrato por incumprimento, requerendo a restituição das rendas que pagou de forma antecipada⁶³.

resolução do contrato pelo senhorio. No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora [em linha], de 02-05-2019 (processo n.º 218/18.0T8ODM.E1), relatado pela Desembargadora Albertina Pedroso [consulta 31/03/2021]. Ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶¹ GARCIA, Maria Olinda. *Arrendamentos para Comércio e fins equiparados*. Coimbra Editora, 2006, p. 206 e 207.

⁶² Cfr. GARCIA, Maria Olinda. *Arrendamentos para Comércio e fins equiparados...* cit., 206.

⁶³ TELLES, Inocêncio Galvão, apud LEITÃO, Menezes. *Arrendamento Urbano...*, cit., p. 149.

Bibliografia

CASTELO, José - *Arrendamento* (Direitos e Deveres dos Cidadãos). 2.^a edição. Coimbra: Almedina, 2012.

COLAÇO, Amadeu. *Reforma do Novo Regime do Arrendamento Urbano*. 8.^a edição. Coimbra: Almedina, 2016.

FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto - *Manual do Arrendamento Urbano*. Coimbra: Almedina, 2001.

FURTADO, Jorge Pinto - *Comentário ao Regime do Arrendamento Urbano*. Coimbra: Almedina, 2019.

GARCIA, Maria Olinda. *Arrendamentos para Comércio e fins equiparados*. Coimbra Editora, 2006.

GEMAS, Laurinda, PEDROSO, Albertina e JORGE, João Caldeira. *Arrendamento Urbano*. 3.^a edição. Lisboa, 2009.

LEITÃO, Luís Menezes. *Arrendamento Urbano*. 8.^a edição. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7070-4.

MAGALHÃES, David - *A Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MARTINEZ, Romano - *Direito das Obrigações*. Parte especial - contratos. 2.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2007.

MORAIS, Fernando de Gravato. *Direito Comercial*. 3.^a edição. Braga: AEDUM, 2017. vol. 1.

MORAIS, Fernando de Gravato. *Falta de pagamento da renda no arrendamento urbano*. Coimbra: Almedina, 2010.

MORAIS, Fernando de Gravato. *Novo Regime do Arrendamento Comercial*. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, 2011.

PEDROSO, Albertina Maria Gomes - *A resolução do contrato de arrendamento no novo e novíssimo regime do arrendamento urbano*. Julgar, n.º 19, 2013

ROCHA, António Soares da - *O essencial sobre o arrendamento urbano*. Porto: Vida Económica, 2014.

ROCHA, António Soares da - *Manual do Regime Jurídico do Arrendamento - A narrativa, o pragmatismo, a ciência e o pleito no arrendamento*. Porto: Vida Económica, 2019.

SEIA, Jorge Aragão - *Arrendamento Urbano*. 7.^a Edição. Rev. e Act. Coimbra: Almedina, 2003.

A Locação Financeira de Bens de Consumo

Joana Catarina da Cunha Lobo ^(*)

Licenciada em Solicitadoria

Mestranda em Solicitadoria

RESUMO: O contrato de locação financeira é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados.

O presente estudo indaga sobre o que é a locação financeira, os sujeitos jurídicos desta relação jurídica, as etapas do respetivo contrato e, mais profundamente, analisa alguns aspetos que escolhemos dar ênfase, como sendo a responsabilidade do locador pelos vícios da coisa locada

PALAVRAS-CHAVE: locação financeira; sujeitos do contrato, posição jurídica do locador e locatário; a responsabilidade do locador pelos vícios da coisa

^(*) Licenciada em Solicitadoria pela Escola Superior de Tecnologia e Gestão (2019). Mestranda em Solicitadoria pela Escola Superior de Tecnologia e Gestão. O presente texto teve por base a investigação jurídica no âmbito da unidade curricular Contratos I que teve por objeto os Contratos Comerciais.

1. O que é a locação financeira?

O contrato de locação financeira é regulado pelo Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de junho, que alterou o regime jurídico do contrato de locação financeira, sendo que, aos aspetos que não se encontram regulados nesta legislação, serão aplicadas as normas do Código Civil sobre os contratos em geral (art.º 405º e ss. Código Civil, doravante CC) e, por analogia, as normas que regulam o contrato de locação simples (art.º 1022º e ss. CC).¹

Segundo o art.º 1º do DL n.º 149/95, de 24 de junho este “*é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados.*”

Deste artigo podemos extrair as características essenciais do contrato de locação financeira: 1) a cedência temporária do gozo de uma coisa pelo locador; 2) a aquisição ou construção dessa coisa por indicação do locatário; 3) a retribuição correspondente; 4) a possibilidade de compra por parte do locatário; 5) o estabelecimento do prazo convencionado; e por último, 6) a determinação ou determinabilidade do preço de cedência, nos termos fixados no contrato.²

1.1. Sujeitos do contrato de locação financeira

Nesta relação contratual temos, claramente, dois sujeitos principais: o locador e locatário financeiro.

Quanto ao locador, estabelece o art.º 4º do DL n.º 75/95, que regula as sociedades de locação financeira, que “*para além dos bancos, só as sociedades de locação financeira podem celebrar, de forma habitual, na qualidade de locador,*

¹ REIS, Raquel Tavares dos (2002). *O contrato de locação financeira no direito português: elementos essenciais*, p. 116.

² ANTUNES, Cátia Daniela Machado (2012). *Contrato de locação financeira e contrato de empreitada: cumprimento defeituoso*, p. 3.

contratos de locação financeira”. Então, até 2002, estas eram as únicas instituições que podiam celebrar contratos de locação financeira na posição de locador. No entanto, através do DL 186/2002, de 21 de agosto, criaram-se as Instituições Financeiras de Crédito (IFIC). Preceitua o art.º 1º do diploma mencionado que “*as instituições financeiras de crédito (...) são instituições de crédito que têm por objeto a prática das operações permitidas aos bancos, com exceção da recepção de depósitos*”. Depreende-se, então, que também estas podem celebrar contratos de locação financeira. Concluímos assim que, atualmente, as entidades que têm permissão para celebrar este tipo de contratos são os bancos, as sociedades de locação financeira e, finalmente, as instituições financeiras de crédito.

Já o locatário pode ser qualquer pessoa, seja ela singular ou coletiva, com capacidade de gozo e exercícios de direitos.³

No entanto, temos a intervenção de um terceiro: o fornecedor do bem a ser locado, que não participa no contrato.⁴ O fornecedor será, em regra, uma empresa cuja atividade comporta a venda ou produção de bens.⁵

Deste modo, concluímos que temos presentes três relações: a relação locador-locatário; relação fornecedor-locatário; e relação locador-fornecedor.⁶

1.2. O contrato de locação financeira

Importa, agora, desenhar o esquema de um contrato de locação financeira de modo a percebermos esta relação triangular. Em primeiro lugar, o interessado na locação financeira – locatário – dirige-se a um fornecedor para escolher a coisa e irá fazê-lo consoante as suas necessidades. É de notar que, por vezes, a instituição

³ MORAIS, Fernando de Gravato - *Manual de Locação Financeira*. 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 76-81.

⁴ TRAMONTINI, Pierre (2013). *A locação financeira e os aspetos jurídicos do valor residual*, p. 20.

⁵ MORAIS, Fernando de Gravato - *Manual de Locação Financeira*. 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011, p. 82.

⁶ ANTUNES, Cátia Daniela Machado (2012). *Contrato de locação financeira e contrato de empreitada: cumprimento defeituoso*, p. 3.

de crédito pode impor certos critérios para a escolha do bem, pois, convém ser algo “*standard*” para que, no caso de no fim do contrato o locatário não escolher comprá-lo, o locador financeiro tenha facilidade em vender o bem, e também pode impor certos limites de preço, atendendo à situação financeira do locatário.⁷ O próximo passo será dirigir-se à instituição de crédito – locador – e preencher uma “proposta de contrato de locação financeira”, que foi previamente elaborado por esta. Uma vez que as cláusulas são pré-redigidas, considera-se que ao contrato de locação financeira pode ser aplicado o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (CCG - DL n.º 446/85, 25 de outubro)⁸. A título de exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, no processo n.º 2477/10.7YXLSB.L1-2 declarou nulas uma série de cláusulas contratuais gerais insertas no contrato de adesão denominado “Contrato de Locação Financeira Mobiliária – Condições Gerais (crédito ao consumo)”, elaborado pela instituição financeira “*Deutsche Bank Aktiengesellschaft – Sucursal em Portugal*” e que tem por objeto, a locação financeira mobiliária, sendo uma delas a seguinte “O Locatário é responsável por todas as despesas, encargos, taxas e impostos resultantes da celebração e execução do presente Contrato, incluindo, sem limitação, as despesas de formalização contratual resultantes da celebração deste contrato”. Esta cláusula foi declarada nula por violar o princípio da boa-fé, estabelecido no art.º 15º CCG. Sobre este assunto, escreve Diogo Leite de Campos que “*O locador deve suportar todos os encargos ligados ao contrato de locação e ao bem locado, nomeadamente, impostos, taxas e outros encargos inerentes à celebração do contrato...*”.

Depois disto, se a instituição aprovar a proposta, o texto do contrato é enviado ao locatário e por este assinado. Estando o negócio concluído, o locador financeiro adquire/constrói a coisa. O bem será, depois, entregue pelo fornecedor ao locatário e, durante o período de tempo acordado, o utilizador goza do objeto.

⁷ CAMPOS, Diogo Leite de – *A Locação Financeira*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2012, pp. 92-93.

⁸ REIS, Raquel Tavares dos (2002). *O contrato de locação financeira no direito português: elementos essenciais*, pp. 116-117.

⁹ TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA – Processo n.º2477/10.7YXLSB.L1-2, de 20 de fevereiro de 2014. Relator Sousa Pinto.

Como já vimos, no termo do prazo contratual o locatário pode optar pela restituição da coisa ao locador ou pela sua aquisição.¹⁰

1.3. Posição jurídica do locador e locatário financeiro

De seguida, cumpre-nos dissertar acerca da posição jurídica do locador e do locatário financeiro, ou seja, as obrigações que a sua posição enquanto tal acarreta. A posição jurídica do locador e do locatário vem prevista nos arts. 9º e 10º do DL n.º 149/95, de 24 de junho, respetivamente, sendo que as mais relevantes são o dever/obrigação de ceder o gozo da coisa pelo locador (art.º 9º, n.º1, al. b) do diploma mencionado) e o dever/obrigação de pagar as rendas por parte do locatário (art.º 10º, n.º1, al. a)). Para além das obrigações mencionadas no n.º1 de ambos os artigos, acrescenta o n.º2 que são também aplicados os direitos e deveres gerais previsto no regime da locação quando não se mostrem incompatíveis com a locação financeira. Por último, o n.º 2 dos arts. 9º e 10º integram, ainda, um conjunto de direitos especiais para o locador e para o locatário.

2. Locação financeira de bens de consumo

São conhecidas várias modalidades de locação financeira distintas entre si e com as suas particularidades. A locação financeira para consumo é uma das muitas modalidades.

Quando um bem é dado em locação financeira a um consumidor (que age como o locatário na relação contratual) estamos, obviamente, perante um contrato de locação financeira para consumo. O consumidor será, então, uma pessoa física que atua com objetivos estranhos à sua atividade profissional, que, basicamente, é o contrário do que acontece na locação financeira empresarial. Então, a principal

¹⁰ MORAIS, Fernando de Gravato- *Manual de Locação Financeira*. 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 35-36.

distinção entre estes dois tipos de locação financeira é o critério da finalidade de utilização da coisa.

Precedentemente ao DL n.º 359/91, de 21 de setembro não era permitido realizar este tipo de contratos com consumidores, no entanto, com a entrada em vigor deste diploma, que estabeleceu normas relativas ao crédito ao consumo e transpôs para a ordem jurídica interna as Diretivas n.ºs 87/102/CEE, de 22 de dezembro de 1986 e 90/88/CEE, de 22 de fevereiro de 1990, esta limitação foi ultrapassada. Em 2009, este diploma foi revogado pelo DL n.º 133/2009, de 2 de junho (transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2008/48/CEE, do Parlamento e do Conselho, de 23 de abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores) e o seu art.º 2º, n.º1, al. d) determina que “*o presente decreto-lei não é aplicável aos contratos de locação de bens móveis de consumo duradouro que não prevejam o direito ou obrigação de compra de coisa locada, seja no próprio contrato, seja em contrato separado*”.

Concluimos, assim, que a locação financeira para consumo é permitida, só podem ser locados bens móveis e que não estejam relacionados com a atividade profissional do consumidor/locatário financeiro.¹¹

2.1. A locação financeira de bens de consumo na jurisprudência portuguesa: a responsabilidade do locador pelos vícios da coisa

No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 1473/11.1YXLSB.L1-2, que tem como relator Ondina Carmo Alves, discute-se a responsabilidade do locador pelos vícios da coisa no contrato de locação financeira que teve por objeto a venda do veículo automóvel.

A, autor, intentou contra Instituição Financeira de Crédito, S.A. e Veículos e Peças, S.A. ação declarativa de condenação através da qual pede a resolução do contrato de locação financeira celebrado com a 1ª ré e a restituição da quantia de

¹¹ MORAIS, Fernando de Gravato- *Manual de Locação Financeira*. 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 51-53.

6.023,14€ ou, caso essa pretensão não seja atendível, a condenação das rés a entregarem-lhe uma viatura automóvel da mesma marca e modelo.

O autor fundamentou que celebrou com a 1ª ré, na qualidade de locadora, um contrato de locação financeira, no qual foi fornecedora a 2ª ré. O veículo teve uma série de avarias seguidas que foram sempre solucionadas sem qualquer custo por parte do A, uma vez que foram suportadas ao abrigo da garantia. O autor, depois de mais uma avaria, entregou o veículo à 2ª ré e interpelou a 1ª ré a resolver o contrato e a exigir que lhe fossem restituídas as prestações vencidas e pagas, mas esta nada fez. O autor quis resolver o contrato, pois, o veículo não se encontrava em conformidade com o contrato, que previa a possibilidade de o autor usufruir e, posteriormente, poder comprar o veículo, sendo a resolução a única solução ou, eventualmente, o veículo ser substituído por um novo.

A principal questão a resolver é quem responde pelos vícios do bem locado: o locador ou o fornecedor?

Citadas, as rés apresentaram contestação. A ré Instituição Financeira de Crédito, S.A. invocou, principalmente, que não teve qualquer intervenção na escolha do bem locado e daí que todos e quaisquer direitos do autor derivadas da alegada desconformidade do bem devem ser exercidos diretamente pelo mesmo junto do fornecedor por si escolhido, nos termos dos arts. 12º e 13º do DL n.º 149/95, de 24 de junho (“*O locador não responde pelos vícios do bem locado ou pela sua inadequação face aos fins do contrato...*”).

A 2ª ré alegou que o veículo em causa foi assistido na sua oficina, tendo os problemas apresentados ficado resolvidos e definitivamente solucionados, sem que as avarias tivessem qualquer conexão entre si.

A decisão da Primeira Instância foi julgar a ação totalmente improcedente e, em consequência, absolver os réus do pedido e declararam também resolvido o contrato de locação financeira celebrado.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação. O tribunal da relação de Lisboa julgaram improcedente o recurso, mantendo a decisão recorrida com o seguinte fundamento: como vimos anteriormente, o art.º 12º do DL n.º 149/95,

dispõe que o locador não responde pelos vícios do bem locado, encontrando-se, por isso, à margem de qualquer conflito relativo a um defeito na coisa locada e, por isso, este deve ser dirimido entre o vendedor e o locatário financeiro. Poderá, pois, o locatário exigir junto do vendedor a reparação da coisa ou, se for necessário e esta tiver natureza fungível, a sua substituição.¹²

Também na doutrina portuguesa este é o entendimento que prevalece: Fernando de Gravato Morais declara que “*não podem restar dúvidas quanto à isenção ope legis da responsabilidade do locador financeiro*”¹³; Diogo Leite de Campos também afirma a isenção do locador de “*qualquer responsabilidade*”, atendendo ao facto de ter sido “*o locatário a escolher o bem, tendo o locador um papel meramente financeiro*”¹⁴. Também Calvão da Silva segue este mesmo raciocínio e entende que, como o locador tem uma função de “*intermediário financeiro*” e que foi o locatário que escolheu o bem locado, o locador não tem qualquer responsabilidade.¹⁵

Chega-se, então, à conclusão que o locador não tem qualquer responsabilidade pelos vícios do bem locado nem pela desconformidade da coisa.

Conclusão

Chegados aqui, as conclusões que podemos tirar com a finalização deste trabalho são: embora o fornecedor não seja um sujeito principal no contrato de locação financeira, é uma figura bastante importante e comporta relações com os restantes sujeitos; quanto à locação financeira de bens de consumo, concluímos

¹² TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA – Processo n.º 1473/11.1YXLSB.L1-2, de 17 de dezembro de 2015. Relator Ondina Carmo Alves.

¹³ MORAIS, Fernando de Gravato- *Manual de Locação Financeira*. 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 186-187.

¹⁴ CAMPOS, Diogo Leite de – *A Locação Financeira*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2012, pp. 104-105.

¹⁵ CALVÃO, João da Silva – *Locação Financeira e Garantia Bancária, Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*. Coimbra, Almedina, 1999, p. 23.

que esta é permitida, só pode ter como objeto bens móveis e que não estejam relacionados com a atividade principal do consumidor, que aqui age como locatário financeiro. Por último, com a análise de doutrina e jurisprudência, chegamos à conclusão que o locador está exonerado das responsabilidades pelos vícios do bem locado que este, eventualmente, venha a ter.

Finalizámos com a ambição de ter contribuído, de alguma forma, para um melhor entendimento do que é a locação financeira.

Bibliografia

ANTUNES, Cátia Daniela Machado (2012). *Contrato de locação financeira e contrato de empreitada: cumprimento defeituoso*. Disponível online em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/20676/1/C%c3%a1tia%20Daniela%20Machado%20Antunes.pdf>.

CALVÃO, João da Silva (1999). *Locação Financeira e Garantia Bancária, Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*. Coimbra, Almedina.

CAMPOS, Diogo Leite de (2012). *A Locação Financeira*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

MORAIS, Fernando de Gravato (2011). *Manual de Locação Financeira*. 2ª Edição, Coimbra, Almedina.

REIS, Raquel Tavares dos (2002). *O contrato de locação financeira no direito português: elementos essenciais*. Disponível online em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8981/1/gestaodesenvolvimento11_113.pdf.

TRAMONTINI, Pierre (2013). *A locação financeira e os aspetos jurídicos do valor residual*. <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/69943/2/24888.pdf>.

Legislação

Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de junho – Regime Jurídico do Contrato de Locação Financeira.

Decreto-Lei n.º 47344 – Código Civil.

Decreto-Lei n.º 72/95 – Regula as sociedades de locação financeira.

Decreto-Lei n.º 186/2002, de 21 de agosto – Cria as instituições financeiras de crédito.

Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro – Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais.

Decreto-Lei n.º 133/2009, de 21 de junho – Transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2008/48/CE, do Parlamento e do Conselho, de 23 de Abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores

Jurisprudência

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA – Processo n.º 2477/10.7YXLSB.L1-2, de 20 de fevereiro de 2014. Relator Sousa Pinto. Disponível *online* em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/61a2d98f29ac9b6580257c94004d7e65?OpenDocument>.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA – Processo n.º 1473/11.1YXLSB.L1-2, de 17 de dezembro de 2015. Relator Ondina Carmo Alves. Disponível *online* em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/b69643d27d3417ab80257f55003b1504?OpenDocument>.

A relação das normas de processo civil com os princípios de processo penal

David Emanuel da Silva Cameira^(*)

Jurista

Mediador de Conflitos

Nesta breve reflexão abordaremos 3 pontos que, a nosso ver, têm relevância, na abordagem da relação das normas de processo civil com os princípios de processo penal: *(i)* a história; *(ii)* périplo pelo direito comparado; *(iii)* o artigo 4.º, do Código de Processo Penal “*a la carte*”.

Historicamente

Já o Código de Processo Penal, de 1929, tratava do mesmo assunto. Porém, o anterior Código Processo Penal falava em regras do processo civil e não em normas (logo, atualmente, se tem uma abordagem mais ampla, dado que, como ensina a dogmática dos tratadistas, as regras são as formas pelas quais se faz a aplicação da norma jurídica em causa).

Mesmo na vigência do C.P.P. de 1929 já a doutrina era unânime em afirmar a aparente semelhança entre o Processo Civil e o Processo Penal. Assim entendiam Luís Osório, Cavaleiro de Ferreira, Figueiredo Dias.

^(*)Este trabalho resulta de apontamentos realizados pelo autor, enquanto aluno do 4.º ano do curso de Direito da UAL Luís de Camões, para a prova oral de Direito Processual Penal, tendo por regente Dr. Rodrigo Santiago, advogado penalista de Coimbra e formador da Ordem dos Advogados. A legislação penal, nesta matéria, não sofreu alteração.

O Professor Eduardo Correia entendia que o Processo Civil era um direito subsidiário do Processo Criminal / Penal (aqui podemos levantar objeções, pois já nesta altura se ensinava que um mundo jurídico era o do direito Público e outro diverso o do direito Privado. Porém, mais recentemente tem-se verificado a fuga para o direito privado do direito público administrativo).

Porém, quem mais aclara esta questão é o Prof. Castanheira Neves que, no que concerne à interação das regras do Processo Civil com os princípios do Processo Penal, atribuía aos princípios do Processo Penal uma dupla função, negativa e positiva: a função negativa, consiste precisamente no controle do recurso ao Processo Civil; a função positiva ou integradora competindo aqui aos princípios do Processo Penal a concretização de um juízo prévio de conformidade entre as “regras” do Processo Civil e os fins próprios do Processo Penal.

Périplo pelo direito comparado

Neste périplo, vemos que só o Código de Processo Penal Brasileiro, no seu artigo 3º, contém uma norma similar ao artigo 4.º do C.P.P. de 1987. Porém a aludida similitude é, na realidade, muito parca, por duas razões: (a) no código Brasileiro não se alude ao Processo Civil; (b) no código Brasileiro a integração das lacunas far-se-á com o “suplemento aos princípios gerais de direito genericamente considerados”.

O art.º 4.º do Código Processual Penal de 1987 “a la carte”

Embora, na praxis, a jurisprudência faça apelo massivo e acrítico às normas de Processo Civil, sem atentar à teleologia própria do Processo Penalque este inciso legal do Código Processo de 1987 procurou incutir, precisamente, na prática judiciária.

O que é certo é que tanto a Jurisprudência superior (por exemplo, Acórdãos do STJ demaio de 1989 e de dezembro de 1990), como alguma doutrina (em especial, Rui Sá Gomes, Costa Andrade e Figueiredo Dias), são unânicos em

aduzir que o art.º 4º do C.P.P. de 1987 exige um duplo juízo de adequação da norma do processo civil aos princípios gerais do processo penal. Temos assim:

Por um lado, um juízo negativo ou de controlo da aplicação da norma do processo civil que se harmoniza com os princípios do Processo penal. Devendo ser rejeitada a norma do processo civil que ofenda qualquer um dos princípios gerais do processo penal.

Por outro lado, um juízo positivo ou diretamente integrador das normas do Processo Civil que se harmonizam com o Processo Penal.

Este é igualmente o ensino do Dr. Rodrigo Santiago, nas aulas da Cadeira de Processo Penal do curso Jurídico da UAL – Luís de Camões. O ensino do Dr. Rodrigo Santiago mantém a sua relevância face à revisão do CPP 87, uma vez que os projetos em nada alteraram o escopo da norma do art.º 4º, ora vigente.

Conclusões

Quais as conclusões que podem extrair-se?

Em primeiro lugar, nos artigos 283º, nº3 e 311º n.ºs 1 e 2 do C.P.P., o juiz não pode sindicatizar a acusação do Ministério Público. O M.P. é que tem de saber como acusar; nisso consiste o princípio do acusatório.

Depois, que o Assento do S.T.J., de 1-2-1963, não se aplica ao processo penal, porque neste as decisões judiciais devem ser sempre fundamentadas, *ex vi*do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

Além disso, em processo penal — no n.º2, do art.º 311º — o juiz não pode conhecer do mérito da causa, por isso não pode absolver da instância.

Conclui-se também que a Magistratura, em determinadas situações, pode apenas declarar a prescrição do procedimento criminal, com o consequente arquivamento do processo, e não promover a absolvição do arguido.

Por último, conluo que — de acordo com o ensino do Dr. Rodrigo Santiago — no processo penal, segundo parece, é muito mais rara e por vezes mesmo não existe, a inutilidade superveniente da lide, conhecido instituto do processo civil.

DAVID CAMEIRA

O princípio da separação de poderes: onde está o poder judicial?

(Breves notas)

Naldemar M. Lourenço

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra

Magistrado do Ministério Público (Angola)

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de Angola consagra no seu artigo 105.º, quais os órgãos de soberania, e estabelece como principal regra aplicável a estes órgãos o respeito pelo princípio da separação de poderes e interdependência de funções.

Ao olharmos para esta realidade, ocorrem-nos várias perguntas. Será que a separação e interdependência de funções estabelecidas na Constituição são justas? Existe um equilíbrio ou desequilíbrio entre os poderes? Existe respeito pelo princípio da separação de poderes e interdependência de funções? Onde está o poder judicial?

Na pequena análise que se segue, dividimos a nossa doutrina em pequenos temas. Abordaremos em primeiro lugar o tema referente ao princípio da separação de poderes, sua origem e conceito, trataremos em segundo lugar o desdobramento do princípio da separação de poderes em princípio da separação de poderes e interdependência de funções abordaremos e em terceiro lugar o enquadramento dessas matérias no ordenamento jurídico angolano, abordaremos em quarto lugar o tema sobre o desequilíbrio ou não dos poderes entre os órgãos de soberania, abordaremos em quinto lugar um Case Study, em ultimo lugar vamos apresentar uma solução de modos a que se superem as dificuldades

atinentes a materialização do princípio da separação de poderes e interdependência de funções.

1. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1. Origem / Conceito

A doutrina da separação de poderes tem origens¹ que remontam a Aristóteles, com a teoria da Constituição mista² e que passam pela *rule of law*³, pelos quatro poderes de John Locke⁴, em que existia a separação de poderes com supremacia do legislativo, pela teoria dos *checks and balances*⁵, pelos três poderes de Montesquieu⁶, pela separação orgânica-funcional apresentada por Rousseau⁷, passando depois pela *judicial review*⁸, até se chegar ao Estado de direito contemporâneo.

Os Estados de direito adicionaram, maioritariamente, um novo órgão, no que toca à separação de poderes: o Tribunal Constitucional. Nesse sentido, Javier

¹ Sobre as origens do princípio da separação de poder, ver também: MACHADO, Jonatas E. M., Costa, Paulo Nogueira da e HILÁRIO, Esteves Carlos – *Direito constitucional angolano*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 224-225. E ainda: FRANÇA, Adriano Bernardo de – *Separação dos poderes, parlamento e ativismo judicial: análise jurídico-constitucional sobre a relação entre o fenómeno do ativismo judicial e a atuação do parlamento na realidade brasileira: Dissertação de Mestrado da Universidade de Coimbra*. Coimbra, 2013, pp.14-40.

² PIÇARRA, Nuno – *Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 33-34.

³ Sobre o significado de The rule of law, ver: CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Edição. 14ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, pp 93-94.

⁴ Os quatro poderes eram: legislativo, executivo, federativo, prerrogativa, sobre os quatro poderes ver CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. cit.*, pp. 578-581. Cfr. PIÇARRA, Nuno, *op. cit.*, pp. 63-74.

⁵ PIÇARRA, Nuno, *op. cit.*, p. 83.

⁶ Legislativo, executivo, judicial. Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. cit.*, pp. 578-581. Cfr. também: PIÇARRA, Nuno, *op. cit.*, pp. 89-122.

⁷ Cfr. PIÇARRA, Nuno, *op. cit.*, pp. 125-139.

⁸ IDEM, *op. cit.*, p. 202.

Pérez Royo⁹ diz-nos que o Estado Constitucional, desde as suas origens até aos nossos dias, tem-se articulado em torno de uma divisão tripartida de poderes, divisão esta que introduziu uma nova instituição, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial: o Tribunal Constitucional.

O Estado Constitucional tem por base a ideia de que o poder não é exercido por um único órgão. A razão de ser do Estado Constitucional é instituir uma sociedade política de liberdade e, para tal, é preciso separar o poder, pois, estando ele separado, isso constituiria o travão de cada poder, representado num sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*)¹⁰.

O princípio da separação de poderes é tão importante na estrutura do Estado democrático que a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1798) o proclamou característica essencial e decisiva do conceito de Constituição¹¹.

2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E INTERDEPENDÊNCIA DE FUNÇÕES

2.1. Conceito

Desde o século XX que a ideia de controlo, fiscalização e coordenação recíprocos dos órgãos de soberania¹² de um Estado, tornou-se o centro de

⁹ PÉREZ ROYO, Javier – *Tribunal Constitucional y division de poderes*. In: Temas Clave de la Constitución Española. Madrid: Tecnos, 1988.

¹⁰ Cfr. WEBBA, Mihaela Neto – *Os poderes do presidente da república no sistema jurídico-constitucional e político angolano*. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 24. Sobre checks and balance, Cfr. VASCONCELOS, Pedro C. Bacelar de – *A separação dos poderes na constituição americana: Do veto legislativo ao executivo unitário: a crise regulatória*. In: Studia Jurídica, 4. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 29-35.

¹¹ Artigo 16º, Cfr. VIANA, Leilson Soares – *Interpretação constitucional e ativismo do poder judiciário: Os limites da interpretação criativa dos tribunais constitucionais*. Dissertação de mestrado. Coimbra, 2010, p. 75. Cfr. WEBBA, Mihaela Neto, *ibidem*.

¹² MIRANDA, Jorge – *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra Editora, 2002, p.322 “A vida internacional que se desenvolveu a partir do século XVI-XVII assentou num sistema de Estados que se declararam livres e iguais. E a soberania ou poder independente na ordem externa pretendeu

gravidade do princípio da separação de poder. Dentre os vários tipos de controlo dentro do Estado avultam os controlos jurisdicionais, quer da legalidade da administração, quer da constitucionalidade da legislação, evidenciando a ascensão nítida do poder judicial, *“tem-se mesmo considerado que os controlos de natureza jurídicos efetuados por um poder judicial independente, tendem a superar em importância, para efeitos da moderação e limitação do poder estadual, os controlos de natureza política entre os órgãos constitucionais de direcção política (parlamento e governo) o sistema de controlo jurídico constituirá o núcleo essencial do princípio da separação de poder no Estado de Direito contemporâneo”*. O controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis levanta, pois, delicados problemas de delimitação entre o poder legislativo e o poder judicial¹³, a validade da lei já não está em si própria, mas na sua conformidade ou compatibilidade com os objetivos e os princípios constitucionais. A sua dimensão muitas vezes marcadamente política faz com que a tutela dos princípios constitucionais e dos valores especificamente jurídicos, em geral não possa caber, em última instância ao legislador, mas aos tribunais (nomeadamente ao TC) os quais justamente nessa tarefa encontram o limite do seu poder, não estando de modo algum, *“legitimados a erigir-se em contra legisladores ou em substitutos do legislador, invadindo a ampla liberdade de conformação política deste, no quadro da constituição e usurpando o núcleo essencial da função legislativa”*¹⁴.

significar acesso a tal sistema ou comunidade de Estados, igualdade de todos, não subordinação a força ou as directrizes de nenhum Estado estrangeiro e, explícita ou implicitamente, aceitação de um conjunto de normas jurídicas – de um embrionário direito das gentes – regulador das relações entre todos esses Estados.”

¹³ Também vai nesse sentido PÉREZ ROYO, Javier. Op. Cit., p. 72, Benedita Urbano acha que as sentenças intermédias não respeitam o princípio da separação de poderes, através delas os juízes constitucionais, assumem funções de outros órgãos. Cfr. URBANO, Maria Benedita. Sentenças intermédias: para além de kelsen mas ainda a quem de uma nova teoria da separação dos poderes. In: Studia Iuridica nº 103: Estudos em homenagem J.J Gomes Canotilho: constituição e estado: entre teoria e dogmática, vol. 2, Coimbra.p.709 e ss.

¹⁴ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 258, 259, 260, 261

Javier Perez Royo¹⁵ nos diz que a relação legislador-TC constitui o ponto forte da justiça constitucional, sendo o lugar aonde mais dificuldades se apresentam, este autor acha que controlar os atos do Poder Legislativo é a única coisa que pertence à essência da justiça constitucional. A fiscalização Preventiva justamente por ser prévia, possibilita e quase convida o TC a invadir a esfera do Legislador, corrigir o Legislador e quase dar-lhe instruções para as suas atividades posteriores, podendo converter-se numa tentação dificilmente resistível. Certamente o TC Angolano não conseguiu resistir, Acórdão n.º 111/2010, processo n.º 152/2010.

Jónatas Machado, Paulo Nogueira e Esteves Hilario¹⁶ abordavam a questão do significado jurídico-constitucional do princípio da separação de poderes em Angola, nos deram a conhecer que, tendo em conta o hiperpresidencialismo da Constituição Angolana, visível nos poderes de nomeação, direção política e normação detidos pelo PR, esta realidade propicia a criação de disfunções sistemáticas, do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais e da salvaguarda da democracia e do Estado de direito, cabendo ao TC o desempenho de um importante papel, visto que o sucesso da sua função de controlo do poder político executivo e legislativo depende, da sua capacidade para sintonizar a sua jurisprudência com os princípios de direitos humanos, democracia e Estado de Direito.

Não obstante, o entendimento clássico do princípio da separação de poderes (a teoria de Montesquieu¹⁷), a realidade hoje vivida se mostra diferente em alguns

¹⁵ PÉREZ ROYO, Javier. Op. Cit., p. 74

¹⁶ MACHADO, Jonatas E. M. Op. Cit., p. 225, 226 sobre o hiperpresidencialismo veja-se em termos gerais WEBBA, Mihaela Neto. Op. Cit. Ou THOMASHAUSEN, André. *O desenvolvimento, contexto e apreço da constituição de Angola de 2010*. In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge Miranda. Vol. I- direito constitucional e justiça constitucional. p. 341-344

¹⁷ Sobre a clássica separação dos poderes de Montesquieu Cfr. RIBEIRO, Adolpho José. *As estruturas funcionais públicas e a atuação do poder judiciário: uma análise sobre as origens dos três poderes e os limites da justiça constitucional contemporânea*. Coimbra, 2012. Tese de mestrado da Universidade de Coimbra, p. 55 ss

estados, dada a complexidade do mundo contemporâneo, exige-se uma maior interdependência de funções entre os órgãos detentores dos poderes de soberania.

3. ORDENAMENTO JURÍDICO ANGOLANO

3.1. Origem

“O princípio da separação de poderes não tem forte tradição no ordenamento jurídico angolano, tendo aparecido pela primeira vez somente no ano de 1991, com a revisão constitucional efectuada neste ano. Esta situação talvez explique ou possa explicar o facto do seu desrespeito pelo titular do órgão de soberania unipessoal, cuja tradição sempre foi a da concentração total de poderes na sua figura”¹⁸.

3.2. Os poderes do Estado e sua evolução desde 1975

Como vimos supra no ponto 1.1. a divisão dos poderes ronda mais pela divisão tripartida, será que Angola, manteve a linha ou desviou dela? É o que nos propomos analisar em seguida.

Lei Constitucional de 1975

Encontramos a seguinte organização do poder do Estado:

1. Presidente da República, artigo 31.º e ss.
2. Assembleia do Povo, artigo 34.º.
3. Conselho da Revolução, artigo 35.º e ss.
4. Governo, artigos 39.º e ss.
5. Tribunais, artigos 44.º e 45.º
6. Comité Central do M.P.L.A

¹⁸ WEBBA, Mihaela Neto. Op. Cit., p. 27

Nessa Lei Constitucional, não existia uma ideia de separação de poderes, pelo contrário, existia a ideia de concentração do poder, nas mãos do M.P.L.A. falava-se de um poder supremo do Estado, que seria a Assembleia do Povo, que ainda não estava institucionalizada, que os seus poderes seriam exercidos pelo Conselho da Revolução, enquanto não se verificar a total libertação do território nacional e não estivessem preenchidos as condições para a instituição da Assembleia do Povo, artigos 34.º e 35.º, o Conselho da Revolução era constituído pelos membros do M.P.L.A, artigo 36.º.

O artigo 2.º foi capaz de dizer o seguinte: *“Toda a soberania reside no povo angolano. Ao M.P.L.A., seu legítimo representante... cabe a direcção política, económica e social da Nação.”*

Legítimo? Como? Foi eleito? E onde ficam as outras frentes? Enfim, continuemos.

Adicionamos o Comité Central do M.P.L.A. porque era ele o legislador constituinte em Angola, naquela altura, artigo 57.º.

Lei Constitucional de 1978

A Lei Constitucional da confusão, vejamos o artigo 1.º consagrava a República Popular de Angola como um Estado Democrático, o artigo 2.º dizia que toda a soberania reside no povo angolano. O M.P.L.A. como partido Marxista-Leninista, cabia-lhe a direcção política, económica e social do Estado, visando a construção de uma sociedade Socialista.

Encontramos a seguinte organização do poder do Estado:

1. Presidente da República, artigo 31.º e ss.
2. Assembleia do Povo, artigo 34.º.
3. Conselho da Revolução, artigo 35.º e ss.
4. Governo, artigos 40.º e ss.

5. Tribunais, artigos 44.º e 45.º

6. Comité Central do M.P.L.A

Como podemos verificar a organização do poder do estado manteve-se.

Lei Constitucional de 1980

Podemos apelidar como sendo a constituição que cria a oitava maravilha do mundo, o glorioso, magnífico, esplêndido **Princípio do Centralismo Democrático**, que vem tão sabiamente explanado nos artigos 31.º e 32.º.

Encontramos a seguinte organização do poder do Estado:

1. Presidente da República, artigo 52.º e ss.

2. Assembleia do Povo, artigo 37.º e ss

3. Governo, artigos 56.º e ss.

4. Tribunais, artigos 72.º

Assemelha-se aos quatro poderes de John Locke¹⁹, em que existia a separação de poderes com supremacia do legislativo, com a grande diferença de que aqui não existia separação alguma de poderes.

Vejamos, sai o Conselho da Revolução e é institucionalizado a Assembleia do Povo, órgão supremo do poder do Estado, que promove a realização dos objectivos da República Popular de Angola, definidos pelo M.P.L.A. artigo 37.º, como disse supra não existia separação alguma de poderes.

Lei Constitucional de 1991

Encontramos a seguinte organização do poder do Estado, segundo o artigo 40.º:

¹⁹ Os quatros poderes eram: legislativo, executivo, federativo, prerrogativa, sobre os quatro poderes ver CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. cit.*, pp. 578-581. Cfr. PIÇARRA, Nuno, *op. cit.*, pp. 63-74.

1. Presidente da República, artigo 46.º e ss.
2. Assembleia do Povo, artigo 50.º e ss.
3. Governo, artigo 64.º e ss.
4. Tribunais, artigo 80.º e ss.

Essa Lei Constitucional tem como marco a institucionalização do *Princípio da Separação e interdependência de funções dos órgãos de soberania, artigo 41.º c)*.

Lei Constitucional de 1992

Encontramos a mesma organização do poder do Estado existente na Lei Constitucional de 1991, conforme nos confirma o artigo 53.º. apenas a Assembleia do Povo mudou de designação passando para Assembleia Nacional.

Constituição de 2010

Encontramos a seguinte organização do poder do Estado, segundo o artigo 105.º:

1. Presidente da República, artigo 108.º e ss.
2. Assembleia Nacional, artigo 141.º e ss.
3. Tribunais, artigo 174.º e ss.

4. Sendo esta a actual organização do poder do Estado, que se traduzem, nos três poderes de Montesquieu²⁰ nomeadamente: legislativo, executivo, judicativo.

²⁰ Legislativo, executivo, judicativo. Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. cit.*, pp. 578-581. Cfr. também: PIÇARRA, Nuno, *op. cit.*, pp. 89-122.

3.3. Princípio da separação de poderes e interdependência de funções.

“O princípio da separação de poderes não tem forte tradição no ordenamento jurídico angolano, tendo aparecido pela primeira vez somente no ano de 1991, com a revisão constitucional efectuada neste ano. Esta situação talvez explique ou possa explicar o facto do seu desrespeito pelo titular do órgão de soberania unipessoal, cuja tradição sempre foi a da concentração total de poderes na sua figura”²¹.

A Lei Constitucional de 1991- Lei n.º 12/91, de 6 de Maio, tem como marco a institucionalização do Princípio da Separação e interdependência de funções dos órgãos de soberania, artigo 54.º c).

A Lei Constitucional de 1992- Lei n.º 23/92 de 16 de Setembro, mantém o Princípio da Separação e interdependência de funções dos órgãos de soberania, artigo 41.º c).

A Constituição de 2010, também mantém o mesmo princípio com uma significativa mudança fala claramente que o Princípio é o da Separação “de poderes” e interdependência de funções dos órgãos de soberania, plasmado ao longo da Constituição, nomeadamente no preâmbulo da Constituição, no artigo 2.º, no artigo 105.º n.º 3.

Olhando para o disposto no artigo 105.º n.º 3, que dispõe o seguinte: “Os órgãos de soberania devem respeitar a separação e interdependência de funções estabelecidas na Constituição.”

Apraz-nos dizer que: essa fórmula não é a mais acertada. Perguntemo-nos e se a “separação e interdependência de funções estabelecida na constituição” não ser respeitada? E se a constituição previr ingerências grosseiras nos outros órgãos, que nada têm a ver com separação de funções? Esse número desse artigo merece uma fiscalização abstrata sucessiva?

O que nos leva ao próximo ponto...

²¹ WEBBA, Mihaela Neto. Op. Cit., p. 27

4. O DESEQUILIBRIO DE PODERES ENTRE OS ORGÃOS DE SOBERANIA

“A cultura de: tudo ter que passar pelo chefe (Presidente), tem de acabar.”

Artigo 105.º n.º 3 – a separação e interdependência de funções estabelecida na constituição não é respeitada desde os primórdios do Estado Angolano, pois o judicial sempre esteve subjugado ao Presidente da República (MINJUSDH), respondemos assim uma das perguntas colocadas no ponto anterior.

Quadro que foi alterado recentemente, pois o Sr. Rui Ferreira, nas vestes de Presidente do Tribunal Supremo e Consequentemente Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial reunido com Francisco Queiroz nas vestes de Ministro da Justiça e dos Direitos Humanos, reconhecendo sobrejamente este desrespeito pelo princípio da separação de poderes, promoveram no dia 28 de Junho de 2019, uma cerimónia de passagem da gestão administrativa e financeira do Ministro da Justiça e dos Direitos Humanos para Conselho Superior da Magistratura Judicial. Finalmente vislumbra-se uma luz no fundo do túnel.

Apresentaremos alguns casos flagrantes de desequilíbrios de poder de um órgão de soberania em detrimento de outro (s).

Presidente da República (Poder Executivo):

1. O facto de o Presidente da República nomear o Juiz Presidente do Tribunal Constitucional e demais Juizes do referido Tribunal, artigo 119.º alínea e) da Constituição, consideramos como sendo um caso flagrante de desequilíbrio de poder, pois em momento nenhum nos vemos v.g. um Juiz a nomear um Governador ou Ministro, para não dizer o próprio Presidente da República, ademais no âmbito do direito administrativo, se nem pode condenar os membros do executivo, pois o direito administrativo é de mera anulação. O Presidente do Tribunal Constitucional só empossa o Presidente da República de modos a conferir legitimidade ao acto anterior que foi o da eleição, é nosso entendimento que nomear um Juiz Presidente é um exagero e uma aberração sem tamanho,

afinal o Juiz Presidente do Tribunal Constitucional não é um funcionário do Executivo para ser nomeado pelo Presidente da República, aliado ao facto de que um acto de nomeação tratar-se de acto discricionário, podemos considerar que o acto de nomeação é uma interferência directa do Poder Executivo no Poder Judicial, violando por conseguinte o Princípio da Separação de Poderes. Propomos sim que, o acto de empossar possa caber ao Presidente ou a Assembleia Nacional que não faria espécie alguma, ademais conferiria alguma legitimidade.

2. O facto de o Presidente da República nomear o Juiz Presidente do Tribunal Supremo o Juiz Vice-Presidente e os demais Juízes do referido Tribunal, artigo 119.º alínea f) da Constituição, aplicamos *mutatis mutandi* o que referimos no ponto 1.

3. O facto de o Presidente da República nomear o Juiz Presidente do Tribunal de Contas, o Juiz Vice-Presidente e os demais Juízes do referido Tribunal, artigo 119.º alínea g) da Constituição, aplicamos *mutatis mutandi* o que referimos no ponto 1.

4. O facto de o Presidente da República nomear o Juiz Presidente do Supremo Tribunal Militar, o Juiz Vice-Presidente e os demais Juízes do referido Tribunal, artigo 119.º alínea h) da Constituição, aplicamos *mutatis mutandi* o que referimos no ponto 1.

5. O facto de o Presidente da República nomear os membros do Conselho Superior da Magistratura Judicial, artigo 119.º alínea t) da Constituição, é nosso entendimento, que esse órgão poderia ser o órgão por excelência representativo de toda a classe de Juízes, ou seja, do Poder Judicial, enquanto órgão de Soberania, ver ponto 6, no índice.

6. A composição do Conselho da República, previsto no artigo 135.º, não é favorável para o princípio da separação e interdependência de funções, sabemos que o Conselho da República é um órgão de consulta do Presidente da República, o que implica que as opiniões têm de vir de órgãos, entes e membros vitais da sociedade, como por exemplo do poder Legislativo e Judicial.

Vamos nos prender ao facto de 10 cidadãos serem designados pelo Presidente da República, para fazer parte do Conselho da República pelo período correspondente a duração do mandato do mesmo. A Assembleia Nacional e o Tribunal não designam ninguém por quê? Portugal, tem a mesma figura com o nome de Conselho de Estado, então Conselho da Revolução, no artigo 142.º da Constituição da República Portuguesa, já é admitida a Assembleia da República eleger de entre os dez, cinco cidadãos. Angola precisa admitir essa possibilidade para por voga o Princípio da Separação e interdependência de funções entre os órgãos de soberania, não podendo existir qualquer temor, pois tratar-se-ia de um temor reverencial, pois os cidadãos eleitos, não seriam deputados nem juízes, mas pura e simplesmente simples cidadãos aqueles, aqueles do contrato social de que Roussou nos fala, se é que ainda se lembram...

7. Responsabilidade política prevista no artigo 139.º, a responsabilização não deveria ser feita pelo Presidente, se sim, então o Presidente da República tinha que responder perante a Assembleia Nacional, por uma questão de lógica, se eu autorizo gastar certa quantia em dinheiro é legítimo que eu queira saber se realmente está a ser dado o destino pretendido abinício, sem descurar aqui o papel do Tribunal de Contas, que intimida com multas!

Assembleia Nacional (Poder Legislativo):

1. O facto de a Assembleia Nacional eleger Juízes para o Tribunal Constitucional, bem como Juristas para o Conselho Superior da Magistratura Judicial, artigo 163.º alíneas a)²² e b) da Constituição, consideramos como sendo um caso flagrante de desequilíbrio de poder, pois em momento nenhum nos vemos v.g. um Juiz a nomear um Deputado, é nosso entendimento que eleger Juízes e Juristas é um exagero e uma aberração sem tamanho, trata-se de uma interferência directa do Poder Legislativo no Poder Judicial, violando por conseguinte o Princípio da Separação de Poderes. Propomos sim que, o acto de

²²Cfr. Artigo 180.º n.º 3 alínea b). da Constituição.

empossar possa caber ao Presidente ou a Assembleia Nacional que não faria espécie alguma, ademais conferiria alguma legitimidade.

2. A matéria de Reserva Absoluta de Competência Legislativa, prevista no artigo 164.º alínea h) da Constituição, consagra que sobre a *organização dos tribunais e estatutos dos magistrados judiciais é matéria reservada apenas ao poder legislativo, quando o assunto é legislar sobre essa matéria*. O que propomos é uma transferência desse poder para o Judicial. Que deixassem estas matérias para quem sente na pele as suas necessidades *in casu* o Tribunal, senão vamos acabar por criar modelos alheios a nossa realidade, modelos alienígenas, tal qual a nova lei sobre a orgânica dos Tribunais, totalmente desfasada da realidade angolana. O poder Legislativo bem que poderia criar *uma espécie de reserva relativa de competência legislativa*, que nem fez com o poder executivo, v.g. artigo 165.º, em vez disso ainda na senda do controlo (da violação do princípio da separação de poderes) a Assembleia Nacional, optou por dar apenas uma “*iniciativa legislativa*” artigo 167.º n.º2, que no fim das contas pode ser totalmente alterada ou chumbada pela Assembleia Nacional.

Todos os Tribunais (Poder Judicial):

A única interferência do poder Judicial nos outros poderes, e nem sabemos se podemos até mesmo chamar de interferência é: a Posse do Presidente da República, que entendemos ser insignificante, pois o Tribunal Constitucional só interfere de 5 em 5 anos, não tem poder decisório apenas cumpre formalidade, dando cumprimento a formalidade de um acto anterior que é a eleição o Tribunal aqui não tem nenhum poder decisório, pelo contrário tem um imperativo legal, uma obrigação decorrente da Constituição, é nosso entendimento que não vamos ou devemos classificar como um caso flagrante.

Parece que o judicial é o *playground* aonde todo o mundo (PR/AN) vão la brincar como e quanto quiserem. Todos vão la eleger, vejamos Assembleia Nacional, artigo 163.º a), b), Presidente da República artigo 119.º e), f, g, h, não vemos os Tribunais a irem eleger um Ministro, Vice-Ministro, Governadores,

Administradores ou Deputados, ademais o processo de contencioso administrativo é de mera anulação não podendo o tribunal condenar a administração a prática o acto devido, nem substituir a Administração Pública, na prática de um acto devido.²³

5. CASE STUDY

5.1. Case Study I – Presidente da República de Angola (Despacho Presidencial n.º 67/12 de 22 de Maio)

Precedentes: O Estado angolano encontrava-se em plena Terceira República. A aprovação da Constituição em 2010, fez com que fosse aprovado o Despacho Presidencial n.º 67/12 de 22 de Maio, neste o Presidente da República de Angola, legislava sobre matéria da competência exclusiva da Assembleia Nacional, conforme vem plasmado na Constituição de 2010 no seu artigo 164.º alínea a), no sentido de que a competência que pertencia ao Conselho de Ministros, atribuída pela Lei 1/05 de 1 de Julho passava agora a ser sua nomeadamente as matérias sobre aquisição, reaqusição e perda da Nacionalidade, e em consequência delegou poderes aos Ministros do Interior e da Justiça para apreciar e decidir sob forma de Despacho Conjunto as matérias sobre aquisição, reaqusição e perda da Nacionalidade.

²³A reforma do contencioso administrativo foi sendo sucessivamente adiada ao longo dos anos, até que, no ano de 2000, ganhou uma nova alma, o que permitiu que se confeccionasse o estado da justiça administrativa em Portugal, que culminou a 1 de Janeiro de 2004, com a entrada em vigor do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA). O CPTA trouxe consigo algumas novidades, de entre elas, o poder de substituição do ato administrativo pelo juiz. in: LOURENÇO, Naldemar Miguel - *Justiça administrativa no quadro da separação de poderes: o poder de substituição do acto administrativo*. In: Portal Verbo Jurídico. Portugal. Março de 2015.

- Justiça administrativa no quadro da separação de poderes: o poder de substituição do acto administrativo. In: *Cognitio Juris - Revista Jurídica Brasileira*, Ano V, Número 12 – Junho de 2015. ISSN 2236-3009.

Um dos argumentos fortes do Despacho Presidencial n.º 67/12 de 22 de Maio, foi o de que Considerando a incontornável adaptação, por força da entrada em vigor da Constituição da República de Angola, entendidas agora como competências do Titular do Poder Executivo as que se previam como sendo do conselho de Ministros.

Não concordamos com esse Despacho. Pelo exposto, da para perceber que se trata de realmente como foi referido de uma adaptação, adaptar para que? Se existe um órgão legiferante que nessa matéria tem competência exclusiva, conforme vem plasmado na Constituição de 2010 no seu artigo 164.º alínea a).

Conforme sabiamente, a Assembleia Nacional veio fazê-lo, isso no artigo 8.º da actual Lei da Nacionalidade – Lei n.º 2/16, de 15 de Abril.

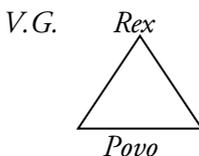
Vimos assim uma flagrante ingerência e desrespeito pelo princípio da separação e interdependência de funções por parte do Presidente da República.

6. DEMOCRACIA! O TEMOR REVERENCIAL

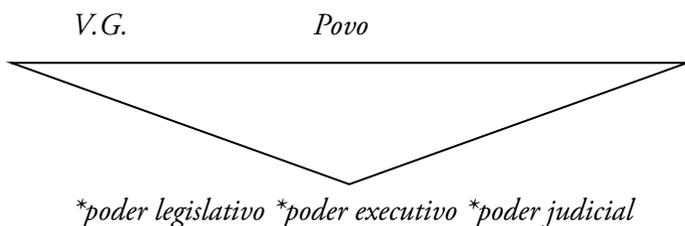
Não estamos aqui para definirmos ou apresentar conceito sobre democracia, isso já muitos autores debruçaram sobre ele, estamos aqui para falar das implicações práticas da adopção de um regime democrático em determinado país em detrimento de outro regime, *V.G.* a monarquia.

Mais para um melhor entendimento, requer retrocesso da nossa parte.

Retrocedendo... Não há muito tempo atrás, existia a chamada monarquia, aonde o *rex* era único e vitalício, sendo este o detentor de todos os poderes, pertenciam ao *rex* a totalidade das competências, se tentarmos equacionar essa realidade diria que o *rex* ocupava o topo da pirâmide.



A transição para o regime democrático implicou a inversão da pirâmide, a eliminação da figura do *Rex*, a implementação dos órgãos de soberania, em representação do povo, Javier Pérez Royo²⁴ diz-nos que o Estado Constitucional, desde as suas origens até aos nossos dias, tem-se articulado em torno de uma divisão tripartida de poderes²⁵.



Em Angola, no papel, digo na Constituição, a tripartide existe, basta darmos uma olhada no seu artigo 105.º n.º 1, que nos diz clara e inequivocamente “*são*”, não conseguimos vislumbrar ali um “*e*”, nem usando uma lupa.

Se assim o é, por que cargas de água, principalmente o poder executivo, tenta, tenta não, digo subjuga o poder judicial, deixando sob dependência do Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos, verificamos um *the end* deste episódio, com algumas reservas, talvez do trauma perpetrado durante longos anos.

Temos que ter a consciência, de que o modelo já não é o monárquico, o Presidente não pode querer a semelhança do *Rex*, deter todos os poderes e todas as competências. Conforme dizem frequentemente os Presidentes Norte-Americanos *my fellow citizens*²⁶ o cenário mudou, mudamos para a democracia.

Na democracia não existe um órgão soberano superior ao outro, são todos paritários.

²⁴ PÉREZ ROYO, Javier – *Tribunal Constitucional y division de poderes*. In: Temas Clave de la Constitución Española. Madrid: Tecnos, 1988.

²⁵ Poder legislativo, executivo e judicial

²⁶ Tradução Livre – Meus concidadãos.

O temor reverencial começa com o temido governo dos juízes: mesmo em 1921, Edouard Lambert²⁷, já alertava para a existência de um “*gouvernement des juges*”, em quanto juízes, estes devem concretizar a vontade do legislador, pois que a acumulação de todas as funções (legislativa, executiva e judicial) nas mãos dos juízes pode levar a tirania, o governo dos Juízes, é um fantasma que assombra os democratas e os defensores das liberdades públicas, os juízes governam porque dispõem de uma parte do poder legislativo, e aplicam princípios vagos, melhor desenvolvido no ponto 7.1. Desta pequena doutrina.

Temor que se apresenta perfeitamente como reverencial, pois a estrutura democrática assenta numa base tripartida, como já referenciamos.

O temor reverencial alastra-se e atinge o seu ápice, quando em pleno regime democrático a olho de todos o poder executivo e o legislativo tentam subjugar o poder judicial, quer tornando um órgão de soberania dependente de um simples Ministério, quer nomeando Juízes, respectivamente.

António José Ventura²⁸, em 2012, já nos alertava para esta factualidade, e nos dizia o seguinte: “*Sustentamos que deve haver, uma ruptura ou aperfeiçoamento profundo do modelo actual de selecção dos juízes para os tribunais superiores de Angola (sobretudo os Tribunais Supremo e Constitucional), que se consubstanciaria no afastamento ou na minimização da intervenção do poder executivo no processo de escolha/nomeação dos magistrados judiciais para garantir a sua efectiva independência. Esta ruptura terá que se dar com a reforma das normas previstas na Constituição da República de Angola*”.

Posição que partilhamos e defendemos no ponto 7, deste texto.

“*Do ponto de vista dos princípios caracterizadores do poder judicial, o reconhecimento formal e constitucional da independência deste face aos poderes*

²⁷ LAMBERT, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire des lois*, Paris, M.Giard&Cie,1921

²⁸ VENTURA, António José – *Da Independência do Poder Judicial na Constituição da República de Angola – Subsídios para a compreensão*. Almedina, Coimbra, Setembro, 2012, p. 131

executivo e legislativo é uma condição sine qua non da existência de qualquer Estado de direito democrático.”

7. A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA DE EQUILIBRIO DE PODERES DOS ORGÃOS DE SOBERANIA DO ESTADO.

É nosso entendimento de que os poderes de modo geral estão mais ou menos equilibrados, pois, o legislativo e o executivo já delimitaram bem as suas barreiras e pensamos nós que ai já não devemos acrescentar nada, apenas deve, reitero **deve**, haver a mudança que a seguir propomos:

Propomos o seguinte: a alteração dos Capítulos II, III e IV da Constituição da República de 2010: que pretendemos que fique assim:

CAPÍTULO II PODER EXECUTIVO

SECÇÃO III COMPETENCIAS

Artigo 1.º

O artigo 119.º da actual Constituição, com as seguintes alterações: as alíneas e), f), g), h) e i), **devem ser suprimidas, eliminadas.**

CAPÍTULO III PODER LEGISLATIVO

SECÇÃO IV COMPETENCIAS

Artigo 2.º

O artigo 163.º da actual Constituição, com as seguintes alterações: as alíneas a) e b), **devem ser suprimidas, eliminadas.**

CAPÍTULO IV

PODER JUDICIAL

SECÇÃO I

PRINCÍPIOS GERAIS

“Inclusão da classe no Conselho Superior da Magistratura:”

“*novo artigo*”

Artigo 3.º

(Conselho Superior da Magistratura Judicial)

“O Conselho Superior da Magistratura Judicial é o órgão representativo dos Tribunais, enquanto órgão de soberania, sendo a entidade máxima dos mesmos, em conformidade com o previsto no artigo 105.º n.º 1. Sendo o órgão superior de gestão e disciplina da Magistratura Judicial.”

“*novo artigo*”

Artigo 4.º

(Composição do Conselho Superior da Magistratura Judicial)

1. O Conselho Superior da Magistratura Judicial é composto por:
 - a) Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial
 - b) Juízes Presidentes dos Tribunais Superiores
 - c) Juízes Conselheiros dos Tribunais Superiores, em número equitativo, para cada Tribunal superior, totalizando 16.
2. A Presidência do Conselho Superior da Magistratura é rotativa por um período de 5 anos: seguindo a seguinte ordem:
 - a) Presidente do Tribunal Constitucional
 - b) Presidente do Tribunal Supremo

- c) Presidente do Tribunal de Contas
- d) Presidente do Supremo Tribunal Militar
- e) Presidente do Tribunal Supremo da Jurisdição administrativa, fiscal e aduaneira e marítimo.

3. Em caso de não existirem ainda todos os Tribunais supremos criados, a contagem para a tomada de posse da presidência do conselho recomeça a partir da alínea a).

4. O Conselho Superior da Magistratura Judicial, detém um aparato administrativo, de suporte, constituído de modos a tornar o conselho funcional, nos termos da Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial.

“novo artigo”

5.º

(Competências do Conselho Superior da Magistratura Judicial)

- a) Realizar os concursos curriculares para provimento dos juízes de todos os tribunais.
- b) Nomear, colocar, transferir e promover os magistrados judiciais, salvo o disposto na Constituição e na Lei.
- c) Apreciar o mérito profissional e exercer a acção disciplinar sobre os juízes e juízes conselheiros.
- d) Ordenar sindicâncias, inspecções e inquéritos aos serviços judiciais e tomar as medidas necessárias para sua eficiência e aperfeiçoamento.

SECÇÃO II

TRIBUNAIS

6.º

O artigo 180.º da actual Constituição, com as seguintes alterações. O n.º 3 passa a ter a seguinte redação: *“O Tribunal Constitucional é composto por 11 Juízes Conselheiros, nomeados pelo Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial, após concurso curricular entre os Magistrados Judiciais, nos termos da lei.”*

7.º

O artigo 181.º da actual Constituição, com as seguintes alterações. O n.º 2 e 3 passam a ter a seguinte redação: *“O Tribunal Supremo é composto por Juízes Conselheiros, nomeados pelo Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial, após concurso curricular entre os Magistrados Judiciais, nos termos da lei.”*

8.º

O artigo 182.º da actual Constituição, com as seguintes alterações. O n.º 2 passa a ter a seguinte redação: *“O Juiz Presidente, o Juiz Vice-presidente e os demais Juízes Conselheiros, do Tribunal de Contas são nomeados pelo Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial, após concurso curricular entre os Magistrados Judiciais, por um período de 7 anos, nos termos da lei.”*

9.º

O artigo 183.º da actual Constituição, com as seguintes alterações: O n.º 2 passa a ter a seguinte redação: *“O Juiz Presidente, o Juiz Vice-presidente e os demais Juízes Conselheiros, do Supremo Tribunal Militar são nomeados pelo Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial, após concurso curricular entre os Magistrados Judiciais, por um período de 7 anos, nos termos da lei.”*

O.B.S. Essa, proposta deve ser acompanhada da mudança, dos restantes artigos da Constituição, de modos a que tenhamos um poder judicial de verdade, fora da alçada dos poderes executivos e legislativos. O país precisa e muito dessa mudança!

Também deve existir a total libertação do vínculo entre os juízes e o Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos, pois se trata de um órgão do poder executivo (afecto ao Presidente da República enquanto órgão de soberania) de um escalão inferior, pois não é um órgão de soberania, como pode um Ministério querer comandar um órgão de soberania? Devemos eliminar terminantemente esse vínculo, haver libertação dessas algemas, que mantém o poder judicial preso.

Quadro que foi alterado recentemente, pois o Sr. Rui Ferreira, nas veste de Presidente do Tribunal Supremo e Consequentemente Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial reunido com Francisco Queiroz nas vestes de Ministro da Justiça e dos Direitos Humanos, reconhecendo sobrejamente este desrespeito pelo princípio da separação de poderes, promoveram no dia 28 de Junho de 2019, uma cerimónia de passagem da gestão administrativa e financeira do Ministro da Justiça e dos Direitos Humanos para Conselho Superior da Magistratura Judicial. Finalmente vislumbra-se uma luz no fundo do túnel.

SECÇÃO III

MINISTÉRIO PÚBLICO

10.º

O artigo 189.º da actual Constituição, com as seguintes alterações: O n.º 4 passa a ter a seguinte redação: *“O Procurador-Geral da República e os Vice-Procuradores Gerais são eleitos de entre os Procuradores-Gerais Adjuntos da República, para um mandato de 5 anos, renovável uma única vez. E tomam posse perante o Presidente da República.”*

O n.º 6 passa a ter a seguinte redação: *“Os Procuradores-Gerais Adjuntos da República, são nomeados pelo Procurador-Geral da República, mediante abertura de concurso Curricular entre os Sub-Procuradores Gerais da República. E tomam posse perante o Procurador Geral da República.”*

O artigo 190.º da actual Constituição, com as seguintes alterações: O corpo do artigo mantem-se com a excepção do n.º 3 alíneas c) e d), que deve ser retiradas deste artigo, também devendo ser suprimido no n.º 4 as expressões *“c) e d).”*

7.1. Governo dos Juízes

O governo dos juízes: mesmo em 1921, Edouard Lambert²⁹, já alertava para a existência de um “*gouvernement des juges*”, em quanto juízes, estes devem concretizar a vontade do legislador, pois que a acumulação de todas as funções (legislativa, executiva e judicial) nas mãos dos juízes pode levar a tirania, o governo dos Juízes, é um fantasma que assombra os democratas e os defensores das liberdades públicas, os juízes governam porque dispõem de uma parte do poder legislativo, e aplicam princípios vagos³⁰.

O fortalecimento do poder judicial que aqui defendemos, deve ser visto como uma tentativa de libertar a governação das vicissitudes do processo democrático, mais especificamente das vontades do governo em funções ou da influência clientelar dos grupos de interesse, também são aduzidos ideias como a necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais em particular aos direitos sociais, v.g. pois que a assunção por parte dos juízes constitucionais de um papel mais ativo não tem como finalidade impor os seus próprios desejos e pontos de vista, antes visa dar eficácia a constituição e garantir a sua supremacia, pois que os juízes constitucionais apenas procuram fazer aquilo que esta certo, dar uma melhor adequação da legislação a realidade³¹.

Otto Bachof nos diz que: *não existe o risco de o tribunal constitucional, em lugar de controlar a aplicação da constituição, se transformar ele próprio no senhor da constituição? Uma tal amplitude do poder do tribunal constitucional não conduzirá necessariamente ao gouvernement des juges, tao justificadamente receado? Não será exacto o que uma vez disse um jurista tao competente como o antigo Chief Justice da*

²⁹ LAMBERT, Edouard, Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire des lois, Paris, M.Giard&Cie,1921

³⁰ DAZA, Germán Alfonso López. El juez constitucional colombiano como legislador positivo: un gobierno de los jueces? In: revista mexicana de derecho constitucional, núm. 24, enero-junio 2011.p.182

³¹ Cfr. URBANO, Maria Benedita. Idem.

Supreme Court, Hughes: «we are under a constitution, but the constitution is what the judges say it is»³².

7.2. Autocontenção judicial (judicial self-restraint)

Helmut Simon³³ nos diz que dado que não é possível deduzir da relação entre direito e política critérios rigorosos de delimitação, a doutrina tende a contentar-se com a recomendação geral de que o Tribunal exerça uma judicial self-restrain.

Conforme nos mostra Benedita Urbano³⁴ a expressão é em geral atribuída ao chief justice Stone, que a terá utilizado no seu voto de vencido...no caso *United State v. Butler* (1936). “*Nas palavras de Stone, “ o poder dos tribunais de declarar uma lei inconstitucional está subordinado a dois princípios decisórios básicos, que nunca devem estar ausente da consciência judicial”*. Um é o de que os tribunais estão comprometidos com a aplicação das leis, não com a sua sabedoria. O outro é o de que, a atuação inconstitucional dos outros poderes está sujeita ao controlo judicial, o único controlo que existe sobre o nosso próprio poder é o nosso sentido pessoal de autocontenção.

Convém destacar que a tarefa de conceituar a autocontenção judicial apresenta dificuldades quase do mesmo nível que a de conceituar ativismo judicial³⁵. Richard Posner³⁶ nos diz que o conceito de Judicial self-restrain é um camaleão, a respeito Benedita Urbano³⁷ nos diz que: “*a semelhança do que sucede*

³² BACHOF, Otto. Op. Cit., p. 8, 9

³³ SIMON, Helmut - *La jurisdicción constitucional*. In: Manual de derecho constitucional, BENDA et alii, traducción de Antonio Lopez Pina, Madrid, 2002.p. 849

³⁴ URBANO, Maria Benedita. Op. Cit., p. 102 também vai nesse sentido FRANÇA, Adriano Bernardo de. Op. Cit., p.96

³⁵ Cfr. FRANÇA, Adriano Bernardo de. Idem

³⁶ POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. In: *Califórnia Law Review*, Vol. 100, No. 3, June 2012

³⁷ URBANO, Maria Benedita. Idem

com o conceito de “ativismo judicial”, o conceito (inverso) de “autocontenção judicial” também acolhe vários sentidos possíveis. Não obstante, no que se refere este último, a diversidade de sentidos é bem mais limitada”.

Luís Roberto Barroso³⁸, enumera algumas situações que considera ser autocontenção judicial, ele nos diz o seguinte: *O “oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas”.* A respeito Benedita Urbano³⁹ procurou não definir mas sim explicar o que significa este fenómeno em termos gerais, admitindo a aplicação mais criativa do direito por parte dos juízes, significando *“que essa aplicação mais criativa se deve manter nos limites do razoável e aceitável, ou seja ela não pode implicar uma usurpação de poder por parte dos juízes, uma invasão das funções e competências de outros poderes e correspondentes órgãos (basicamente, dos poderes legislativo e executivo, que cabem, respetivamente, ao parlamento e ao governo) ”.* Já Otto Bachof⁴⁰ entende a autocontenção como sendo uma *atitude de reserva*, os juízes ao interpretarem a Constituição devem permanecer consciente que são servidores dela, e não senhores dela, são chamados a desenvolver o seu sentido e não a modifica-lo devendo valer o princípio *rule of law, not rule of men*.

Exige-se que os juízes evitem intromissões intensas e frequentes na esfera do Legislador. Trata-se da doutrina da autocontenção (self-restraint), fortemente

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: Revista Eletrônica: revista da atualidade jurídica, edição numero 4, janeiro-fevereiro-09, www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf, p.7, também nos apresenta esta tentativa de definição FRANÇA, Adriano Bernardo de. Op.cit.p.97

³⁹ URBANO, Maria Benedita. Idem, ver também FRANÇA, Adriano Bernardo de. Op.cit.p.97

⁴⁰ BACHOF, Otto. Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política. Tradução de J. M. Cardoso da Costa. In: Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 56 (1980), p. 12

presente nos Estados Unidos. Na dúvida, prevalece a opção do Legislador, devendo o julgador abster-se de declarar a inconstitucionalidade: *in dubio pro legislator*, esta doutrina adota uma concepção modesta do papel do Judiciário, o que impede intervenções em matérias politicamente controvertidas, tentando não transformar as Cortes em instância que permitirá aos derrotados da luta política, anular a vitória da maioria, em nome de considerações subjetivas sobre as melhores soluções⁴¹.

Desde logo, afirma-se entender que esta forma de os juízes e tribunais atuarem, pode ser em muitos casos benéfica. Isso, pois, tem o potencial de naturalmente criar uma tendência a preservação do núcleo das funções dos outros poderes, o que conseqüentemente privilegiaria o princípio da separação dos poderes; além disso, tem o condão de diminuir as chances de desrespeito ao texto constitucional e ao princípio democrático; e poderia evitar tensões ligadas a assuntos que dizem respeito a legitimidade que os poderes têm para decidir sobre determinados temas, como questões políticas e/ou políticas públicas⁴². Ao lado destes benefícios surgem a semelhança ao ativismo judicial respetivas críticas, Benedita Urbano⁴³ nos mostra algumas dentre as quais podemos encontrar a imprecisão conceitual desta figura o que faz ser inidóneo como modelo argumentativo eficiente; existência de uma ligação da doutrina da autocontenção ao princípio democrática, dando assim uma importância máxima a vontade do parlamento, a última crítica esta relacionada ao carácter antidemocrático dos tribunais, nomeadamente dos superiores, não passar de um mito.

⁴¹ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controlo da constitucionalidade, acedido em <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>.p.468, 469

⁴²FRANÇA, Adriano Bernardo de. Op. Cit., p. 98-99

⁴³ URBANO, Maria Benedita. Op. Cit., p. 106

CONCLUSÕES

Concluimos, fazendo recurso as sabias palavras do Catedrático Jorge Miranda⁴⁴, que nos diz o seguinte:

A organização política dos Estados dir-se-ia directamente inspirada em Montesquieu: três poderes – legislativo, executivo e judicial – e cada poder não só produzindo os actos inerentes a sua função mas também interferindo em actos doutros órgãos, contribuindo para a produção dos seus efeitos ou impedindo que eles se deem. É aquilo a que se tem chamado um mecanismo de *checks and balances*, de freios e contrapesos.

Para dizer que: é preciso que o desdobramento do princípio da separação de poderes em separação de poderes e interdependência de funções se efective literalmente.

Poder Judicial assumo o teu posto, em *Omnia Pro Patria*, pois urge.

⁴⁴MIRANDA, Jorge. Op.Cit. p.136

BIBLIOGRAFIA

LIVROS

BACHOF, Otto. Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política. Tradução de J. M. Cardoso da Costa. In: Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 56 (1980).

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: Revista Eletrónica: revista da atualidade jurídica, edição numero 4, janeiro-fevereiro-09, www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf

CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Edição. 14ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

DAZA, Germán Alfonso López. El juez constitucional colombiano como legislador positivo: un gobierno de los jueces? In: revista mexicana de derecho constitucional, núm. 24, enero-junio 2011.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controlo da constitucionalidade, acedido em <http://www.editorajuspodivm.com.br/1/f/ativismo%20soltas.pdf>.p.468, 469

MACHADO, Jonatas E. M., Costa, Paulo Nogueira da e HILÁRIO, Esteves Carlos – *Direito constitucional angolano*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

FRANÇA, Adriano Bernardo de – *Separação dos poderes, parlamento e ativismo judicial: análise jurídico-constitucional sobre a relação entre o fenómeno do ativismo judicial e a atuação do parlamento na realidade brasileira: Dissertação de Mestrado da Universidade de Coimbra*. Coimbra, 2013.

LAMBERT, Edouard, Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire des lois, Paris, M.Giard&Cie,1921.

LOURENÇO, Naldemar Miguel

- *Ativismo Judicial em Angola*. Dissertação de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/34928>

- *Justiça administrativa no quadro da separação de poderes: o poder de substituição do acto administrativo*. In: Portal Verbo Jurídico. Portugal. Março de 2015.

- Justiça administrativa no quadro da separação de poderes: o poder de substituição do acto administrativo. In: *Cognitio Juris - Revista Jurídica Brasileira*, Ano V, Número 12 – Junho de 2015. ISSN 2236-3009.

MIRANDA, Jorge – *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra Editora, 2002.

PÉREZ ROYO, Javier – *Tribunal Constitucional y division de poderes*. In: *Temas Clave de la Constitución Española*. Madrid: Tecnos, 1988.

PIÇARRA, Nuno – *Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. In: *California Law Review*, Vol. 100, No. 3, June 2012.

RIBEIRO, Adolpho José. *As estruturas funcionais públicas e a atuação do poder judiciário: uma análise sobre as origens dos três poderes e os limites da justiça constitucional contemporânea*. Coimbra, 2012. Tese de mestrado da Universidade de Coimbra.

SIMON, Helmut - *La jurisdicción constitucional*. In: *Manual de derecho constitucional*, BENDA et alii, traducción de Antonio Lopez Pina, Madrid, 2002.

THOMASHAUSEN, André. *O desenvolvimento, contexto e apreço da constituição de Angola de 2010*. In: *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol. I- direito constitucional e justiça constitucional.

URBANO, Maria Benedita. Sentenças intermédias: para além de kelsen mas ainda a quem de uma nova teoria da separação dos poderes. In: *Studia Iuridica* nº 103: Estudos em homenagem J.J Gomes Canotilho: constituição e estado: entre teoria e dogmática, vol. 2, Coimbra.

VASCONCELOS, Pedro C. Bacelar de – *A separação dos poderes na constituição americana: Do veto legislativo ao executivo unitário: a crise regulatória*. In: *Studia Juridica*, 4. Coimbra: Coimbra Editora.

VENTURA, António José – *Da Independência do Poder Judicial na Constituição da República de Angola – Subsídios para a compreensão*. Almedina, Coimbra, Setembro, 2012.

VIANA, Leilson Soares – *Interpretação constitucional e ativismo do poder judiciário: Os limites da interpretação criativa dos tribunais constitucionais*. Dissertação de mestrado. Coimbra, 2010.

WEBBA, Mihaela Neto – *Os poderes do presidente da república no sistema jurídico-constitucional e político angolano*. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

LEGISLAÇÃO

Lei Constitucional de 11 de Setembro de 1975

Lei Constitucional de 7 de Fevereiro de 1978

Lei Constitucional de 23 de Setembro de 1980

Lei Constitucional de 6 de Maio de 1991

Lei Constitucional de 16 de Setembro de 1992

Constituição da República de Angola, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa, Lei do Tribunal Constitucional, 8ª Edição Revista, 4ª reimpressão, Coimbra Editora, 2011

ANOTAÇÃO AO AC. STJ, DE 19-09-2017^(*)

As doações entre cônjuges na vigência do regime da separação judiciais de pessoas e bens e a sua conversão em divórcio: revogação e caducidade

Mercília Pereira Gonçalves ^[#]
Ana Cristina Sampaio Lemos ^[%]

Introdução

A presente exposição consiste numa anotação a um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.09.2017 que se refere às doações entre casados.

Nos termos do art. 1761º do Código Civil (CC), “as doações entre casados regem-se pelas disposições desta secção e, subsidiariamente, pelas regras dos artigos 940º a 979º.” Não existe qualquer definição dada pelo legislador para as doações entre casados. A admissibilidade das doações entre cônjuges está sujeita a algumas reservas, dada a sua especificidade. “Os romanos justificavam a proibição com o argumento de que o amor podia ser a causa de espoliações, e não devia a doação

^(*) Processo n.º 2201/15.8T8CTB.C1.S1. A anotação ao acórdão foi apresentada no mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa na Escola de Direito da Universidade do Minho.

^[#] Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa na Escola de Direito da Universidade do Minho, pereira.mercilia@gmail.com

^[%] Mestranda em Direito dos Contratos e da Empresa na Escola de Direito da Universidade do Minho. Advogada Estagiária. Braga, Portugal, anacslemos@icloud.com.

ser o preço de paz doméstica, sendo o cônjuge mais generoso despojado pelo mais egoísta e avaro”.¹

No acórdão que comentamos a doação ocorre na vigência de separação de pessoas e bens e por isso, atenderemos à especificidade do regime tanto no plano das pessoas, como no plano dos bens, para compreender devidamente os seus efeitos.

Na verdade, esta modalidade de doações está sujeita a um regime especial, pelo que remetemos neste sentido, para o princípio de livre revogabilidade a todo o tempo e sem qualquer motivo. Já Nuno Pinto de Oliveira referia que “Quem revoga fá-lo livremente, porque assim quer, sem necessidade de qualquer fundamento objetivo.”² Estas doações produzem todos os seus efeitos, ficando dependentes de uma causa resolutiva legal que será a revogação pelo doador, havendo uma verificação que opera retroativamente. Os bens doados acabam por voltar à esfera jurídica do doador por assim, livres de quaisquer encargos.³ Porém, nem tudo é tão simples, mais à frente, analisaremos o que sucede caso os cônjuges se separem de pessoas e bens e a opinião doutrinária em torno do regime.

As doações entre cônjuges podem caducar caso ocorra separação de pessoas e bens ou divórcio. O regime é distorcido em comparação com a realidade, o que conduz a que a doutrina adote uma versão mais moderna e simplista ao subsumir o art. 1766º, nº1, al. c) do CC ao art. 1791º.

Terminaremos, pois, com as devidas conclusões.

¹ GONÇALVES, Cunha, apud AMARAL, Jorge Augusto Pais de - *Direito da Família e das Sucessões*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2016, p. 162.

² Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - *Revogação das Doações*. Scientia Iuridica Separata, 2001, p. 150.

³ Neste sentido, COELHO, Francisco Pereira de, OLIVEIRA, Guilherme de - *Curso de Direito da Família - Introdução ao Direito matrimonial*. 5ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2016, Vol I, p. 540.

I - A questão concreta do acórdão do STJ de 19/09/2017 ⁴

O problema que nos apresenta o acórdão centra-se na possibilidade de revogação de uma doação entre cônjuges na vigência da separação judicial de pessoas e bens. Para além disso, suscita-se a aplicabilidade da caducidade da referida doação nos termos do art. 1766º, nº1, al. c), do CC.

O presente caso refere-se a AA que intenta uma ação declarativa contra BB, pedindo ao tribunal o seguinte:

Que declare o seu direito de propriedade sobre uma fração autónoma e uma garagem, seja a Ré condenada a restituir os bens imóveis e móveis mencionados, verificando-se nesse sentido, o reconhecimento do direito de propriedade do A.

Em 2010 os cônjuges estavam casados. No ano a seguir (2011), separam-se de pessoas e bens e em 2013, esta separação é convertida em divórcio. Sucede que na constância do matrimónio, A doa a R uma fração autónoma e uma garagem. Esta doação torna-se um problema quando A decide revogá-la. Fá-lo mediante escritura pública em 25.09.2015, registando a aquisição a seu favor, o que indicia que a R continua a manter a posse na fração referida e na garagem sem qualquer título.

Em contestação a R alega que esta doação entre os cônjuges foi feita na vigência da separação judicial de pessoas e bens. Na verdade, a separação de pessoas e bens não dissolve os laços conjugais, já que se destina muitas vezes, a resolver crises matrimoniais, antes que seja logo decretado o divórcio. Por sua vez, o princípio da livre revogabilidade aplicável às doações entre casados (art. 1765º do CC), não se aplica a situações em que os mesmos estejam já separados de pessoas e bens.

Para sustentar esta última afirmação, vejamos o art. 1795º A do CC que nos indica que “a separação produz os efeitos que produziria a dissolução do

⁴ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [em linha], 6ª secção, de 19-09-2017 (processo nº 2201/15.8T8CTB.C1.S1), relatado pelo Conselheiro Pinto de Almeida [consulta 07/12/2019]. Disponível em www.dgsi.pt.

casamento”. Uma vez separados judicialmente de pessoas e bens cessam os efeitos do casamento, pelo que aplicar-se-á o regime geral das doações, logo, a revogação é irrevogável.

Em sede de reconvenção a Ré vem pedir que seja reconhecido o seu direito de propriedade, que a revogação da doação seja nula e que para todos os efeitos, se verifique o cancelamento registral e matricial da inscrição das frações que estão em nome do autor. O autor replicou sustentando que a doação entre cônjuges é livremente revogável a todo o tempo, tendo efeito retroativo. Mais invoca que caso a doação não possa ser revogável conforme estipulado, então deve atender-se que a mesma caducou, devido à conversão da separação em divórcio e consequente, decretação deste, no âmbito do art. 1766º, al. c), do CC.

Com a tramitação legal, foi proferida uma sentença cuja decisão julgou improcedente a ação, absolvendo a Ré dos pedidos. A reconvenção foi julgada procedente, logo, foi declarada a nulidade da revogação da doação, sendo reconhecido o direito de propriedade da ré.

Inconformado o autor recorre ao Tribunal da Relação, recurso esse que a Relação julgou procedente, conforme é referido no acórdão que comentamos. A Relação decide revogar a sentença, declarar o autor proprietário dos bens mencionados, condenar a Ré a restituí-los, reconhecendo também o direito de propriedade do autor sem que interfira com esse mesmo direito. Deste modo, entende-se que a reconvenção é julgada improcedente, absolvendo-se o autor do seu pedido. É de realçar que a Relação confirma a decisão da 1ª instância no sentido de não se aplicar livremente o princípio da revogabilidade explanado no art. 1765º do CC, mas já não o faz no que toca à caducidade da doação com base no art. 1766º, nº1, al. c), do CC.

A Ré pede revista.

Tendo em atenção tudo o que dissemos, a questão a resolver pelo STJ consiste em saber se a doação feita por A a R, na constância do matrimónio, porém separados judicialmente de pessoas e bens se caducou, pela decretação do divórcio, de acordo com o art. 1766º, nº1, al. c), do CC.

De acordo com o artigo 1794.º do CC, decretada a separação de pessoas e bens entre os cônjuges, esta produz efeito com as devidas alterações, como se de um divórcio se tratasse. Ou seja, dissolve os deveres que estão inerentes ao casamento e, quanto aos bens, produz efeito como se estivessemos perante um divórcio.

Nesta lógica de pensamento, aplicando o regime do divórcio do artigo 1790º do CC que trata da partilha, quanto aos bens, “nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos”, ou seja, cada cônjuge tem direito à meação de bens.

O Supremo Tribunal de Justiça não concorda com a decisão dada pelos Juízes Desembargadores, na medida em que os Juízes Conselheiros acreditam que não é possível aplicar, ao caso em concreto, o regime especial das doações entre casados. Uma vez decretado o regime de separação de pessoas e bens, não é possível aplicar o regime das doações entre casados, nem o regime da caducidade. “Assim, não podendo considerar-se que a doação aqui discutida constitui uma doação entre casados, não é também aplicável o regime da caducidade, previsto no art 1766.º, n.º1 al. c).”⁵

Atendendo que a doação entre os cônjuges, só foi realizada depois de ser decretada a separação de pessoas e bens, não pode ser considerado o regime especial das doações entre os cônjuges. Neste sentido, é aplicável o regime geral da irrevogabilidade das doações, previsto no artigo 974º do CC.

Segundo parecer dos Senhores Doutores Conselheiros “relativamente aos bens, a separação de pessoas e bens produzir os efeitos que produziria a dissolução do casamento (art. 1795º-A): como acima se disse, a doação feita nesta situação já não tem repercussão sobre o regime de bens (...) não será igualmente aplicável o regime do art. 1791º do CC, onde poderiam caber as doações entre casados.”⁶

⁵ Cfr. Acórdão do STJ de 19-09-2017..., já citado. Disponível em www.dgsi.pt.

⁶ Cfr. Acórdão do STJ de 19-09-2017..., já citado. Disponível em www.dgsi.pt.

II - As doações entre casados

1- Considerações gerais

Nos artigos 1761º a 1766º do CC encontram-se reguladas as doações entre casados.

A admissibilidade das doações entre cônjuges implica algumas restrições. Segundo Adriano Paiva⁷ “(...) a sua admissibilidade nos termos estatuídos nos arts. 1761º a 1766º, contém algumas particularidades no seu regime de exceção, designadamente a faculdade de livre revogabilidade, (...) Como estabelece o n.º 1 do art. 1764º, apenas podem ser doados bens próprios do doador.” Os motivos destas são os mesmos que estão na base do princípio da imutabilidade expresso no art. 1714º do CC. ⁸Existe o receio de que a doação resulte do ascendente de um sobre o outro. Por sua vez, os interesses dos credores devem ser tidos em conta.⁹

Estas doações podem ser revogadas a qualquer momento pelo doador, sem que lhe seja lícito renunciar a este direito (art. 1765º do CC). As causas de suspeição destas doações são assim, combatidas pelo legislador através da possibilidade de revogar tais doações livremente. Trata-se do princípio da livre revogabilidade das doações. Segundo JOÃO QUEIROGA CHAVES, a justificação da revogação destas doações entre casados feita a todo o tempo está na prevenção do perigo de “muitas vezes o cônjuge mais generoso poder ser despojado de bens pelo cônjuge egoísta para assim manter a harmonia doméstica.”¹⁰

As doações em geral e as doações para casamento não podem ser revogadas, senão existir ingratidão do donatário (art. 970º do CC).¹¹ As doações entre

⁷ PAIVA, Adriano Miguel Ramos de - *A Comunhão de Adquiridos - Das Insuficiências do Regime no Quadro da Regulação das Relações Patrimoniais entre os cônjuges*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 278.

⁸ Neste sentido, COELHO, Francisco Pereira de, OLIVEIRA, Guilherme de..., *op.cit.*, p. 540.

⁹ Cfr. AMARAL, Jorge Augusto Pais de..., *op.cit.*, p. 162.

¹⁰ Neste sentido, CHAVES, João Queiroga - *Heranças e Partilhas Doações e Testamentos*. 4ª edição. Quid Juris - Sociedade Editora Ld.ª, 2013, p. 191.

¹¹ Cfr. CHAVES, João Queiroga..., *op.cit.*, p. 191.

cônjuges podem ser revogadas por qualquer razão que não esta. Segundo FRANCISCO PEREIRA DE COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, trata-se de uma revogabilidade ad nutum, isto é, uma revogabilidade que não precisa de ser motivada ou fundamentada.¹² Muitas vezes, as revogações são injustas e violentas para o cônjuge donatário, uma vez que o motivo que levou à doação tem por sinal, intenções de cariz compensatório ou remuneratório.¹³ A faculdade de revogação não se transmite, contudo, aos herdeiros do doador (art. 1765º, nº2 do CC). Estas doações são permitidas em todos os regimes de bens do casamento, exceto no regime imperativo de separação de bens, sendo certo que tal doação é nula (art. 1762º do CC).¹⁴

Para Paula Barbosa¹⁵ “o artigo 1762º proíbe as doações entre casados quando vigore entre eles o regime imperativo da separação de bens, nos termos do artigo 1720º (...) com a conseqüente imputação na quota disponível, considerou-se imprescindível a proibição de concessão de tais vantagens no regime imperativo de separação de bens, pois, se assim não se procedesse, os nubentes facilmente defraudariam a lei.”

O regime especial da doação consagra a possibilidade de existirem doações entre os cônjuges, sendo estas livremente revogáveis a qualquer tempo, porém proíbe as doações entre cônjuges quando entre estes vigore o regime da separação de bens, pois entende-se que é uma maneira de estes dissiparem o património recaindo na quota disponível do doador.

¹² COELHO, Francisco Pereira de, OLIVEIRA, Guilherme de... *op.cit.*, p. 542.

¹³Sobre esta matéria, cfr. COELHO, Francisco Pereira de, OLIVEIRA, Guilherme de, *op.cit.*, p. 542 e 543. É o caso do cônjuge que cuida do lar e trabalha para a família, em casa, do cônjuge que trabalha na empresa do outro sem salário.

¹⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa [em linha], de 16-01-2018 (proc. nº 3128/16.1T8LSB.L1-7), relatado pela Desembargadora Dina Monteiro [consult. 08/12/2019]. Disponível em www.dgsi.pt. “Os cônjuges, ainda que casados sob o regime de separação de bens, possam fazer doações um ao outro (...) apenas nos casos de celebração de casamento sob o regime imperativo da separação de bens é que tal faculdade lhes é vedada – artigo 1762.º do Código Civil.”

¹⁵Cfr. BARBOSA, Paula - *Doações entre os cônjuges- Enquadramento Jus-sucessório*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.347.

III - Doação entre cônjuges separados de pessoas e bens

1- Efeitos do regime

Ora, atendendo ao citado acórdão, observamos que a doação feita por um dos cônjuges ao outro no caso sub judice acontece na ocorrência da separação judicial de pessoas e bens.

O regime da separação de pessoas e bens constitui uma das soluções que a lei sugere para pôr fim ao casamento, para além do divórcio. Ora, a separação de pessoas e bens destina-se em algumas situações, a estabilizar a relação matrimonial, tendo em vista uma possível reconciliação, antes que haja lugar à decretação do divórcio (art. 1795º).

De acordo com o art. 1795º-A do CC, o vínculo conjugal mantém-se, assim como “todos os efeitos do casamento que lhe são absolutamente essenciais, de tal forma que o casamento não possa conceber-se sem eles.”¹⁶ No plano das pessoas, mantém-se assim os deveres de fidelidade conjugal (arts. 1795º-A), os deveres de respeito e cooperação, o dever de alimentos (arts. 1794º, 1795º-A e 2016º), extinguem-se os deveres de coabitação e assistência (art. 1795º-A).

No plano dos bens, não existe um regime de bens do casamento. É neste sentido que o art. 1795º-A refere que “a separação produz os efeitos que produziria a dissolução do casamento.”

2- Revogação da doação entre cônjuges na vigência da separação de pessoas e bens

No indicado acórdão questionou-se a validade da revogação pelo autor na constância do matrimónio, contudo na vigência da separação de pessoas e bens.¹⁷

Propomo-nos a compreender se o regime excepcional das doações entre cônjuges abrange ou não aquelas situações em que os mesmos estão separados de pessoas e bens. Segundo PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA a resposta encontra-se

¹⁶ Neste sentido, COELHO, Francisco Pereira de, OLIVEIRA, Guilherme de, *op.cit.*, p. 663.

¹⁷ Cfr. Acórdão do STJ de 19-09-2017... já citado.

no já mencionado art. 1795º-A, no que se refere aos bens “a separação produz os efeitos que produziria a dissolução do casamento.”¹⁸ Mais referem os autores que o problema em si se compreende desde logo, se considerarmos que a separação mantém o vínculo conjugal e que a doação é feita por um dos cônjuges ao outro no casamento, todavia, “a separação põe termo às circunstâncias especiais que justificam a suspeição lançada sobre a liberdade e espontaneidade do ato do doador.”¹⁹

Nas palavras de PESSOA JORGE “É óbvio, porém, que uma doação entre cônjuges separados judicialmente de pessoas e bens não está sujeita ao regime especial das doações entre casados, uma vez que não ocorrem as razões que determinam aquele regime: deixa de existir o receio de que um dos cônjuges exerça influência sobre o outro e já não se verificam as repercussões que tais doações têm sobre o regime matrimonial de bens, dada a separação de patrimónios dos cônjuges.”²⁰

Na decisão jurisprudencial aplicou-se o regime geral das doações previsto nos arts. 940º a 970º do CC a esta revogação e não o regime excecional das relações entre cônjuges explícito dos arts. 1761º a 1766º do CC. A revogação da doação é nula nos termos dos arts. 280º e 294º do CC, já que não existe uma causa de revogação (arts. 970º e 974º).²¹

Atendendo que o regime geral da doação não se enquadra às doações entre cônjuges, é justificável um regime especial das doações entre os cônjuges²²

¹⁸ Cfr. LIMA, Pires de, VARELA, Antunes - *Código Civil Anotado*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, Vol. IV, p. 487.

¹⁹ LIMA, Pires de, VARELA, Antunes... *op.cit.*, p. 487.

²⁰ JORGE, Fernando Pessoa - *Doações para casamento, doações entre casados* - Anteprojeto de dois capítulos do futuro Código Civil, in BMJ, nº 124, 1963, p. 124-329.

²¹ Neste sentido, Acórdão do STJ de 19-09-2019..., já citado.

²² XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo - *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais entre os Cônjuges*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 213-215, “(...) em virtude do motivo das doações entre casados, que vimos ser a existência de uma comunhão de vida entre doador e donatário, e que torna inadequado um tratamento jurídico idêntico ao de um contrato semelhante

O art. 1765º, nº1, do CC aplica-se apenas às doações entre casados, mas não separados judicialmente de pessoas e bens, sendo a doação por isso, irrevogável.

3- Caducidade da doação

A caducidade das doações entre casados encontra-se prevista no artigo 1766º, n.º 1, c) do CC, em que refere que “a doação entre casados caduca ocorrendo divórcio ou separação judicial de pessoas e bens por culpa do donatário, se este for considerado o único e principal culpado.”.

Segundo ROSA LIMA “quanto a este último conspecto, importa conciliá-lo com o novo regime jurídico do divórcio que veio a ser substituído pela Lei n.º 61/2008, de 31.10, o qual veio eliminar a ideia de divórcio litigioso, fundado na culpa de um dos cônjuges, para centrar o divórcio não consentido apenas na rutura da sociedade conjugal.”²³

A caducidade opera automaticamente e é de conhecimento oficioso.²⁴

Atendendo ao regime geral da doação, não está prevista a caducidade, sendo irrevogável. Está consagrada a caducidade da proposta da doação, no artigo 945.º, n.º 1 do CC, que refere “a proposta de doação caduca, se não for aceite em vida do doador.”

A questão que se coloca é a seguinte: Não existindo culpa do donatário, será que em caso de divórcio as doações entre casados caducam?

concluído entre estranhos. No que diz respeito à livre revogabilidade das doações, esta importante especialidade das doações entre casados explica-se, como vimos, porque desaparecendo a comunhão de vida (...) devem passar a tratar-se as liberalidades entre cônjuges, que nela encontravam o seu motivo, como um enriquecimento injustificado e permitir-se a restauração do equilíbrio patrimonial perturbado. A regra da livre revogabilidade torna assim as doações entre cônjuges compatíveis com a realização de um princípio de equidade entre os cônjuges.”

²³ LIMA, Rosa - *A Revogação do Contrato de doação entre cônjuges separados das pessoas e bens e casados num dos regimes de comunhão*. Julgar, 2018, p. 14 e 15.

²⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [em linha], 2ªsecção, de 12-11-2009, (proc. nº 156/1999.S1), relatado pelo Conselheiro Santos Bernardino [consult. 08/12/2019]. Disponível em www.dgis.pt.

No acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21-02-2017²⁵, a solução dada a esta questão encontra-se no art. 1791º, nº1 do CC²⁶ que traduz a ideia seguinte: “cada cônjuge perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiros, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento.”

Os benefícios perdidos apontam para a doação realizada entre os cônjuges que com o divórcio caduca. O acórdão do TRC mencionado esclarece que o art. 1766º, nº1, al. c) do CC está desatualizado e por isso, deve ser alterado, adaptando-se ao disposto no art. 1791º do CC que apresente um carácter atualista ao realçar que as doações entre casados podem caducar sem que haja um pressuposto de culpa. Segundo RITA XAVIER o art. 1766º, nº1, al c) do CC deve ser revogado de forma tácita na parte que atende à culpa, para que se considere que a doação entre cônjuges caduca sempre em caso de divórcio²⁷.

Portanto, só ocorre a caducidade das doações quando estas sejam doações entre cônjuges, sendo certo que caducam quando ocorra divórcio ou separação de pessoas e bens, independentemente da culpa do doador.

²⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra [em linha], de 21-02-2017 (proc.nº 2201/15.8TCTB.C1), relatado pelo Desembargador António Magalhães [consult. 08/12/2019]. Disponível em www.dgis.pt.

²⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra [em linha], de 12-07-2017 (proc. nº 2884/16.1T8CBR.C1), relatado pela Desembargadora Maria João Areias [consult. 08/12/2019]. Disponível em www.dgis.pt. Também um outro acórdão da Relação de Coimbra aponta para o mesmo sentido, referindo que as doações entre cônjuges abrangem as liberalidades do art. 1791º e por essa lógica, “tal doação caduca por força da dissolução do casamento, por força do artigo 1791º, revertendo automaticamente ao património do doador.”

²⁷ XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo... *op.cit.*, p. 36. Também citado pelo Ac. STJ de 21-02-2017 e pelo Ac. do STJ de 3-3-2016.

Considerações finais

Através da análise do acórdão que anotamos consideramos que o Supremo Tribunal de Justiça andou bem na decisão (positiva) que proferiu.

O regime das doações de um cônjuge para o outro após a celebração do casamento e as suas reservas são claras. De facto, existe uma divergência em torno desta questão de saber se a doação ainda seria válida ou se teria caducado quando se decretasse o divórcio.

É altura de expormos as seguintes conclusões:

- Os cônjuges podem livremente estabelecer doações entre eles, desde que não vigore o regime de separação de bens;
- As doações caducam quando sejam decretadas as separações judiciais de bens e o divórcio;
- No caso em concreto, como a doação ocorreu após ser decretada a separação judicial de bens, esta recairá no regime geral das doações sendo esta irrevogável;
- Quando ocorreu a conversão da separação judicial de bens em divórcio já teriam cessado os deveres e obrigações em relação aos bens, com o divórcio apenas cessou o vínculo conjugal, segundo o artigo 1795º-A do CC;

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [em linha], 2ªsecção, de 12-11-2009, (proc. nº 156/1999.S1), relatado pelo Conselheiro Santos Bernardino [consult. 08/12/2019]. Disponível em WWW: <URL:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9da6ded145f480cc8025766d0036b057?OpenDocument>>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [em linha], 6ª secção, de 19-09-2017 (proc. nº 2201/15.8T8CTB.C1.S1), relatado pelo Conselheiro Pinto de Almeida [consult. 07/12/2019]. Disponível em WWW: <URL:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a0aef50ef3da2c9f802581a100347a77?OpenDocument>>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra [em linha] de 12-07-2017 (proc. nº 2884/16.1T8CBR.C1), relatado pela Desembargadora Maria João Areias. Disponível em WWW: <URL:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/5d6f2a891a262315802581ad0048d22d?OpenDocument>>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra [em linha], de 21-02-2017 (proc. nº 2201/15.8TCTB.C1), relatado pelo Desembargador António Magalhães [consult. 08/12/2019].

Disponível em WWW: <URL:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/0a3a3b3df14bac51802580dd004f999f?OpenDocument>>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa [em linha], de 16-01-2018 (proc. nº 3128/16.1T8LSB.L1-7), relatado pela Desembargadora Dina Monteiro [consult. 08/12/2019].

Disponível em WWW: <URL:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/69FD1FFEB088FDBA80258252003A8950>>.

Bibliografia

AMARAL, Jorge Augusto Pais de - *Direito da Família e das Sucessões*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6742-1.

BARBOSA, Paula - *Doações entre os cônjuges- Enquadramento Jus-sucessório*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1553-3.

CHAVES, João Queiroga - *Heranças e Partilhas Doações e Testamentos*. 4ª edição. Quid Juris - Sociedade Editora Ld.ª, 2013. ISBN 978-972-724-646-5.

COELHO, Francisco Pereira de, OLIVEIRA, Guilherme de - *Curso de Direito da Família - Introdução ao Direito matrimonial*. 5ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2016, Vol I. ISBN 978-989-26-1166-2.

JORGE, Fernando Pessoa - *Doações para casamento, doações entre casados* - Anteprojeto de dois capítulos do futuro Código Civil, in BMJ, nº 124, 1963.

LIMA, Pires de, VARELA, Antunes - *Código Civil Anotado*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, Vol. IV. ISBN 978-972-32-0615-9.

LIMA, Rosa - *A Revogação do Contrato de doação entre cônjuges separados das pessoas e bens e casados num dos regimes de comunhão*. Julgar, 2018.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - *Revogação das Doações*. Scientia Iuridica Separata, 2001. ISSN 0870-8155.

PAIVA, Adriano Miguel Ramos de - *A Comunhão de Adquiridos - Das Insuficiências do Regime no Quadro da Regulação das Relações Patrimoniais entre os cônjuges*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 278. ISBN 978-972-32-1641-7.

XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo - *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais entre os Cônjuges*. Coimbra: Almedina, 2000. ISBN 978-972-40-1298-8

As prestações acessórias e suas implicações notariais, fiscais e registais

Vítor Câmara (*)
Notário

RESUMO: As prestações acessórias são uma das modalidades possíveis para reforçar o capital da sociedade. Este instituto jurídico poderá ser confundível com outros existentes, daí ser imperioso uma destriça entre as várias modalidades e uma análise mais aprofundada sobre estas prestações. O Notário tem um papel fundamental na assessoria aos sócios, atendendo às várias especificidades deste instituto, com vista a dar forma a estas obrigações, realizando os atos notariais necessários, liquidando os impostos devidos e promovendo todos os registos subsequentes, por forma a garantir a segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Prestações acessórias; Prestações suplementares; Suprimentos; Instrumentos de reforço de capital; O papel do Notário nas prestações acessórias; Implicações notariais nas prestações acessórias; Implicações fiscais nas prestações acessórias; Implicações registais nas prestações acessórias.

(*) Notário no Cartório Notarial Vítor Câmara – Alverca, Vila Franca de Xira. Docente na Pós-Graduação de Direito e Prática Notarial da Autónoma Academy. Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa. Mestre em Direito das Empresas, especialização em Direito das Sociedades Comerciais, pelo ISCTE-IUL. Pós-graduado em Direito Notarial e Registo Predial pelo CENoR – Centro de Estudos Notarias e Registais da FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Licenciado em Direito e ainda em Solicitadoria pela Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa. Técnico de Serviços Jurídicos, Nível III, pela Escola Profissional Atlântico.

Este texto foi originariamente desenvolvido no âmbito da investigação realizada no Seminário de Análise Crítica de Doutrina Jurídica e apresentado aquando da parte curricular do Doutoramento em Direito. Entretanto, o mesmo foi objeto de revisão e atualização

1. Enquadramento

Em alguns momentos do percurso das sociedades, estas carecem de capitalização, algumas por se encontrarem em situação de crescimento e expansão, e outras por se encontrarem em recessão, estando em perigo de perderem mais de metade do seu capital social, violando o disposto no art.º 35º do Código das Sociedades Comerciais (CSC).

Do art.º 35º do CSC resulta que, quando metade do capital social se encontra perdido ou, havendo fundadas razões para admitir que essa perda se pode verificar, devem os gerentes ou administradores das respetivas sociedades, de imediato, convocar a Assembleia Geral a fim de informar os sócios/acionistas da referida situação por forma a serem tomadas as medidas convenientes. Nesta situação, devem constar da convocatória da Assembleia os seguintes pontos da ordem de trabalhos: a dissolução da sociedade, a redução do capital social para montante não inferior ao capital próprio da sociedade e a realização, pelos sócios/acionistas, de entradas para reforço da cobertura do capital.

Várias são as situações que podem levar as sociedades a pretender alterar a sua situação de capital, nomeadamente, a sua credibilidade no mercado, existindo variadas possibilidades que estas têm ao seu alcance para reforçar a sua conta de capitais próprios.

Para reforçar o capital da sociedade, para além do aumento do capital social, há ainda a considerar outras duas modalidades: as prestações suplementares e, em determinadas situações, as prestações acessórias. Já os suprimentos, embora sejam uma forma de disponibilização de fundos à sociedade, são inscritos na conta do passivo, não representando, assim, um reforço de capitais próprios.

A utilização destes meios permite às sociedades reforçar a sua capitalização e evitar a aplicação do referido art.º 35º do CSC, ainda que as consequências daí decorrentes apenas se traduzam na publicitação da sua situação deficitária¹.

¹ Quer isto dizer que o legislador reconhece como possível e lícito que os sócios, não obstante a proposta do órgão de administração, nada façam, determinando exclusivamente que a situação da sociedade seja incluída nas menções a que a sociedade está obrigada nos seus atos externos. Assim,

2. Elementos distintivos: Prestações Acessórias, Prestações Suplementares e Suprimentos

Estes institutos jurídicos são muito confundíveis, pelo que é pertinente fazer uma caracterização distinta entre os mesmos, por forma a evidenciar os parâmetros que regem cada um deles.

Parâmetro de comparação	Prestações Acessórias	Prestações Suplementares	Suprimentos
Código das Sociedades Comerciais	Arts. 209º e 287º	Do art.º 210º ao art.º 213º	Do art.º 243º ao art.º 245º
Contabilização	Podem consubstanciar um elemento integrante do capital próprio ou do passivo	São um elemento integrante do capital próprio	São um elemento integrante do passivo
Função Principal	Fazer face à subcapitalização da sociedade		
Objeto da obrigação	Praticamente tudo o que possa ser objeto de uma qualquer obrigação (arts. 209º, n.º 2 e 287º, n.º 2)	Têm sempre dinheiro por objeto (art.º 210, n.º 2)	Têm sempre por objeto dinheiro ou outra coisa fungível (art.º 243º, n.º 1)
Situação no pacto social	São obrigatoriamente previstas no contrato de sociedade (arts. 209º, n.º 1 e 287º, n.º 1), exceto no caso das prestações espontâneas.	São obrigatoriamente previstas no contrato de sociedade (art.º 210º, n.º 1)	A previsão no contrato de sociedade é facultativa (art.º 244º)
Vencimento de juros	Podem ou não vencer juros consoante o que for convencionado (arts. 209º, n.º 3 e 287º, n.º 3)	Não vencem juros (art.º 210º, n.º 5)	Vencem juros conforme tenha sido ou não deliberado pelos sócios (art.º 243º)
Restituição	Podem ser ou não restituíveis, conforme o que for convencionado,	Só podem ser restituídas desde que a situação líquida (capital próprio) não se torne	Não há restrições à restituição, cabendo ao

em todos os contratos, correspondência, publicações, anúncios, sítios da internet e de um modo geral em toda a atividade externa, as sociedades por quotas, anónimas e em comandita por ações devem ainda indicar além das menções enunciadas no n.º 1 do art.º 171º do CSC, “o montante do capital próprio segundo o último balanço aprovado, sempre que este for igual ou inferior a metade do capital social”, conforme o n.º 2 do referido art.º 171º.

	independentemente da existência de lucros de exercício (art.º 209º, n.º 3)	inferior à soma do capital social e da reserva legal e o respetivo sócio tenha liberado a sua quota (art.º 213º, n.º 1)	Tribunal a fixação do prazo de reembolso e, em caso de insolvência, só podem ser reembolsados depois de pagos os outros credores (art.º 245º)
Consequência do incumprimento	A lei não estabelece sanção, embora nos casos das sociedades por quotas a lei não pareça obstar a que os estatutos prevejam que tal incumprimento seja fundamento de exclusão ou de amortização da quota (arts. 209º n.º 4, 287º n.º 4, 241º n.º 1, 232º, n.º 1 e 233º n.º 1)	É sancionado com a perda total ou parcial da quota e eventualmente com a exclusão do sócio (arts. 212º, n.º 1, 204º e 205º)	A lei não sanciona a omissão desta obrigação, embora no caso das sociedades por quotas se preveja que tal incumprimento é motivo de exclusão ou de amortização da quota (arts. 209º n.º 4, 287º n.º 4, 241º n.º 1, 232º n.º 1 e 233º n.º 1)

Fonte: Elaboração própria. Os artigos mencionados neste quadro comparativo são todos do CSC.

3. Origem do instituto das Prestações Acessórias

O instituto das prestações acessórias surgiu, em Portugal, no atual Código das Sociedades Comerciais, que data de 1986 (Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro).

Desde há muito tempo que as prestações acessórias marcavam presença no direito de outros países, europeus e não só².

Recordemos o caso da Alemanha, em que esta figura surgiu nas sociedades anónimas, em meados do século XIX, para garantir o fornecimento de beterraba na indústria do açúcar. As sociedades de responsabilidade limitada surgiram em

² Conforme invoca Maria Jesús Peñas Moyano, *Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, p. 37 e segs.

1892 através do *GmbHG* (Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada), onde vinha prevista a figura das prestações acessórias para este tipo de sociedades.

Tanto o ordenamento jurídico alemão como o ordenamento jurídico italiano influenciaram o aparecimento deste instituto (das prestações acessórias) em Portugal.

No direito alemão, no que concerne a este tipo de prestações, encontramos as *Nebenleitungs-AG*, ou seja, um subtipo de sociedade anónima, em que os sócios estão adstritos a deveres acessórios de prestação perante a sociedade, com caráter gratuito ou oneroso, nomeadamente, os deveres previstos no art.º 55º da *AktG*³.

No que ao direito italiano diz respeito surgiu no art.º 2345º do *Codice Civile*, a possibilidade de se estipularem com caráter obrigatório *prestazioni accessorie*.

Nestes dois ordenamentos jurídicos, as obrigações acessórias não podem ser pecuniárias, havendo, inclusive, uma proibição expressa nesse sentido. O mesmo não acontece no direito português, tal como abordaremos adiante.

O Código das Sociedades Comerciais Português recebeu as prestações acessórias como um instituto comum tanto às sociedades por quotas como às sociedades anónimas, regulando-as, respetivamente, nos artigos 209º e 287º do CSC, em termos quase idênticos⁴. No entanto, o referido instituto teve muita dificuldade, inicialmente, em entrar na vida societária.

Atualmente, no nosso país, tem-se verificado um aumento do recurso a esta figura jurídica das prestações acessórias, como indicia a sua presença crescente nos balanços e nos pactos sociais de várias sociedades, pelo menos, nos grandes grupos económicos.

³ Lei alemã sobre as sociedades anónimas e em comandita por ações, de 6 de setembro de 1965.

⁴ Divergindo somente na parte final do n.º 3, que estabelece que, nas sociedades anónimas, a remuneração da prestação onerosa não pode ultrapassar o valor da prestação respetiva. Esta previsão vem de encontro ao estatuído nos n.ºs 1 e 3 do art.º 29º do CSC.

4. Caracterização e Elementos Essenciais das Prestações Acessórias

Nos termos legais, pode o contrato de sociedade impor a todos ou a alguns sócios a obrigação de efetuarem prestações além das entradas. A essas obrigações impostas no contrato e cujo objeto é constituído por prestações que não são “entradas” (para o capital), intitula os arts. 209º e 287º do CSC de “obrigações de prestações acessórias”. Contudo, nem todas as obrigações se podem reconduzir às prestações acessórias, tendo em conta também a existência das prestações suplementares, previstas no art.º 210º do CSC.

O legislador não oferece uma noção de prestações acessórias, limitando-se a determinar a possibilidade dos sócios incluírem tal obrigação nos estatutos da sociedade, omissão que se justifica, não apenas por não constituir função do legislador formular definições jurídicas, mas também por não ser materialmente possível concretizar a figura dado o espaço de discricionariedade deixado à sociedade nas pessoas dos seus sócios, na sua concretização, impondo a lei apenas a fixação dos seus elementos essenciais.

O primeiro traço que importa referir quanto ao presente instituto é o relativo à sua previsão em sede do contrato de sociedade. Assim, só pode nascer uma obrigação de realizar prestações acessórias quando o contrato o determinar (arts. 209º⁵ e

⁵ Art.º 209º do CSC, Obrigações de Prestações Acessórias:

“1 - O contrato de sociedade pode impor a todos ou a alguns sócios a obrigação de efetuarem prestações além das entradas, desde que fixe os elementos essenciais desta obrigação e especifique se as prestações devem ser efetuadas onerosa ou gratuitamente. Quando o conteúdo da obrigação corresponder ao de um contrato típico, aplica-se a regulamentação legal própria desse tipo de contrato.

2 - Se as prestações estipuladas forem não pecuniárias, o direito da sociedade é intransmissível.

3 - No caso de se convencionar a onerosidade, a contraprestação pode ser paga independentemente da existência de lucros de exercício.

4 - Salvo disposição contratual em contrário, a falta de cumprimento das obrigações acessórias não afeta a situação do sócio como tal.

5 - As obrigações acessórias extinguem-se com a dissolução da sociedade.”

287^{o6} ambos do CSC), consubstanciando uma exigência formal essencial⁷, sendo por natureza, uma obrigação social.

A cláusula que fixa as prestações acessórias tem de incluir os elementos essenciais da obrigação e indicar expressamente se as prestações acessórias são a título gratuito ou oneroso. Não é, assim, suficiente uma cláusula genérica e abstrata que disponha que a assembleia poderá deliberar a exigência ou não de prestações acessórias, tal como sucede nos suprimentos. Tendo em conta a falta de determinação da prestação, uma cláusula deste género seria nula⁸.

No decorrer da vida societária é possível alterar o contrato de sociedade, fazendo dele constar a obrigação de prestação acessória⁹. Todavia, neste caso, é

⁶ Art.º 287º do CSC, Obrigação de Prestações Acessórias:

1 - O contrato de sociedade pode impor a todos ou a alguns acionistas a obrigação de efetuarem prestações além das entradas, desde que fixe os elementos essenciais desta obrigação e especifique se as prestações devem ser efetuadas onerosa ou gratuitamente. Quando o conteúdo da obrigação corresponder ao de um contrato típico, aplicar-se-á a regulamentação legal própria desse tipo de contrato.

2 - Se as prestações estipuladas não forem pecuniárias, o direito da sociedade é intransmissível.

3 - No caso de se convencionar a onerosidade, a contraprestação pode ser paga independentemente da existência de lucros do exercício, mas não pode exceder o valor da prestação respetiva.

4 - Salvo disposição contratual em contrário, a falta de cumprimento das obrigações acessórias não afeta a situação do sócio como tal.

5 - As obrigações acessórias extinguem-se com a dissolução da sociedade.”

⁷ Neste sentido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13/10/2009 (processo 6041/04.1TBBERG.S1, disponível em www.dgsi.pt): “*As obrigações ou prestações acessórias (...) fazem parte integrante do contrato de sociedade*”.

⁸ Vide art.º 400º do Código Civil (CC).

⁹ Cf. art.º 85º do CSC. Nas sociedades por quotas, as deliberações de alteração do contrato só podem ser tomadas por maioria de $\frac{3}{4}$ dos votos correspondentes ao capital social ou por número ainda mais elevado de votos exigido pelo contrato de sociedade - vide art.º 265º do CSC. Já nas sociedades anónimas, a assembleia geral pode deliberar em primeira convocação, desde que estejam presentes ou representados acionistas que detenham, pelo menos, ações correspondentes a $\frac{1}{3}$ do capital social, enquanto que na segunda convocação, pode deliberar seja qual for o número de acionistas presentes ou representados - vide n.ºs 2 e 3 do art.º 383º do CSC. A deliberação da alteração deve ser aprovada por $\frac{2}{3}$ dos votos emitidos, quer seja em primeira ou em segunda

necessário o consentimento de todos os sócios que por esse meio venham a ficar obrigados¹⁰.

Apesar desta previsão legal, quanto à forma da obrigação das prestações acessórias, não existe na lei fundamentos de exclusão da possibilidade de os sócios realizarem espontaneamente prestações acessórias, ou seja, o sócio por sua livre e espontânea vontade, pode prestar, sem que para tal tenha existido deliberação social¹¹ ou interpelação do órgão executivo por existir previsão estatutária¹². No entanto, nestes casos é necessária uma deliberação *a posteriori* que ratifique a prestação acessória espontânea, tornando eficaz aquele ato, onde também será definido o regime da mesma, em especial, o regime de remuneração e de restituição¹³.

Tentaremos, assim, procurar resposta para quatro perguntas com vista a fixar os elementos essenciais da cláusula de prestações acessórias: 1. Qual o facto gerador da obrigação? 2. Quem são os sujeitos da obrigação? 3. Qual o objeto da obrigação?

convocação. Se, na segunda convocação, estiverem presentes ou representados acionistas detentores de, pelo menos, metade do capital social, a aprovação da alteração pode ser tomada pela maioria dos votos emitidos, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do art.º 386º do CSC.

¹⁰ Sob pena, do aumento imposto ser ineficaz - cf. n.º 2 do art.º 86º do CSC.

¹¹ Exceto no caso das sociedades anónimas em que se verifiquem cumulativamente os requisitos previstos no n.º 1 do art.º 29º do CSC. Nestes casos será necessário ainda deliberar previamente a designação do revisor oficial de contas independente que irá avaliar o bem (cf. n.º 3 do art.º 29º do CSC), deliberação no qual está impedido de votar o sócio que efetua a prestação (cf. n.º 1 do art.º 28º do CSC).

¹² Estas prestações acessórias espontâneas não podem ser qualificadas de ilegais, uma vez que respeitam os princípios enformadores das sociedades comerciais, tendo em conta a *ratio* da lei, o espaço de conformação deixado pelo legislador nas normas permissivas dos arts. 209º e 287º do CSC e o facto de estarmos perante direito civil no qual vigora o princípio da liberdade contratual e da autonomia privada.

¹³ Para maiores desenvolvimentos sobre este tema, *vide* Carolina Caçador, “*Da admissibilidade da realização espontânea de prestações acessórias nas sociedades comerciais*”, Dissertação de Mestrado em Direito Empresarial, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Escola de Lisboa, Lisboa, 2014.

4. Quais os deveres a que fica sujeita a sociedade depois de receber a prestação do sócio?

Antes de mais cumpre esclarecer que estes elementos deverão ficar de tal forma clarificados na cláusula de prestações acessórias, de modo a que se consiga alcançar perfeitamente o concreto dever do sócio de realizar a prestação acessória e o direito da sociedade de a receber.

Como ensina Manuel António Pita¹⁴, o facto jurídico revela-se como um acontecimento a que o direito liga uma consequência jurídica, neste caso, o nascer de uma obrigação de prestação acessória.

Necessário se torna saber se deve ter lugar um ato intermédio de concretização após a verificação do facto jurídico gerador da obrigação, como sucede com a deliberação dos sócios nas prestações suplementares e se admite que possa suceder também na obrigação de suprimentos. Com efeito, a doutrina dominante tem entendido que a exigência da prestação acessória não depende de qualquer deliberação dos sócios, salvo disposição contratual em contrário¹⁵, bastando para o seu cumprimento a exigência pela gerência/administração, não sendo assim necessário qualquer ato intermédio. Aliás, até é possível os sócios realizarem as prestações acessórias voluntariamente, ou seja, mesmo sem qualquer exigência por parte da gerência/administração¹⁶.

No que concerne aos sujeitos da obrigação de prestações acessórias podemos dividi-los entre o sujeito ativo, que será a sociedade que recebe a prestação acessória, e o sujeito passivo, que conseqüentemente, será o sócio que realiza a referida prestação. O sócio que fica obrigado a realizar a prestação, deve ser perfeitamente identificado, por forma a não deixar margens para dúvidas sobre

¹⁴ Em *As Prestações Acessórias em Dinheiro*, Revisores e Auditores – Direito, pp. 39 a 45.

¹⁵ No mesmo sentido, *vide* art.º 244º, n.º 3 do CSC.

¹⁶ Atendendo à *ratio* da lei, e que a obrigação foi previamente deliberada e a mesma consentida pelo próprio sócio obrigado, estando prevista a prestação no contrato de sociedade, não se poderá excluir esta possibilidade da realização de prestações acessórias voluntárias. Sobre este tema *vide* Carolina Caçador, *ob. cit.*.

quem recai tal obrigação, já que a mesma pode recair sobre todos, alguns ou apenas um sócio.

No âmbito da transmissão de participações sociais coloca-se a questão de saber se a obrigação de prestações acessórias também se transmite para o novo titular. É geralmente admitido que, salvo exceções resultantes do caráter pessoalíssimo da obrigação acessória, esta transmite-se com a respetiva quota. No entanto, nem todas as prestações acessórias têm caráter pessoal. Esta característica verifica-se quando, por exemplo, exista um serviço que só por aquele sócio possa ser prestado, quer por natureza, quer por os outros sócios apenas naquele confiarem (caso da obrigação acessória de exercer a gerência). A extrema pessoalidade da obrigação acessória impede que a mesma se transmita juntamente com a quota, mas não evita, a transmissão da quota. Portanto, nestes casos, haverá duas possíveis consequências: ou a obrigação acessória se mantém no cedente ou ela se extingue. Ora, no cedente não poderá manter-se, uma vez que só os sócios podem estar sujeitos a tais obrigações. Para que continue como prestação acessória meramente obrigacional, será necessário a existência de uma cláusula contratual que o estabeleça. Desta forma, a única solução geralmente viável, é a sua extinção.

Esta solução tem igualmente aplicação no caso das transmissões *mortis causa*¹⁷. Nestes casos, se o contrato for omissivo a sucessão na quota contempla a sucessão na obrigação acessória, exceto se esta dever extinguir-se por ser pessoalíssima.¹⁸

Relativamente às sociedades por quotas, quando a obrigação da prestação acessória for exigida, o devedor da mesma será o sócio que detiver a participação

¹⁷ A transmissão de quotas “*lato sensu*” abrange a transmissão “*mortis causa*” e a cessão de quotas. Mas a cessão de quotas não engloba a transmissão por morte. Assim, há uma distinção através do critério do caráter voluntário ou não da transmissão. Cf. António Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*, Coimbra Editora, 5ª ed. (Reformulada e atualizada de acordo com os Decretos-Leis n.ºs 8/2007 e 357-A/2007), 2008, pp. 327 e segs. No mesmo sentido, Raúl Ventura, *Sociedades por quotas*, I, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 577; e Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial* (Volume II, Das Sociedades), Coimbra, Almedina, 3ª ed., 2009, p. 365.

¹⁸ Raúl Ventura, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Sociedades por Quotas*, Vol. I – Artigos 197º a 239º, 2ª Edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1993, pp. 224 a 227.

social naquele momento, sucedendo a mesma situação nas sociedades anónimas, já que todas as ações são, agora, nominativas, nos termos do artigo 299º do CSC¹⁹,

o que permite a perfeita individualização da pessoa obrigada²⁰.

Desta forma, as prestações acessórias aproximam-se das obrigações *propter rem*²¹.

Quanto à obrigação pode constituir objeto da mesma qualquer tipo de prestações, ou seja, tudo o que possa ser objeto de uma obrigação, desde que esteja dentro dos limites legais, nos termos dos artigos 398.º e 280.º do Código Civil.

Como conteúdos das prestações acessórias podemos ter:

- (a) *Dare*, que corresponde à entrega de uma coisa que pode ser dinheiro ou outro bem fungível, conforme números 2 dos artigos 209º e 287º do CSC, *a contrario sensu*;
- (b) *Facere*, que consubstancia uma prestação de facto;
- (c) *Omitire*, que representa uma inação.²²

É possível fazer, assim, uma distinção entre o objeto imediato e o objeto mediato. O objeto imediato consubstancia a atuação do sócio, e o objeto mediato o bem que a sociedade receberá em consequência daquela atuação.

¹⁹ Antes da alteração legislativa ocorrida em 2017, eram permitidas ações ao portador e ações nominativas. Com a Lei n.º 15/2017, de 03 de maio, que alterou o artigo 299º do CSC, deixou de ser possível existirem ações ao portador. Contudo, já antes desta alteração legislativa era possível esta individualização do acionista obrigado à realização da prestação acessória, já que as suas ações teriam que ser nominativas.

²⁰ A sociedade tem de registar a emissão dos seus valores mobiliários e as suas transmissões através de suporte de papel ou em suporte informático, de acordo com os artigos 4º, 43º e 142º do CVM e Portaria n.º 290/2000, de 25 de maio.

²¹ Estas, têm a característica da “ambulatoriedade”, no sentido de que a transmissão do direito de cuja natureza a obrigação emerge implica automaticamente a transmissão desta para o novo titular - *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02/02/2006 (processo 364/2006-6, disponível em www.dgsi.pt), bem como o disposto no n.º 3 do art.º 24º do CSC.

²² *Vide* Almeida Costa, Direito das Obrigações, 12ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 689-709.

No que concerne à duração da obrigação, esta pode existir por tempo indeterminado, por exemplo quando a obrigação durar pelo tempo que durar a sociedade que não tenha um termo fixado no contrato de sociedade. De outro passo, a obrigação pode ter um prazo determinado, situação em que o mesmo tem de constar do contrato. A obrigação pode, ainda, ser instantânea, aquela que se realiza num só momento ou num só ato, por exemplo, a entrega de uma quantia em dinheiro de uma só vez.²³

Desta forma, as prestações acessórias podem impor atuações instantâneas ou duradouras, únicas ou fracionadas, periódicas ou irregulares, certas ou eventuais²⁴, *vide* os seguintes exemplos: prover bens à sociedade, a assistência técnica por parte do sócio, o aprovisionamento da sociedade com capital, a prestação de garantias a dívidas da sociedade, a prestação de serviços, o desempenho da gerência/administração, sortir o gozo de um imóvel ou de outro bem material à sociedade, proporcionar o seu *know-how* ou simplesmente não fazer concorrência à sociedade. Constata-se que tem sido especialmente na área dos bens que não podem ser entregues a título de entradas para o capital social que as prestações acessórias têm singrado.²⁵

As outras principais leis estrangeiras que expressamente se referem a prestações ou obrigações acessórias dos sócios divergem principalmente quanto ao objeto destas, que nalgumas, como a lei austríaca e a lei italiana, não podem consistir em dinheiro, e noutras, como a lei do México, não podem consistir em prestações de trabalho dos sócios. A lei suíça ainda é mais sintética do que a lei alemã. O *Codice*

²³ A propósito do tema, Raúl Ventura dá o exemplo do prémio de emissão a pagar no momento da celebração do contrato (*vide* Sociedades por Quotas, Vol. I, Coimbra, 1987, p. 205). Note-se que no regime alemão das sociedades anónimas apenas são admitidas prestações duradouras numa das suas modalidades, a prestação periódica (*vide* sobre o conceito de prestação periódica, Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, 9ª Edição, p. 646).

²⁴ Neste sentido *vide* António Menezes Cordeiro; Januário da Costa Gomes, *Obrigações de Prestações Acessórias*, in António Menezes Cordeiro, coord. – Código das Sociedades Comerciais Anotado, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 628.

²⁵ Sobre a relação entre prestações acessórias e proibição de entradas em indústria nas sociedades de capitais, *vide* Maria de Jesús Peñas Moyano, *Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, pp. 62 e segs.

Civile Italiano dispõe que o ato constitutivo pode prever a obrigação dos sócios de cumprir prestações acessórias sendo que as quotas a que está ligada a obrigação das referidas prestações são transmissíveis apenas com consentimento da gerência/administração.

Nas sociedades comerciais, à exceção das sociedades em nome coletivo²⁶, não são permitidas as prestações em indústria. Contudo, o instituto das prestações acessórias, abre a porta a essa realidade aos demais tipos societários, já que permite a realização de prestações acessórias em indústria pelo sócio.

Assim, a cláusula contratual que fixa as prestações acessórias estabelece uma relação jurídica entre o sócio e a sociedade, decorrendo daí uma obrigação para o sócio a favor da sociedade²⁷.

Uma vez que se mostre realizada a prestação acessória por parte do sócio, poderá nascer daí, também, uma obrigação para a sociedade, consoante o tipo de contrato típico²⁸ que estiver subjacente à obrigação realizada pelo sócio²⁹. Por exemplo, se o sócio se obrigar a permitir o uso e fruição temporário de um imóvel, mediante uma retribuição, aplicar-se-á a essa relação entre o sócio e a sociedade, as regras do contrato de arrendamento. Já se esse uso e fruição forem gratuitos, aplicar-se-á as regras do contrato de comodato. Se o sócio se tiver obrigado a transmitir um bem imóvel ou um direito predial a título definitivo e oneroso à sociedade, essa relação será subordinada às regras do contrato de compra e venda. Já se essa transmissão for a título gratuito, aplicar-se-á as normas do contrato de doação.

²⁶ Pois só nas Sociedades em nome coletivo é que é permitido os sócios de indústria, nos termos do art.º 178º do CSC.

²⁷ Cf. art.º 397º do Código Civil.

²⁸ *A contrario*, para maiores desenvolvimentos, vide Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995.

²⁹ Cf. art.º 209º, n.º 1, *in fine*, do CSC.

5. Prestações Acessórias Restituíveis ou a Título Definitivo

A restituição das prestações acessórias pela sociedade ao sócio não está, na maior parte dos casos, dependente da integridade do capital social, ao contrário do que sucede com as prestações suplementares. Se nada ficar fixado no contrato de sociedade ou na deliberação que exige as prestações acessórias estas revestirão a natureza de créditos dos sócios, ou seja, capital alheio à sociedade. Não obstante, na cláusula contratual que fixa as prestações acessórias ou na deliberação que as exige, é possível fixar a natureza destas como capital próprio da sociedade, dependendo do regime que fica estabelecido para a restituição das mesmas.

De outro passo, as prestações acessórias podem ainda ser estabelecidas e realizadas a título definitivo, e sendo as mesmas prestadas a título gratuito, o sócio nada receberá da sociedade como contrapartida daquela prestação, não obstante poder ter uma expectativa de distribuição de maiores lucros proporcionais à sua participação social, em resultado daquela prestação. Por exemplo, o sócio que entrega à sociedade, a título definitivo e gratuito, um imóvel que se encontra numa localização específica e estratégica, o que vai permitir à sociedade escoar mais rapidamente e em maior quantidade as suas mercadorias, o que originará uma maior receita para a sociedade, e conseqüentemente, um maior lucro a distribuir posteriormente pelos sócios. Nestas situações, estas prestações são contabilizadas como capital próprio da sociedade porque não são restituíveis nem daí advém qualquer obrigação para esta.

6. Gratuitidade e Onerosidade das Prestações Acessórias

Como referido supra, a cláusula contratual deve especificar se as prestações serão efetuadas a título oneroso ou gratuito, sendo esta exigência objeto de discussão na doutrina.

Partindo do pressuposto que o contrato de sociedade é um contrato oneroso, também a prestação acessória o deveria ser (sendo este o regime supletivo), já que com a realização da mesma, inevitavelmente, existe sempre uma vantagem para a sociedade, quer seja patrimonial ou não, e conseqüentemente haverá também uma

vantagem para o sócio que realiza a prestação acessória, já que poderá perspetivar uma maior distribuição de lucros. Nesta perspetiva as prestações acessórias nunca serão gratuitas, já que existirá sempre um interesse patrimonial do sócio nas mesmas³⁰.

Conforme ensina Raúl Ventura³¹: “as prestações gratuitas podem suscitar uma dúvida de natureza...; não havendo qualquer contrapartida da sociedade a uma prestação efetuada por um sócio, pode parecer que se trata de pura liberalidade do sócio. Na realidade não é assim; com ou sem contrapartida da sociedade, a obrigação acessória tem natureza societária, faz parte da relação jurídica criada entre os sócios pelo respetivo contrato. O sócio obriga-se a efetuar prestações acessórias como se obriga a efetuar a própria prestação de capital e todas as prestações que efetua à sociedade, na qualidade de sócio, têm um fim social, que as afasta das liberalidades ou doações. A nomenclatura legal «prestações feitas gratuitamente» pode levar a supor o contrário, mas o defeito é da nomenclatura...”.

Também Rui Pinto Duarte³² ensina: “A terminologia legal não é inteiramente feliz já que, no rigor dos conceitos, as prestações acessórias nunca são gratuitas – no sentido em que nunca correspondem a uma liberalidade. Por outras palavras: as prestações acessórias podem ter uma contrapartida direta ou não, sendo o primeiro caso aquele a que a lei atribui a característica de onerosidade e o segundo aquele a que a lei atribui a característica de gratuitidade”.

A doutrina maioritária tem vindo a entender como critério para qualificar a prestação acessória como onerosa ou gratuita, o dever ou não de restituição/reembolso da prestação. Contudo, e como referimos anteriormente esta

³⁰ Conforme refere Margarita Viñuelas Sanz, *Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 234: “não se pode esquecer a especialidade que origina a natureza social da relação e que exclui de per si o «*animus donandi*»”.

³¹ Sociedade por Quotas, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1987, p. 214.

³² Escritos sobre Direito das Sociedades, Coimbra Editora, 2008, p. 228, nota de rodapé n.º 7.

obrigação de restituição, enquanto regime supletivo, existirá sempre, à exceção das prestações acessórias realizadas a “fundo perdido”.

Acompanhando a doutrina dominante, a Comissão de Normalização Contabilística também já deu o seu parecer, em 28/02/1996, no sentido de: “1. As prestações acessórias são classificadas de acordo com a legislação em gratuitas e onerosas (quer vençam ou não juros). 2. De acordo com o entendimento jurídico da Inspeção-Geral de Finanças, as prestações gratuitas não dão lugar a contrapartida de reembolso pela empresa beneficiária, enquanto as onerosas são reembolsáveis. 3. Assim sendo as prestações onerosas devem ser classificadas como passivo, sendo a conta adequada a de 25 – Acionistas. 4. Assim sendo as prestações acessórias gratuitas têm a natureza de Capital Próprio, e na falta de conta de Razão específica, considera-se de utilizar a conta 53 - Prestações Suplementares em subconta a designar de Prestações Acessórias gratuitas. Esta situação deverá ser explicitada na nota 48 do Anexo ao Balanço e Demonstração de Resultados.”

Desta forma, entende aquela Comissão que as prestações acessórias pecuniárias restituíveis serão onerosas e as não restituíveis serão gratuitas.

Concluimos, assim, que o critério diferenciador das prestações acessórias na dicotomia oneroso/gratuito, terá de ser a existência ou não de uma obrigação por parte da sociedade a favor do sócio, como contrapartida da vantagem que adquiriu com a prestação acessória.

No que concerne às prestações com outros objetos não pecuniários, a gratuitidade ou onerosidade das mesmas depende da existência ou não de uma contraprestação ou da restituição por parte da sociedade, pelo que quando não exista uma contraprestação e o objeto não seja restituível, a prestação é considerada gratuita e a título definitivo.³³

³³ Vide Manuel António Pita, *ob. cit.*

7. Consequências da não realização da obrigação de Prestação Acessória e sua extinção

A falta de cumprimento da realização da prestação acessória, quando a mesma for exigida, coloca o sócio obrigado em mora ou em incumprimento definitivo, nos termos do contrato típico a que corresponda a obrigação da prestação acessória, não sendo beliscada a sua qualidade de sócio. Todavia, a lei não obsta, pelo menos no caso das sociedades por quotas, que os estatutos prevejam que tal incumprimento seja fundamento de exclusão ou de amortização de quota.³⁴

Os arts. 209º, n.º 5 e 287º, n.º 5, estabelecem que as prestações acessórias se extinguem com a dissolução da sociedade, fixando assim a sua duração máxima. Este preceito reveste natureza imperativa, uma vez que tais prestações se destinam a facilitar a vida societária, e deixam de fazer sentido quando a sociedade se dissolve e a fase da liquidação é iniciada. Assim, também nas situações de insolvência da sociedade, e uma vez que ocorre a sua dissolução, extingue-se igualmente a obrigação da prestação acessória.

O contrato de sociedade pode prever ainda outros factos extintivos das prestações acessórias, quer relacionados com o tempo ou natureza, tanto de carácter geral ou específico para algumas obrigações.

Outra forma de extinção das obrigações acessórias é a extinção da participação social em que a obrigação se incluía, sem prejuízo da responsabilidade do sócio se a extinção envolver, nos termos gerais, a culpa daquele.

8. Prestações Acessórias: Implicações Notariais

No âmbito da estipulação da cláusula da obrigação de prestação acessória, esta deve constar no contrato de sociedade (art.º 209º, n.º 1 e art.º 287º, n.º 1 do CSC). Como referimos anteriormente, tal estipulação pode ficar logo consignada

³⁴ Arts. 209º n.º 4, 287º n.º 4, 241º n.º 1, 232º n.º 1 e 233º n.º 1, todos do CSC.

no contrato de sociedade aquando da constituição daquela ou, posteriormente, por alteração ao pacto social.

Antes da grande reforma ocorrida em 2006, a constituição das sociedades e suas posteriores alterações estavam sujeitas a um duplo controlo público de legalidade³⁵ ou, como também é designado, a uma dupla qualificação. O primeiro, é feito preventivamente pelo Notário³⁶ e, o outro, é feito à *posteriori* pelo Conservador. Cada um qualifica cataduras díspares dos atos e sob concessões dissemelhantes.³⁷

O Notário³⁸ tem a função primordial de imprimir segurança e certeza no comércio jurídico³⁹, protegendo as partes⁴⁰ no “tocante à forma que deve ter o documento e, portanto, como é que o ato deve ser formalizado para produzir

³⁵ Sobre este tema *vide* Joaquim Barata Lopes, “Duplo controlo da Legalidade?”, *Qualificação dos atos registáveis com intervenção notarial (duplo controlo da legalidade)*, in Revista Lusíada, Direito, série 2, número 2, Lisboa, 2004.

³⁶ Em Portugal, o Notário é o órgão próprio da função notarial, cf. n.º 1 do art.º 2º Código do Notariado (CN).

³⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre este tema, *vide* Vitor Câmara, *Dos Registos, em especial o Registo Comercial: Características e Fragilidades*, Chiado Editora, 2.ª ed., 2017, pp. 77 e segs. e 121 e segs..

³⁸ Como alude João Ricardo Meneses: “...é um jurista a cujos documentos escritos, elaborados no exercício da sua função, é conferida autenticidade e fé pública. É autor das escrituras públicas e assegura o seu arquivo de acesso público. Rege a sua atividade pelo princípio da legalidade devendo indagar, interpretar e adequar as declarações que recebe ao ordenamento jurídico vigente, esclarecendo as partes do valor e alcance dos atos que praticam. E sim, também usa e apõe carimbos e selo branco!”. In *Jornal de Negócios* de 18/06/2020, opinião intitulada “Gato por lebre - “Even better than the real thing?””, em <https://www.jornaldenegocios.pt/opinioao/detalhe/gato-por-lebre--even-better-than-the-real-thing>.

³⁹ *Vide* José Alberto González, *Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário*, Lisboa, Quid Juris, 4ª ed., 2009, pp. 136 a 140, sobre a publicidade notarial.

⁴⁰ Lembramos que “o notário exerce as suas funções em nome próprio e sob sua responsabilidade*, com respeito pelos princípios da legalidade, autonomia, imparcialidade, exclusividade e livre escolha”, cf. art.º 10º do Estatuto do Notariado (DL n.º 26/2004, de 04 de fevereiro). *Sobre a “Responsabilidade Civil dos Notários”, *vide* João Maia Rodrigues, estudo publicado em anexo à rubrica “A minha opinião” do caderno principal do BRN – Boletim dos Registos e do Notariado n.º 2/2003, do mês de fevereiro.

efeitos *inter partes* e, o registador, tendo em vista a publicitação desse mesmo ato e como é que ele deve ingressar no sistema de registo para validamente produzir efeitos *erga omnes*⁴¹, pois o registo visa proteger terceiros.

Com as alterações levadas a cabo, verificando-se assim a eliminação da obrigação do mencionado duplo controlo público de legalidade, atualmente, é possível constituir uma sociedade não só por escritura pública, como também através da empresa na hora ou mesmo da empresa online.

Porém, a primeira forma enunciada, ou seja, a escritura pública, é a única que permite aos futuros sócios estipular no contrato de sociedade a referida cláusula da obrigação de prestações acessórias, isto porque, nas outras duas modalidades referidas não é possível aos futuros sócios estipularem este tipo de cláusulas visto que apenas aplicam contratos de sociedade pré-aprovados sem conferir tal possibilidade⁴².

Assim, o Notário tem um papel fundamental na assessoria⁴³ aos futuros sócios com vista a dar forma à cláusula que os mesmos pretendem estipular no contrato de sociedade.^{44/45}

⁴¹ Cf. Carla Soares (2009), *Contra-Reforma do Notariado e dos Registos: Um Erro Conceptual*, Coimbra, Almedina., p. 116, ao citar J. A. Mouteira Guerreiro, *Algumas Ideias em Torno dos Registos e da Sua Relação com o Notariado*, 2009, trabalho não publicado.

⁴² No que à empresa-online diz respeito, na verdade é possível constituir a sociedade com a estipulação da obrigação de prestação acessória no contrato, mas para tal, os sócios não podem optar pelos modelos pré-aprovados, tendo os próprios de realizar e apresentar um contrato de sociedade onde contemplem a respetiva cláusula da obrigação da prestação acessória.

⁴³ Cf. n.º 2 do art.º 1º do CN.

⁴⁴ Exemplo de uma cláusula de obrigação de prestação acessória: Os acionistas A, B, C e D, podem ser obrigados a entrar para a sociedade, a título de prestações acessórias a realizar em espécie, a título definitivo e gratuito, porque não reembolsável nem originadora de qualquer contraprestação no momento da sua realização ou no futuro, com os seguintes imóveis: I- Acionistas A e B: 1) Prédio urbano, ...

⁴⁵ É possível fazer constar uma cláusula que autorize a realização espontânea de uma prestação acessória, mas deve de balizar o seu regime, por forma a evitar dissimulações. Assim, damos como exemplo a seguinte cláusula:

Além da obrigação poder ficar logo estipulada na constituição da sociedade, a mesma poderá ser incorporada posteriormente no decurso da vida societária. Esta alteração ao pacto social pode ser feita por deliberação em ata – art.º 85º do CSC - (nomeadamente ata notarial – art.º 63º, n.º 6 do CSC), e/ou por escritura pública. Nestes últimos dois casos, revela-se novamente essencial o papel do Notário por forma a efetuar o controlo público de legalidade, revestindo o ato de fé pública.

Vislumbramos assim que o Notário, na estipulação da cláusula de prestação acessória necessita de revelar conhecimentos profundos sobre a matéria, com vista a poder assessorar os requerentes quanto à melhor solução a aplicar à situação concreta.

Já quanto ao momento da realização da obrigação acessória propriamente dita, o Notário poderá ter novamente aqui um papel preponderante na formalização dos atos convenientes, nomeadamente, através da outorga de escritura pública. Um exemplo claro desta intervenção do Notário verifica-se quando o bem a prestar for um bem imóvel e o seu titular pretender que a realização da sua prestação para a sociedade seja efetuada através de escritura pública.

Neste contexto, e de acordo com o que ficou referido anteriormente, o Notário terá de, previamente, verificar se já consta do contrato de sociedade a previsão da referida obrigação acessória. No caso de ainda não ter sido estabelecida tal cláusula, o Notário poderá efetuar a escritura de alteração do pacto social e, em ato contínuo, lavrar a escritura de realização de prestação acessória.

-
1. Os sócios, podem, a qualquer momento, realizar prestações acessórias a favor da sociedade.
 2. Se as prestações acessórias tiverem por objeto dinheiro, não podem ser remuneradas e apenas serão restituídas se existir deliberação ratificativa nesse sentido.
 3. Se as prestações acessórias tiverem por objeto prestação diferente de dinheiro, a sua realização apenas será válida e vinculará a sociedade se existir deliberação nesse sentido, aprovada por três quartos dos votos expressos na assembleia.
 4. As prestações referidas no número anterior não podem ser remuneradas nem restituíveis, salvo se a deliberação que as ratifique expressamente o permitir.

Mas no caso do sócio/acionista querer realizar de forma espontânea a prestação acessória e a sociedade não esteja regularmente representada, o Notário não poderá recusar a realização da escritura da prestação (exceto no caso das sociedades anónimas em que estejam reunidos cumulativamente os requisitos previstos no n.º 1 do art.º 29º do CSC), uma vez que esta não é nula⁴⁶. Vejamos, o Notário pode realizar a escritura apenas com a intervenção daquele sócio que presta, assumindo aquele também o cargo de gestor de negócios⁴⁷ da sociedade, mas tem o dever de advertir o outorgante de que o ato é ineficaz, tendo de fazer constar na escritura essa mesma advertência⁴⁸, de acordo com o art.º 174º do CN.

Este negócio é ineficaz, porque apesar de não ter em si qualquer vício, não produz, no entanto, todos os seus efeitos, por força de fatores extrínsecos. Neste caso, pelo outorgante celebrar sem poderes de representação, em nome da sociedade, ou seja, por estar em causa a gestão de negócios. Assim, para que o mesmo se torne eficaz é necessário que seja ratificado pela sociedade⁴⁹, sendo essa ratificação facto de averbamento no ato anterior⁵⁰.

De seguida deverá verificar o conteúdo da obrigação e⁵¹, se o mesmo corresponder ao de um contrato típico, terá de aplicar a regulamentação legal própria desse tipo de contrato. Como exemplo temos a situação em que o sócio presta, a título oneroso e com cariz definitivo, um bem imóvel. Nesta situação tem lugar a aplicação do regime do contrato de compra e venda, e desta forma, será

⁴⁶ Só poderá recusar nos casos previstos do art.º 173º do Código do CN. *Vide* arts. 294º e 295º do CC.

⁴⁷ *Vide* arts. 464º e ss do CC.

⁴⁸ Exemplo da advertência: Adverti o outorgante de que este ato é ineficaz em relação à sociedade, enquanto por ela não for ratificado.

⁴⁹ Cf. arts. 268º e 471º do CC. A ratificação está sujeita à forma exigida para a procuração e tem eficácia retroativa.

⁵⁰ Cf. al. g) do n.º 1 do art.º 131º do CN.

⁵¹ Tendo sempre em atenção se a obrigação é válida, pois, por exemplo, se a obrigação for prestar o direito real de habitação duradoura (DHD) à sociedade, a mesma é ilegal, uma vez que este direito só é permitido a pessoas singulares, nos termos do art.º 2º do Decreto-Lei n.º 1/2020, de 9 de janeiro.

necessária, para a outorga da escritura, toda a documentação indispensável para este tipo de contrato, incluindo os extratos das declarações de liquidação e comprovativo da cobrança dos impostos devidos, de acordo com o art.º 49º, n.º 1 do CIMT. Nestes casos (de transmissão onerosa) e sendo a sociedade do tipo anónima, além da documentação referida, é ainda necessário verificar se a aquisição reúne cumulativamente os requisitos do número 1 do art.º 29º do CSC, situação em que será necessário instruir a escritura pública com um relatório elaborado por um ROC externo à sociedade, nos termos do disposto no n.º 3 do referido art.º 29º do CSC.

Outro exemplo recorrente é a transmissão de imóvel para a realização da prestação acessória a título definitivo e gratuito. Neste caso o contrato que se encontra subjacente é o contrato de doação, sendo necessária a documentação exigida para esse tipo de negócio. Nestes casos, não é exigível a elaboração de um relatório elaborado por um ROC.

Muitos outros contratos típicos poderão ficar subjacentes à realização das prestações acessórias, incluindo o trespasse⁵².

De referir, ainda, que o Notário deverá recusar a prática do ato que lhe seja requisitado se alguma das partes for vedada a intervenção como parte no negócio, nos termos da alínea g) do n.º 1 do artigo 37.º do Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo, aprovado em anexo à Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto.⁵³

⁵² Tanto o trespasse de usufruto previsto no art.º 1444º do CC, como o de estabelecimento comercial nos termos do art.º 1112º do CC. Por exemplo, neste último tipo de trespasse é necessário para instruir a escritura, no caso de ser uma farmácia, o alvará emitido pelo INFARMED, para instalação da respetiva farmácia. O sócio cedente terá de demonstrar a sua situação tributária. A sociedade cessionária não pode deter a exploração ou gestão de mais de 4 farmácias (Cf. n.º 1 dos arts. 14º e 15º do DL 307/2007, de 31 de agosto). Após a outorga do ato, o Notário tem o dever de comunicar ao INFARMED, I.P., o negócio realizado atinente à farmácia (cf. art.º 54º do DL 307/2007, de 31 de agosto).

⁵³ Cf. art.º 173º, n.º 1, al. e) do CN. Nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, o notário procede à consulta eletrónica ao Registo Central do Beneficiário Efetivo.

Concluimos, assim, que as implicações notariais deste tipo de prestações revelam especial importância porquanto podem influir com a validade das mesmas.

9. Prestações Acessórias: Implicações Fiscais

A realização de prestações acessórias pode originar algum imposto a liquidar e a pagar.

No caso do contrato típico subjacente à realização da prestação ser, por exemplo, o contrato de compra e venda de imóvel, há lugar à liquidação de IMT (Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis) – art.º 1º e 2º, n.º 1 do CIMT - e Imposto de Selo – verba 1.1 da Tabela Geral do Imposto do Selo (0,8%) -, sendo que estes impostos devem ser liquidados e pagos pela sociedade adquirente do bem (art.º 4º do CIMT e 3º do Código do Imposto do Selo).

A liquidação do IMT e do respetivo IS, precede o ato ou facto translativo dos bens, de acordo com o art.º 22º, n.º 1 do CIMT e art.º 23º, n.º 4 do CIS.

Já no tocante à prestação acessória realizada a título gratuito e definitivo e que tenha por objeto um bem imóvel, tendo, assim, subjacente um contrato de doação, há lugar à liquidação e pagamento do Imposto de Selo por parte da sociedade (art.º 3º do Código do Imposto do Selo) – verba 1.1 da Tabela Geral do Imposto do Selo -.⁵⁴

Outros impostos poderão ser devidos no âmbito da realização de prestação acessória, nomeadamente, no caso da prestação efetuada a título oneroso e

⁵⁴ Ao contrário do que sucede nos contratos de doação realizados entre particulares, onde há lugar à liquidação e pagamento das verbas 1.1 e 1.2 da Tabela Geral do Imposto do Selo (TGIS), respetivamente, 0,8% e 10%. Nesta situação, a liquidação e pagamento destes impostos são feitos depois da realização da escritura, ao contrário do que sucede com as prestações feitas a sociedades, onde a liquidação da verba 1.1 da TGIS e seu pagamento ocorre antes da outorga da escritura. Vide art.º 2º, n.º 2 *a contrario sensu* e n.º 3 e art.º 23º, n.º 4 e 5 do Código do Imposto do Selo.

restituível, que tem por base um contrato de arrendamento, sendo devido o pagamento da verba 2 da Tabela Geral do Imposto do Selo (10% da renda mensal).

O trespasse pode configurar também um contrato subjacente à realização de uma prestação acessória a título oneroso e definitivo, sendo devido o Imposto de Selo referente à verba 27.1 da Tabela Geral (5%). Caso a realização desta prestação seja efetuada por escritura pública, o sujeito passivo do imposto, ou seja, quem liquida e cobra o mesmo, é o próprio Notário, de acordo com o art.º 2º, n.º 1, alínea a) do Código do Imposto do Selo.

As implicações fiscais vão, assim, variando, consoante a natureza do contrato típico que está na base da realização da prestação acessória.

10. Prestações Acessórias: Implicações Registais

Conforme já ficou supra exposto, a cláusula de prestação acessória pode ficar, desde logo, fixada no contrato de sociedade aquando da constituição da sociedade. Esta constituição está sujeita a registo comercial obrigatório nos termos dos arts. 3º, n.º 1, alínea a) e art.º 15º, n.º 1, ambos do Código do Registo Comercial.⁵⁵

Quando a referida cláusula é convencionada no âmbito da alteração do pacto social há, igualmente, lugar a registo, conforme art.º 3º, n.º 1, alínea r), parte final, do Código do Registo Comercial.⁵⁶

Os referidos registos devem ser requeridos no prazo de dois meses a contar da data em que tiverem sido titulados (art.º 15º, n.º 2 do Código do Registo Comercial), sob pena do pagamento em dobro do emolumento aplicável (art.º 17º, n.º 1 do Código do Registo Comercial), podendo ser requeridos pelo titular do ato (notários, advogados e solicitadores) nos termos do art.º 30º, n.º 1, alínea c) do Código do Registo Comercial.

⁵⁵ De acordo com o n.º 2.1 do art.º 22º do Regulamento Emolumentar dos Registos e Notariado (RERN), é devido o emolumento de 360€. Quando promovido por via eletrónica, é reduzido em 15%, nos termos do n.º 25 do art.º 28º do RERN.

⁵⁶ De acordo com o n.º 2.4 do art.º 22º do RERN, é devido o emolumento de 200€.

No âmbito da promoção dos referidos registos, tanto no da constituição como no de alteração, além do título, é necessário juntar a lista dos titulares das participações sociais, com os respetivos dados de identificação. Quando se trate de alteração, é imperioso também juntar a versão atualizada e completa do texto do contrato atualizado.⁵⁷

O registo é requisito de força dos atos a ele adstrito, em relação a terceiros⁵⁸, e em algumas situações, torna dependente a eficácia *inter partes*.⁵⁹ É imperioso que o Estado assegure⁶⁰ que os documentos que entram no sistema registal não prejudiquem os efeitos do registo e a confiança que os cidadãos nele depositam.⁶¹

Como refere o Prof. Doutor Gomes Canotilho, “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida”⁶².

⁵⁷ Cf. n.º 2 do art.º 59º do Código do Registo Comercial.

⁵⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre “Terceiros para efeitos de Registo”, *vide* Mónica Jardim, *Efeitos substantivos do Registo Predial, Terceiros para Efeitos de Registo*, Almedina, 2015 – Reimpressão.

⁵⁹ Cf. Pedro Nunes Rodrigues, *Direito Notarial e Direito Registral*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 259.

⁶⁰ “A verdade é que, sem paz e sem segurança, não há realização individual, não há desenvolvimento económico, não há Estado de Direito.”, citação de Carlos Vidigal, atual Diretor da Conservatória do Registo Comercial de Lisboa e ex-Diretor Geral dos Registos e do Notariado, no seu feito denominado “*O Designio da Simplicidade nas Reformas Legais sobre Registos ou Simplicidade com Credibilidade – O Direito à Segurança Jurídica*”, p. 1, apresentado na conferência “Simplicidade com Credibilidade — O Direito à Segurança Jurídica”, em 10 de março de 2015 no Salão Nobre da Reitoria da Universidade do Porto Museu, organizada pelo Conselho Distrital do Porto da OA e pela ASCR.

⁶¹ Citando Luísa Clode: “O valor intrínseco de um sistema de registo seguro e credível é considerado por diversas instituições, entre as quais o Banco Mundial, como uma das ferramentas mais importantes do funcionamento do mercado hipotecário e, conseqüentemente, do desenvolvimento económico e da paz social.”, in *Descrições Duplicadas - Considerações a propósito do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência nº 1/2017* – apresentado no 1º Congresso de Direito Imobiliário no Centro de Congressos da Alfândega do Porto, em 30 de novembro de 2017.

⁶² *In Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 7ª ed., 2014, p. 257.

No que concerne à realização da prestação propriamente dita, a obrigatoriedade do registo irá depender do objeto a prestar.

Caso a obrigação tenha por objeto um bem imóvel e seja prestado a título definitivo, subsequentemente à sua realização, a entidade que efetuar o título de transmissão deve requerer o respetivo registo de aquisição nos termos do art.º 2º, n.º 1, alínea a) e art.º 8º-B, n.º 1, ambos do Código do Registo Predial. A promoção deste registo deve ser realizada no prazo de dois meses a contar da data em que o facto tiver sido titulado (art.º 8º-C, n.º 1 do Código do Registo Predial), sob pena de pagamento acrescido de quantia igual à que estiver prevista a título de emolumento (art.º 8º-D, n.º 1 do Código do Registo Predial).⁶³

Caso o objeto da prestação efetuada a título definitivo seja um bem móvel sujeito a registo, nomeadamente, um veículo, a transmissão estará sujeita a registo da propriedade automóvel (art.º 5º do Código do Registo da Propriedade Automóvel)⁶⁴, já se for um navio, a aquisição está sujeita a registo⁶⁵, a ser realizado na Conservatória do Registo Comercial^{66 67}, ou no caso do navio estar matriculado no Registo Internacional de Navios da Madeira (MAR), o referido registo deve ser requerido na indicada entidade.⁶⁸

VÍTOR CÂMARA

⁶³ De acordo com o n.º 2.12 do art.º 21º do RERN, pela aquisição é devido o emolumento de 250€. Quando promovido por via eletrónica é reduzido em 10%, nos termos do n.º 26 do art.º 28º do RERN. Mas se o facto respeitar apenas a prédios rústicos de valor inferior a 10.000€, é reduzido em 65%, cf. o n.º 33 do referido art.º 28º.

⁶⁴ De acordo com o n.º 1.2 do art.º 25º do RERN, é devido o emolumento de 65€. Quando promovido por via eletrónica é reduzido em 15%, nos termos do n.º 25, do art.º 28º do RERN.

⁶⁵ Nos termos da al. a) art.º 4º do DL n.º 42644, de 14 de novembro de 1959.

⁶⁶ Cf. art.º 6º do Regulamento do Registo Comercial, aprovado pelo DL n.º 42645, de 14 de novembro de 1959. De acordo com o n.º 2.1 do art.º 24º do RERN, é devido o emolumento de 150€. Nesta espécie de registo não existe a possibilidade de promover o mesmo por via eletrónica.

⁶⁷ Além deste registo, existe um outro registo convencional em paralelo organizado pelas capitánias dos portos, tal como prevê o Regulamento Geral das Capitánias, aprovado pelo DL n.º 265/72, de 31 de julho, no seu art.º 72º.

⁶⁸ Sobre o tema dos Registos, *vide* Vitor Câmara, *ob. cit.*

Data  **enia**

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

ISSN 2182-6242

Ano 9 • N.º 12 • dezembro 2021

