

Data enia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

13 
2022



Publicação científico-jurídica
em formato digital
ISSN 2182-8242

Periodicidade anual
N.º 13 — Ano 2022

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

Administração:
Joel Timóteo Ramos Pereira, Juiz Desembargador

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 DA INSOLVÊNCIA
- 005** Aval e Plano de Insolvência – o financiamento pelos garantes da recuperação do insolvente: o artigo 217.º, n.º 4 do CIRE. As diferenças de regime no PER
Anabela Luna de Carvalho, Juíza Desembargadora
- DIREITO DA PROPRIEDADE INTELETUAL
- 045** Direitos de autor – Breve resenha
Hugo da Silva Tavares, Advogado
- DIREITO DA INSOLVÊNCIA
- 067** A renumeração do Administrador Judicial e a sua apreciação jurisdicional depois de abril de 2022 - Uma primeira apreciação às alterações introduzidas no CIRE e no EAJ pela Lei n.º 9/2022, de 11-01
Nuno Marcelo da Nóbrega dos Santos de Freitas Araújo
Juiz de Direito no 1.º Juízo de Comércio de Aveiro/Anadia
- DIREITO INTERNACIONAL DO AMBIENTE
- 111** Aspetos jurídicos da globalização em matérias climáticas: A abordagem da União Europeia
Filipe Revez Neves, Doutorando em Direito, na Universidade Lusíada de Lisboa
- DIREITO TRIBUTÁRIO
- 153** A mudança de paradigma no que tange à isenção de IVA das consultas de nutrição inseridas em ginásios
Rita Vieira Pires, Mestre em Direito Fiscal, Assessor jurídico na APHORT
- DIREITO PROCESSUAL PENAL
- 171** O internamento e o tratamento médico como medidas de coacção (à margem da anomalia psíquica) – uma reflexão
Valter Pinto Ferreira, Juiz de Direito
- DIREITO DOS REGISTOS
- 203** Principais Princípios do Registo Predial
Mercília Pereira Gonçalves, Investigadora do JusGov - Centro de Justiça e Governação da ED da Universidade do Minho; Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa; Notária Estagiária
- DIREITO DO TRABALHO
- 211** Meios de vigilância à distância – a câmara de videovigilância
Mercília Pereira Gonçalves, Investigadora do JusGov - Centro de Justiça e Governação da ED da Universidade do Minho; Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa; Notária Estagiária
- DIREITO DO CONSUMO
- 235** Litígio entre utente e concessionária de autoestrada: conflito de consumo?
Carlos Filipe Costa, Licenciado em Direito e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas

Índice

DIREITO PENAL

- 243** Pornografia real infantil: Unidade ou pluralidade de crimes?
João Pedro Pereira Cardoso, Juiz Desembargador

DIREITO BANCÁRIO E DO CONSUMO

- 287** Deveres de informação das instituições no âmbito das operações de crédito abrangidas pela moratória pública e pelas moratórias privadas
Carlos Filipe Costa, Árbitro de conflitos de consumo e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas

DIREITO DO CONSUMO

- 305** O serviço de transporte aéreo é “serviço público essencial” para os efeitos da Lei n.º 23/96, de 26 de julho?
Carlos Filipe Costa, Árbitro de conflitos de consumo e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas

ARBITRAGEM

- 325** Regulamento Harmonizado dos centros de arbitragem de conflito de consumo - uma proposta de revisão
Carlos Filipe Costa, Árbitro de conflitos de consumo e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas

DIREITO DAS SUCESSÕES

- 383** Vendas para Descendentes No Direito Português: Breve genealogia e estudo da norma
Renato de Mello Gomes dos Santos, Advogado e Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa

DIREITO COMERCIAL

- 395** Proteção do Comerciante no Arrendamento: a Preferência no Direito Português
Renato de Mello Gomes dos Santos, Advogado e Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa



Aval e Plano de Insolvência

O financiamento pelos garantes da recuperação do insolvente:

O artigo 217.º, n.º 4, do CIRE.

As diferenças de regime no PER.

Anabela Luna de Carvalho (*)
Juíza Desembargadora

Introdução

A posição dos avalistas¹ face a um plano de insolvência no âmbito dum processo de insolvência ou, face a um plano de revitalização² no âmbito de um processo especial de revitalização (PER), tem dado origem a frequentes litígios, nascidos por regra da reação dos avalistas/executados confrontados com a indiferença pelo teor de tais planos, aquando do preenchimento dos títulos dados à execução.

E, embora processos de natureza diferente (insolvência e PER) possam determinar soluções diferenciadas e, processos da mesma natureza, possam ter distinta resposta consoante a factualidade em apreciação, a verdade é que

(*) Texto apresentado em outubro de 2021, no âmbito do V Curso de Pós-Graduação em Direito da Insolvência e de Recuperação de Empresas, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ Por facilidade consideraremos, neste trabalho, apenas os avalistas no universo mais abrangente dos garantes.

² Assim se designando o plano de recuperação quando confrontado com o plano de insolvência, por melhor entendível a sua ligação ao domínio do PER.

a jurisprudência se mostra relativamente consensual no sentido de afirmar a intocabilidade da obrigação do avalista apesar do plano, consenso este que se manifesta quer estejamos perante um avalista garante de devedor insolvente (insolvência), quer perante um avalista garante dum devedor em dificuldades (PER).

Invocando para o efeito os princípios cambiários que conformam o aval, em particular a sua autonomia.

Sobre tal tendência, parte significativa da doutrina vem expressando divergências concetuais de relevo.

O direito é um processo em contínua laboração e não prescinde do relevante contributo da doutrina na aclaração de questões mais opacas, na descoberta de caminhos, na proposta de alternativas, no fundo, no trazer à interpretação jurídica, um fundo científico consistente.

Ressalvando sempre todo o respeito devido pelas posições de sentido diferente, o propósito deste trabalho será o de convocar uma reflexão sobre a posição do avalista face ao plano de insolvência e sobre a posição do avalista face ao plano de revitalização, chamando a atenção para alguns dos argumentos doutrinários que sustentam essa divergência.

Esses argumentos insistem na necessidade de ocorrerem tratamentos diferenciados, consoante se esteja perante um ou outro procedimento legal, e dentro de um mesmo procedimento, consoante a fase factual ou negocial em presença.

Daremos igualmente a conhecer algumas manifestações da jurisprudência, uma maioritária, outra, minoritária e que ou acompanha ou se aproxima das referidas posições doutrinárias.³

³ A reflexão que este trabalho proporcionou, permitiu à signatária rever e alterar a sua posição, outrora tornada pública, em alguns pontos conformes à jurisprudência dominante, nomeadamente no respeitante à defesa dos avalistas face ao PER.

Breve referência legislativa

Do Decreto-Lei n.º 157/97, de 24 de junho (CPEREF)

Dispunha o artigo 63.º do revogado CPEREF sob a epígrafe “Manutenção dos direitos dos credores contra terceiros” que:

“As providências de recuperação a que se refere o artigo anterior⁴ não afetam a existência nem o montante dos direitos dos credores contra os coobrigados ou os terceiros garantes da obrigação, salvo se os titulares dos créditos tiverem aceite ou aprovado as providências tomadas e, neste caso, na medida da extinção ou modificação dos respetivos créditos.”

Prevedo o artigo 64.º o direito de regresso dos garantes ou coobrigados que houvessem satisfeito a dívida do avalizado, numa conceção ampla de “Direitos dos vinculados por garantias ou dos coobrigados”:

“1 - Os terceiros que, por virtude do pagamento efetuado, tenham ficado sub-rogados nos direitos do credor, bem como os coobrigados que, mercê da prestação realizada, tenham ficado investidos no direito de regresso contra o devedor, adquirem no processo de recuperação, na parte em que houverem satisfeito o direito do credor, os poderes que a este competia, incluindo os de votar na assembleia de credores.

(...).”

A jurisprudência, sem dificuldade, reconfigurava o direito do credor relativamente ao avalista em função do que houvesse acordado ou aceite no âmbito das providências de recuperação da insolvente (avalizada) e, amparava o reconfigurado direito de regresso do avalista pagante às citadas normas do CPEREF, sem que os princípios cambiários constituíssem obstáculo.

⁴ Ou seja, as providências que envolvam a extinção ou modificação dos créditos sobre a empresa (art.º 62º CPEREF).

Definindo com segurança que:

“1. No domínio da aplicação do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, os credores que aprovarem a reestruturação financeira da empresa devedora por via da extinção ou da modificação dos seus direitos de crédito com garantia real ou pessoal prestada por terceiros não podem exigir-lhes, em princípio, o pagamento.

2. A extinção é suscetível de derivar de novação objetiva, de perdão ou de remissão, caso em que se extinguem as garantias prestadas por terceiro, designadamente o penhor, a hipoteca, a fiança e o aval; e a modificação envolve a manutenção do direito de crédito e da correspondente obrigação, implicando a afetação das garantias prestadas por terceiros na medida dessa modificação.

(...).”⁵

No domínio do CPEREF o credor que tivesse aprovado ou dado o seu consentimento à providência de recuperação só poderia acionar o garante nesses termos modificados, suportando, na sua esfera jurídica e patrimonial, a diferença relativamente ao crédito originariamente configurado.

O garante podia, por sua vez, opor ao credor os novos termos e, uma vez assim satisfeito o credor, o risco que o garante corria em via de regresso era tão somente o de não lograr obter o pagamento do insolvente, por não recuperação deste.

Direito de regresso esse que, como resultava das regras gerais, haveria de coincidir no conteúdo e na extensão com aquele que o credor exercera contra si e que, por sua vez, haveria de ter correspondido ao aprovado ou tido a concordância do credor aquando da aprovação das providências.

⁵ Cfr. Ac. STJ de 04-12-2007 (Salvador da Costa), www.dgsi.pt.

Só assim não seria se o garante, antecipadamente, tivesse renunciado a esse direito:

“I – Se em processo de recuperação de empresa for aprovada a medida de reformulação do passivo, mediante a redução dos créditos e a prorrogação do prazo de pagamento, o credor que aprovar ou aceitar essa providência fica imediatamente impedido de atuar contra os demais coobrigados e garantantes na exata medida da extinção ou modificação do seu crédito – artº 63º do CPEREF.

II – No entanto, se antes da deliberação tomada em assembleia de credores, os avalistas e terceiros garantantes declararem renunciar ao direito conferido pelo artº 63º do CPEREF, pretendendo dessa forma garantir a manutenção dos direitos do credor, essas declarações são válidas, por a norma do artº 63º não ser imperativa.”⁶

Um reconhecimento da disponibilidade nem sempre consensual.⁷

A solução anterior repartia, assim, equitativamente, as desvantagens económicas das providências acordadas, uma vez que, o credor suportava a alteração do seu crédito por via das medidas de extinção, redução ou moratória, que houvesse aprovado ou consentido, não podendo exigir do garante mais do que esse crédito reconfigurado (que, em extremo poderia ser extinto se tivesse concedido um perdão total) e, o garante suportava, apenas, se fosse o caso, o risco da insolvência propriamente dita, único impedimento ao seu ressarcimento por via de regresso.

⁶ Cfr. Ac. TRC de 18-05-2004 (Regina Rosa), www.dgsi.pt.

⁷ Discutia-se, na jurisprudência, a natureza imperativa ou dispositiva da norma, o que comportava rejeitar ou, pelo contrário, aceitar a renúncia prévia do avalista ao direito conferido na 2ª parte do art.º 63º do CPEREF⁷. - Cfr. Ac. STJ de 29-06-2004 (Oliveira Barros), www.dgsi.pt.

Do CIRE - DL n.º 53/2004, de 18 de março

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) alterou substancialmente esse figurino.

Vindo, a propósito da execução do plano de insolvência e seus efeitos gerais, estabelecer no artigo 217.º nº 4, o seguinte:

“4 - As providências previstas no plano de insolvência com incidência no passivo do devedor não afetam a existência nem o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os codevedores ou os terceiros garantes da obrigação, mas estes sujeitos apenas poderão agir contra o devedor em via de regresso nos termos em que o credor da insolvência pudesse exercer contra ele os seus direitos.”

Festejando este novo regime, Carvalho Fernandes/João Labareda, *in* Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Vol. II. p. 130, assim se expressaram, a propósito desta norma:

“Verdadeiramente nova é a norma do nº 4, não propriamente no que respeita à previsão e regulação da matéria, mas sim à disciplina que consagra.

No CPEREF tinha-se acolhido uma opção sensivelmente diferente (...).

Pronunciámo-nos contra esse regime (crf. Código dos Processos Especiais, 3ª ed. cit. P.204). Apontámos aliás, limites ao âmbito da lei, relativamente ao que, de resto, a jurisprudência hesitou.

O legislador, porém, esteve atento e houve por bem considerar os reparos, modificando a orientação, de sorte que agora, seja qual for a posição assumida no processo, o credor mantém incólumes os direitos de que dispunha contra codevedores e terceiros garantes, podendo exigir deles tudo aquilo por que respondem e no regime da responsabilidade originário.

Acrescente-se, todavia, que tais sujeitos, independentemente do que paguem, apenas poderão exigir, pela via de regresso o que, homologado o plano, o próprio credor poderia solicitar ao devedor e nos termos e condições que o próprio plano estabeleceu – ou que dele decorrem por determinação legal. É este com efeito o sentido útil da última parte do nº 4.”

São, agora, duas, as realidades a considerar, na previsão deste específico regime:

O art.º 217 nº 4, *primeira parte*, ocupando-se do direito do credor sobre o garante, mantendo esse direito incólume, independentemente das providências homologadas no plano de insolvência (e independentemente também da adesão do credor às mesmas) com incidência no passivo do devedor.

O artigo 217, 4, *in fine*, ocupando-se do exercício do direito de regresso do garante que haja satisfeito o credor nos moldes originários, sujeitando o exercício do direito de regresso do garante sobre o devedor garantido aos termos da cedência do credor, relativamente ao direito originário, com expressão no plano de insolvência aprovado e homologado (com incidência no passivo do devedor garantido).

Sobre o alcance da norma na posição do garante pagador, expressa Carolina Cunha, *in* “Aval e Insolvência”, p. 36:

«E, nesse contexto, (plano de insolvência com incidência no passivo do devedor garantido) vai introduzir uma significativa modificação – por assim dizer, de ricochete – no direito de regresso do garante pagador: não obstante poder ter satisfeito a totalidade da quantia em dívida ao credor, apenas lhe é permitido subsequentemente “agir contra o garantido em via de regresso nos termos em que o credor da insolvência pudesse exercer contra ele os seus direitos.”

Ou seja, suportará na sua esfera o peso económico das vicissitudes (v.g. perdão ou redução do valor dos créditos, moratórias, etc.) introduzidas pelo plano de insolvência no crédito originário, pois não tem direito a receber do

garantido, mesmo em via de regresso, mais do que aquilo que este houvesse de desembolsar perante o credor em cumprimento do plano».

Por isso se diz que, no atual regime da insolvência todos os riscos são alocados à esfera jurídica do garante.

Este, além do risco da insolvência que, a acontecer, pode inviabilizar qualquer pretensão de regresso, suporta igualmente, nos termos do plano que lhe é imposto (pois que na sua ponderação “*não foi tido nem achado*”), a demora na satisfação do seu direito de regresso, ou a redução do respetivo montante, ou a sua extinção, em caso de perdão total do credor relativamente à dívida do devedor garantido.

Sendo por isso ajustado afirmar que, neste regime, os garantentes têm a função de financiadores da recuperação do devedor insolvente.

Na voz crítica de Carolina Cunha, mostra-se esclarecida essa função *in* Aval e Insolvência, p. 119 – 121:

“Parece-me evidente a radical modificação do esquema de composição dos interesses em conflito operada pelo CIRE, no confronto com o CPEREF. Com efeito, o legislador não se limitou a “encontrar outras alternativas que, protegendo na medida do possível os vinculados ao pagamento, pudessem favorecer a viabilização da empresa” (Carvalho Fernandes/João Labareda, Código da Insolvência, cit., p. 839, anot. 14 ao art.º 217...): o legislador pura e simplesmente, assacou integralmente aos garantentes um risco ainda maior que o da insolvência do garantido, afastando-se da solução que repartia entre os garantentes e os credores as desvantagens associadas à situação regulada.

Na verdade, no domínio do CPEREF, o credor que tivesse dado o seu consentimento à providência de recuperação suportava em definitivo, na sua esfera jurídica, a redução, a extinção do crédito, ou a demora acrescida na sua satisfação – pois só nesses termos modificados podia acionar o garante. Já o garante por seu turno, suportava o risco da insolvência

propriamente dita do garantido, no sentido do risco da falta de solvabilidade ou da ausência de meios para o cumprimento. (...)

Suponhamos que o credor consegue, em paralelo, e tal como permite o art.º 217º, 4, obter do garante o pagamento da totalidade da dívida. Este garante terá de suportar em definitivo, na sua esfera jurídica, o valor da dívida que garantiu: o mesmo art.º 217º, 4, na sua parte final não autoriza a obter, em via de regresso, mais do que o credor poderia obter nos termos do plano, e nos termos do plano, o credor poderia obter zero: o crédito foi extinto.

Dir-se-á: mas a este resultado (o garante suportar em definitivo o valor da dívida) também chegaríamos pela concretização do simples risco da insolvência do garantido, i.e., de falta de meios de pagamento. Ora, aqui está o busílis de toda a questão: quod erat demonstrandum. É que o insolvente pode (até por força da recuperação que o plano desencadeou) ter meios de pagamento. Pelo que o garante poderia, não fosse a compressão ou total supressão do seu direito de regresso efetuada pelo art. 217 nº 4 recuperar, no todo ou em parte, aquilo que satisfez ao credor.

É isto que consubstancia verdadeiramente o sacrifício dos interesses dos garantidos no altar do plano de insolvência: os meios que o devedor garantido possa ter são drenados unicamente para a sua própria recuperação, em lugar de serem também aplicados na máxima satisfação possível do direito de regresso. Sempre que isto aconteça, os garantidos estão a financiar diretamente a recuperação do devedor insolvente”.

Os problemas que os avalistas (em branco) suscitam quando acionados em paralelo com o plano da insolvência

O preenchimento abusivo

Quando, à margem do processo de insolvência, o credor garantido exige do avalista o pagamento nos termos da 1ª parte da norma do art.º 217, 4 CIRE,

é frequente o avalista vir invocar, em sede de oposição, o preenchimento abusivo da letra ou livrança nos termos do art.º 10º da LULL, por parte do credor.

Uma alegação que, por norma, provêm do avalista em branco ao tempo da declaração da insolvência. O aval prestado sobre um título completo – respeitante a uma dívida de montante certo, ou com montante previsto para uma data certa - não permite essa discussão, uma vez que o montante e a data de vencimento estão antecipadamente fixados no título e, o direito cambiário, aqui determinado, é preservado pela sua autonomia e literalidade.

O mesmo acontece com o avalista em branco cujo incumprimento (o risco garantido) ocorreu em data anterior à declaração de insolvência. Verificado o incumprimento pode o credor garantido preencher o título pelo montante vencido à data do mesmo pelo devedor garantido.

Mas, sendo o aval prestado em branco, não tendo ocorrido incumprimento (relativamente àquele credor) em momento anterior à declaração de insolvência, tão só o vencimento da dívida por força de tal declaração nos termos do art.º 91º, 1 CIRE e, tendo o credor preenchido o título em data posterior à aprovação e homologação do plano de insolvência (hipótese frequente), o avalista, quando acionado o título, recorrentemente invoca o preenchimento abusivo, sustentando o aproveitamento, a seu favor, dos termos no plano de insolvência.

Vejamos.

Dúvidas não haverá que uma vez declarada a insolvência, a exigibilidade da dívida decorrente do art.º 91º, 1, CIRE⁸, legitima o credor a preencher o

⁸ Artigo 91.º - Vencimento imediato de dívidas

1 - A declaração de insolvência determina o vencimento de todas as obrigações do insolvente não subordinadas a uma condição suspensiva.

título cambiário, devendo fazê-lo pelo valor que estiver em dívida em tal momento, respeitando o acordo de preenchimento.

Se só o vier a fazer depois da aprovação de um plano de insolvência que altere o conteúdo da obrigação fundamental (montante / prazos / modos de pagamento), estará o credor obrigado a respeitá-lo em relação ao avalista?

Perante a redação do art.º 217º, 4 do CIRE, não se mostra possível sustentar, em regra, essa obrigatoriedade.

A letra da lei é clara: as alterações introduzidas pelo plano de insolvência não afetam nem a *existência* nem o *montante* do direito do credor contra o garante. À data do incumprimento (ou vencimento, nos termos do art.º 91º, 1 CIRE) o crédito garantido tinha um determinado conteúdo e, é esse conteúdo da relação fundamental originária que vai determinar o preenchimento do título, independentemente de esse conteúdo, relativamente ao devedor insolvente (o devedor garantido), vir posteriormente a ser reconfigurado no plano de insolvência por força de redução, perdão ou moratória.

A jurisprudência dominante assim o afirma, embora, por norma, se fundamente primacialmente na autonomia do aval⁹, e subsidiariamente no regime imposto pelo art.º 217º, 4 do CIRE.

É disso exemplo o acórdão que segue¹⁰:

“I - A obrigação do avalista é totalmente autónoma da relação subjacente estabelecida entre o credor e o devedor por via de determinado negócio jurídico.

II - A relação subjacente que se estabelece entre o avalista e o avalizado funda-se na prestação do aval e pode ser invocada nas relações entre ambos,

⁹ Se a resposta assentasse exclusivamente na característica autónoma do aval o regime anterior, do CPEREF resultaria incongruente.

¹⁰ Cfr. Ac. TRG de 30-05-2013 (Manuel Bargado), www.dgsi.pt.

mas não se confunde com a relação obrigacional que está por detrás da emissão do título de crédito subscrito pelo avalista.

III - A obrigação do avalista vive e subsiste independentemente da obrigação do avalizado, mantendo-se mesmo que seja nula a obrigação garantida, salvo se a nulidade provier de um vício de forma.

IV – Como resultado dessa autonomia, o avalista não pode defender-se com as exceções que o seu avalizado pode opor ao portador do título, salvo a do pagamento.

V - A aprovação de um plano de insolvência, com redução dos créditos a 10% do seu valor, de que beneficia a sociedade subscritora da livrança, não é invocável pelo avalista contra quem é instaurada a execução para seu pagamento.”

Surgindo o regime do CIRE (art.º 217º, 4) como fundamento de segundo plano. Como neste acórdão:¹¹

“I. O aval surge como garantia do cumprimento pontual do direito de crédito cambiário e o carácter autónomo da nova obrigação cartular nascida do aval confere-lhe imunidade em relação às incidências da relação subjacente.

II. Em linha com tal princípio, eventuais modificações da obrigação causal decorrentes da aprovação do plano no âmbito do processo de insolvência em que é visado o avalizado não se repercutem na obrigação cambiária do avalista (n.º 4 do art.º 217.º do CIRE).

III. À luz do citado preceito, e no que respeita aos direitos dos credores contra codevedores e garantes, são irrelevantes as modificações introduzidas pelo plano nos créditos sobre a insolvência, quer respeitem à sua existência

¹¹ Cfr. Ac. TRC de 17-06-2014 (Maria Domingas Simões), www.dgsi.pt.

e montante, quer ainda aos termos e prazos de pagamento, por ser a interpretação mais consentânea com as finalidades que presidiram à consagração da solução legal.”

Posições jurisprudenciais e doutrinárias divergentes:

Se é certo que predomina nos tribunais superiores o entendimento de que a obrigação do avalista (ou garante) não pode ser reestruturada ou alterada por força da reestruturação da dívida do garantido no plano de insolvência (seja por via da autonomia do aval, seja por aplicação direta e imediata do art.º 217º, 4, primeira parte do CIRE), decisões há que reconhecem essa possibilidade de reestruturação ou alteração da obrigação do avalista ou coobrigado, em *situações específicas*:

I - Com base no teor literal (reductor) da norma do art.º 217º, 4 CIRE:

Assim o Acórdão do TRG:

“I – A reclamação em processo de insolvência de crédito avalizado não é obstáculo a simultânea instauração de execução contra o avalista.

II – No entanto, a aprovação do plano da insolvência, no qual esse crédito foi aprovado e qualificado como crédito privilegiado, devendo ser pago na íntegra no prazo de 8 anos, alterando o prazo do cumprimento da obrigação, do que beneficia o avalista, torna inexigível a obrigação exequenda, por causa superveniente, devendo ser julgada extinta a instância executiva.”¹²

¹² Em sentido oposto o Ac. STJ de 26-02-013 (Azevedo Ramos), www.dgsi.pt. *“A aprovação de um plano de insolvência, com moratória para pagamento da dívida, de que beneficia a sociedade subscritora da livrança, não é invocável pelos avalistas contra quem é instaurada a execução para seu pagamento.”*

Esta posição remete-nos para o elemento literal da norma, a qual prevê (apenas) duas realidades que sustentam a intocabilidade dos direitos dos credores contra os garantes ou codevedores: providências que *tenham incidência no passivo do devedor insolvente* e que afetem *a existência e o montante dos seus débitos*, deixando de fora outro tipo de afetação, nomeadamente o prazo de cumprimento.

Na doutrina, esta interpretação provém, entre outras, de uma voz autorizada.

Para a Professora Catarina Serra, a “*norma do artigo 217º nº 4, (...) não serve para legitimar indiscriminadamente todas as condutas. Senão veja-se. Determina-se nela que «as providências previstas no plano de insolvência com incidência no passivo do devedor não afetam a existência nem o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os codevedores ou os terceiros garantes da obrigação (...)*”¹³.

Por outras palavras: o perdão concedido ao insolvente não extingue a responsabilidade do codevedor ou garante e a redução do valor da dívida do insolvente não desonera o codevedor ou garante da responsabilidade do pagamento da totalidade.”¹⁴

Ou seja, nesta interpretação literal, *apenas as providências* previstas no plano de insolvência com incidência no passivo do devedor *que prevejam o perdão e a redução do valor dos créditos* não terão qualquer influência nos direitos dos credores contra os codevedores ou terceiros garantes.

Só nestes dois casos é que o credor (não obstante ter aprovado o plano de insolvência) pode demandar o avalista nos termos originais.

Já não será assim se, por exemplo, o plano de insolvência tiver previsto uma moratória ou uma alteração de prazo. *Neste caso a providência prevista no*

¹³ CATARINA SERRA, *Nótula sobre o art.º 217.º, nº 4, do CIRE (O direito de o credor agir contra o avalista no contexto de plano de insolvência)*, p. 380.

¹⁴ Obra cit. p. 381.

plano de insolvência já aproveitada ao avalista, não podendo o credor propor ação executiva contra o mesmo, que não respeite os novos termos, quando aprovou o plano de insolvência, caso em que a ação executiva será julgada improcedente por falta de um pressuposto processual: o da exigibilidade.

II - Com base no reconhecimento do princípio da autonomia da vontade e da natureza dispositiva da norma

Em duas situações concretas, que tipicamente ocorrem no contexto da insolvência de sociedades comerciais, cujos sócios avalizaram títulos em branco para garantia de financiamentos bancários:

1º - Quando o pacto de preenchimento o previu

Nesse sentido, reconhecendo a atuação da autonomia privada, o acórdão do TRG, assim sumariado¹⁵:

“I - O avalista de uma livrança não se obriga perante o avalizado, mas sim perante o titular da letra ou livrança, constituindo uma obrigação autónoma e independente e respondendo como obrigado cartular, pelo pagamento da quantia titulada na letra ou livrança. Por força desta autonomia, o avalista não pode servir-se de qualquer dos meios de defesa que pertencem ao avalizado, por via das relações imediatas entre este e o subscritor do título de crédito.

II - Mas já estará naquelas relações imediatas, podendo defender-se com os vícios da relação fundamental perante o credor-emitente-portador da livrança, se, tendo assinado o título em branco, for envolvido por esse emitente no pacto de preenchimento, ou com ele participar numa relação extra-cartular que interfira nas condições para esse preenchimento.”

¹⁵ Cfr. Ac. TRG de 06-02-2014 (Isabel Rocha), www.dgsi.pt.

2º - Quando o plano de insolvência o prevê

Embora, seja no domínio do PER que a jurisprudência mais venha discutindo a eficácia ou ineficácia (total ou parcial) de um plano que preveja a reconfiguração do direito do credor sobre os garantantes, legitimando ou não a interferência da autonomia privada neste domínio, a tendência da jurisprudência em não diferenciar, nos seus efeitos, o plano de recuperação (PER) do plano da insolvência, permite-nos dar neste enquadramento o seguinte exemplo, reportando um acórdão proferido no âmbito de um PER ¹⁶:

“(…)

2 - Da homologação de medida que estabelece uma moratória no pagamento da dívida de avalistas, não decorre violação do n.º 4 do artigo 217º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, porque a mesma não afeta a existência nem o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os codevedores ou os terceiros garantantes da obrigação.

3 - Esta moratória é uma condicionante que não é intolerável nem excessiva e que se justifica em prol da revitalização dos devedores com o Plano de Recuperação, a que o Apelante tem que se sujeitar por ter sido aprovado com a maioria e quórum legalmente exigidos, e assim homologado.”

Sendo também este o entendimento de Carolina Cunha *in* “Aval e Insolvência”, p.137:

“Não me parece que a primeira parte do art.º 217º, 4, do CIRE tenha cunho imperativo: limita-se a consagrar uma solução que, ao contrário da prevista no CPEREF, dá primazia ao interesse do credor sobre o interesse do garante. Nada impede os titulares dos interesses em causa de estabelecerem uma outra composição, no livre exercício da autonomia privada.

¹⁶ Cfr. Ac. TRG de 08-01-2015 (Ana Cristina Duarte), www.dgsi.pt.

Repare-se que também não estão em causa interesses e terceiros- nem dos restantes credores; nem do devedor ou da própria execução do plano de insolvência. Estes interesses recebem, isso sim, a proteção conferida pela segunda parte do art.217º, 4, CIRE: a certeza de que os garantes não podem exercer os seus subsequentes direitos de regresso contra o insolvente em maior medida do que aquela que o plano outorgava aos credores que os garantes satisfizeram. E esta proteção não é beliscada pela convenção a que nos referimos – convenção através da qual os únicos sujeitos por ela afetados (credor e garante) regulam o exercício da garantia, tornando-a permeável a vicissitudes decorrentes da aprovação de um plano de insolvência.”

Ainda que o reconhecimento do domínio da autonomia privada em proveito dos garantes, tenha reduzida expressão jurisprudencial, é, neste contexto, que pode valer o argumento dos executados avalistas de que o preenchimento do título pelo credor exequente se mostra abusivo à luz do art.º 10º LULL.

E será este reconhecimento, que permitirá contrabalançar as duras consequências do regime legal (1ª parte do art.º 217º, 4) que atribui aos garantes a responsabilidade do financiamento da (eventual) recuperação do insolvente.

De novo, na afirmação de Carolina Cunha¹⁷:

“Como vimos, são os garantes (e os codevedores), simples terceiros que não tiveram qualquer intervenção na aprovação do plano de insolvência, que acabam afinal, por custear a sua implementação, ao arcar com a diferença entre o crédito originário (que tiveram de satisfazer ao credor) e o crédito reduzido, reestruturado ou extinto pelo plano (correspondendo ao que podem depois exercer em via de regresso).

¹⁷ Obra cit., p. 138.

O fator de correção consiste, naturalmente, na modelação contratual ex ante do primeiro dos mencionados créditos, eliminando a diferença e realocando o sacrifício económico da esfera do garante para a esfera do credor – que foi quem verdadeiramente o aceitou, ao aprovar o plano, ou pelo menos, quem participou diretamente no processo que conduziu à sua aprovação.

E o garante, repare-se, continua - porque é esse o cerne da garantia prestada e aí a modelação contratual não interfere – a suportar o tradicional risco de insolvência do devedor, o qual se concretiza sempre que, depois de satisfazer o credor (mesmo nos termos reajustados para refletir as alterações do plano), não consiga obter o reembolso junto do insolvente.”

Regime legal do PER

Especificidades deste regime

O Processo Especial de Revitalização (PER), incluído no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) pela Lei nº 16/2012, de 20 de abril, sob o estímulo do memorando de políticas económicas e financeiras celebrado entre Portugal e a troika, veio habilitar o direito nacional de uma ferramenta considerada prioritária, de pendor predominantemente extrajudicial e com maior potencial de recuperação económica e financeira que o processo de insolvência.

Um instrumento que, na sua explicação *“pretende assumir-se como um mecanismo célere e eficaz que possibilite a revitalização dos devedores que se encontrem em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda não tenham entrado em situação de insolvência atual.”*¹⁸

¹⁸ Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 39/XII, de 30 de dezembro de 2011, disponível em: www.parlamento.pt.

Introduzido no CIRE, nos seus artigos 17º - A a 17º - I, sob uma judicialização mínima de procedimentos, a *finalidade* deste processo é permitir ao devedor em pré-insolvência, *estabelecer negociações com os seus credores de modo a concluir com eles um acordo conducente à sua revitalização*.

Diz-se, por isso, que com a reforma legislativa de 2012 o CIRE mudou de paradigma, visando, essencialmente, acentuar e incentivar a recuperação e a revitalização da empresa em estado de pré-insolvência, deixando para a insolvência a liquidação, como meio de sanear a economia de empresas incapazes de gerar riqueza. Ainda que nesta, a liquidação tenha igualmente passado de objetivo principal a secundário.¹⁹

Privilegiando a flexibilidade, a celeridade e a possibilidade de impor a credores minoritários restrições, como moratórias ou perdão de dívidas.

Através do Decreto-Lei nº 79/2017, de 3 de junho, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas foi de novo alterado. Alterações que recaíram, essencialmente, no regime do Processo Especial de Revitalização que veio excluir expressamente do seu regime os devedores não empresários. Para estes, surgiu um novo instrumento jurídico, regime esse chamado de Processo Especial para Acordo de Pagamento (PEAP).

¹⁹ A norma originária do artº 1º do CIRE na versão do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março priorizava a finalidade “liquidação do património” relativamente à finalidade “recuperação da empresa”.

O regime do CIRE sofreu alterações em 2012 e em 2017 nomeadamente no seu artº 1º que desde a Lei n.º 16/2012, de 20 de abril passou a privilegiar a recuperação como finalidade principal sendo a liquidação uma finalidade subsidiária.

Dispondo então: *1 - O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.*

O que importa questionar: na falta de norma específica no PER que regule a relação credor -avalista, as diferenças de paradigma e de normativo entre o PER e o processo de insolvência, justificam um tratamento distinto daquele que deixámos definido a propósito da homologação do plano de insolvência?

Também aqui, não são coincidentes as respostas da doutrina e da jurisprudência.

O regime do PER

Dispõe o artigo 17.º-A, 1 do CIRE que:

1 - O processo especial de revitalização destina-se a permitir à empresa que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes, acordo conducente à sua revitalização.

E, o artigo 17-E, 1 determina que:

1 - A decisão a que se refere o n.º 4 do artigo 17.º-C obsta à instauração de quaisquer ações para cobrança de dívidas contra a empresa e, durante todo o tempo em que perdurarem as negociações, suspende, quanto à empresa, as ações em curso com idêntica finalidade, extinguindo-se aquelas logo que seja aprovado e homologado plano de recuperação, salvo quando este preveja a sua continuação.

Perante a instauração de um PER que pode fazer o credor garantido que tenha um título cambiário subscrito por uma empresa em dificuldades, crédito esse avalizado por um terceiro garante?

Importa atender a diversas hipóteses:

Se o credor é (legítimo) portador de um título completo, ou seja, totalmente preenchido desde o momento da sua criação e, se o obrigado principal não pagar extrajudicialmente uma vez vencido o título (o regime do PER não inibe o devedor em dificuldades de pagar extrajudicialmente uma vez que este não perde o poder de administrar e de dispor dos seus bens, além de que, os credores não estão sujeitos, como na insolvência, a um procedimento concursal), poderá exigir do avalista o respetivo pagamento, à semelhança do que acontece com a insolvência. E o avalista terá de pagar, à margem do regime do PER.

Mas se a letra ou livrança foi emitida em branco, a resposta passa por atender ao regime do PER e às condições de exigibilidade da garantia, sendo que, relativamente a estas, haverá que determinar se ocorreu incumprimento e, se sim, quando ocorreu o incumprimento.

Ao contrário do que acontece com o regime da insolvência, no PER não existe norma equivalente à do art.º 91º, 1 do CIRE, ou seja, inexistente norma que prescreva que a sujeição ao PER determina o vencimento imediato de todas as obrigações do devedor em dificuldades.

Logo, pode acontecer que aquele concreto crédito ainda não se tenha vencido quando o devedor se sujeitou ao PER, por estar em curso o prazo de pagamento e, uma vez que o PER não opera o imediato vencimento das dívidas (mas tão só a sua inexigibilidade judicial), a dívida é, em tal momento, inexigível. Sendo inexigível para o devedor em dificuldades, sê-lo-á também para o avalista. Não tendo havido incumprimento (por facto omissivo/naturalístico ou por força da lei), não se verifica o risco/evento que faz despoletar a garantia.

Assim se o recurso ao PER não tem como consequência operar o vencimento imediato e antecipado da dívida, o credor cambiário que preencha o título e acione o avalista nessas condições, ocorre em preenchimento abusivo, nos termos do art.º 10º LULL, sendo legítimo ao avalista opor tal exceção.

Situação diferente será a do credor, portador de uma letra ou livrança em branco, cuja dívida se venceu e não foi cumprida (extrajudicialmente) pelo devedor que se sujeitou ao PER.

Neste contexto importará apurar se o incumprimento ocorreu antes ou depois de aprovado o plano de revitalização.

Como vimos, o art.º 17º-E, 1 do CIRE impede que contra o devedor que recorreu ao PER seja instaurado uma ação e, se anteriormente instaurada, deverá esta ser suspensa (efeito *stand still*) durante todo o tempo que durarem as negociações, podendo vir a extinguir-se após aprovação e homologação do plano, a menos que este preveja a sua continuação.

Primeira hipótese: antes de aprovado e homologado o plano de revitalização ocorre o incumprimento extrajudicial, como previsto originariamente.

Em tal situação, de dívida vencida e não cumprida, o credor pode reclamar a dívida do devedor e, se este não pagar, tem justificação para preencher o título e, se o avalista não pagar, tem também justificação para executar.

O efeito *stand still* não é extensivo ao avalista. Apenas poderá conceber-se essa extensão se o acordo de preenchimento prever o alargamento desse efeito aos avalistas. Também no âmbito do PER não há razões para não reconhecer o princípio da autonomia privada.

O que, na observação de Carolina Cunha²⁰ faz todo o sentido, considerando a comum ligação funcional dos avalistas à empresa avalizada, assim expondo: “*E, sendo amiúde o aval prestado pelos sócios gerentes, os mesmos que em representação da sociedade avalizada negociam o contrato garantido pelo título, estarão estes numa posição propícia para tentar a (difícil,*

²⁰ Obra cit., p. 164.

mas não impossível) salvaguarda dos seus interesses – e, reflexamente, dos interesses da empresa devedora”.

Reportávamo-nos à fase negocial do PER no decurso da qual se vence a obrigação garantida pelo título em branco e o devedor em dificuldades que, entretanto, recorreu ao PER não cumpre (sendo que, legalmente, como dissemos, não está inibido de pagar extrajudicialmente). Não cumprindo, o credor pode preencher o título e acionar o avalista.

Situação diferente será aquela em que ocorre incumprimento já depois de aprovado e homologado um plano de revitalização que renegoceia a dívida.

Como assinala Nuno Ferreira Lousa²¹, referindo-se às situações em que o incumprimento sucede à aprovação do plano: *“o devedor nunca incumpriu com a sua obrigação”,* pelo que *“não faria sentido ficcionar tal incumprimento para dessa forma responsabilizar o garante pelo incumprimento da obrigação tal como ela previamente se encontrava configurada”*²².

Em tais situações, pode ou não o avalista invocar, a seu favor, uma modificação tácita do acordo de preenchimento?

Segundo a doutrina que vimos expondo²³, sim, pode, porquanto *“(…), sempre que a alteração convencional do montante da dívida fundamental e/ou dos prazos do seu cumprimento conduza a suavizar a posição devedora, é correto sustentar que se deu uma modificação tácita do acordo de preenchimento (art.º 217 CCiv.) com efeitos sobre a posição jurídica do avalista em branco. Recorrendo à interpretação e, sobretudo, à integração do acordo de preenchimento (arts.236º e 239º CCiv), é de concluir que os novos termos da relação fundamental, tal como foi renegoceada, se vão substituir ao consenso originário enquanto parâmetro de aferição da existência de (in)cumprimento. Portanto, doravante o credor apenas fica legitimado a demandar o avalista,*

²¹ Os créditos garantidos e a posição dos garantidos nos processos recuperatórios de empresas”, p. 166.

²² Na citação de Carolina Cunha, obra cit., p. 169.

²³ Carolina Cunha, obra cit. p.169.

preenchendo o título, caso venha a ocorrer um incumprimento nos (qualitativa e quantitativamente mitigados) termos da relação fundamental reconfigurada”.

Vai ao encontro dessa ideia, denominando-a de “*irradiação externa dos efeitos do plano de revitalização*” o acórdão do STJ²⁴, assim sumariado:

“I - No concreto Processo Especial de Revitalização considera-se válida a seguinte cláusula:

«Durante o prazo de execução do Plano, desde que não se verifique a ocorrência de algum incumprimento, os credores obrigam-se a não acionar os avalistas ou fiadores de qualquer uma das dívidas inseridas no Plano de Revitalização».

II - Sendo um princípio indiscutível do direito das garantias pessoais o de que o incumprimento (temporário ou definitivo) é a condição necessária para que o garante possa ser chamado a cumprir em vez do devedor principal, concluiu-se que com a aprovação do plano de revitalização esta condição ainda não se verifica. A aprovação do plano de revitalização tem, precisamente, entre os seus objetivos permitir o cumprimento dos contratos, adequando o programa devedor às concretas possibilidades do devedor. Não existindo nem incumprimento de obrigações nem afetação quantitativa do crédito, a aprovada modificação temporal deverá aproveitar aos terceiros que garantem o cumprimento das obrigações, sobretudo porque a dilação do tempo de execução da obrigação modificada não é irrazoavelmente excessivo ou desequilibrado face à capacidade económico-financeira dos sujeitos envolvidos (credor e garantantes).

III - Sendo o plano de revitalização um contrato plurilateral, dotado de um sui generis procedimento formativo, cuja eficácia depende de homologação judicial, não lhe é, porém, estranha a aplicação das regras dos contratos. Todavia, a eficácia vinculativa do plano de revitalização não tem

²⁴ Cfr. Ac. STJ 29-01-2019 (Maria Olinda Garcia), www.dgsi.pt.

de se confinar, de forma absoluta, apenas aos sujeitos daquela estrutura negociada (os credores e o devedor “revitalizado”), ignorando completamente aqueles que prestam garantias pessoais ao devedor. O princípio da relatividade dos contratos, consagrado no art.º 406.º, n.º 2, do CC, não é um princípio absoluto e hermético. Encontram-se na ordem jurídica várias figuras contratuais, em cujo regime legal se identifica uma eficácia de proteção para terceiros (como nos contratos que permitem o gozo ou o aproveitamento de faculdades de um bem de terceiro). Aliás, essa ideia de irradiação externa dos efeitos do plano de revitalização não é estranha ao legislador do CIRE, quando estabelece os limites que estão expressos no art.º 217.º, n.º 4.”

Neste entendimento do STJ, a proteção do avalista pode assentar em duas considerações, que no caso particular, se cruzam: *primeiro*, no reconhecimento duma modificação tácita do acordo de preenchimento por força dum plano suavizante do qual não há incumprimento (proteção tácita)²⁵, *segundo*, na existência duma previsão expressa no plano de revitalização que estabeleça um *stand still* a favor dos avalistas, enquanto exercício da autonomia da vontade (proteção expressa).

A jurisprudência dos tribunais de 2ª instância, contudo, tende a não admitir a proteção (tácita) dos avalistas com base no plano de revitalização *suavizante*, mesmo nas situações em que o incumprimento sucede temporalmente ao plano de revitalização.

Predominando também, na 2ª instância, a posição jurisprudencial que não admite qualquer autonomia da vontade favorável aos avalistas expressa no plano de revitalização. Sendo, por sua vez, minoritária a jurisprudência que

²⁵ Em particular na afirmação: “*Não existindo nem incumprimento de obrigações nem afetação quantitativa do crédito, a aprovada modificação temporal deverá aproveitar aos terceiros que garantem o cumprimento das obrigações, sobretudo porque a dilação do tempo de execução da obrigação modificada não é irrazoavelmente excessivo ou desequilibrado face à capacidade económico-financeira dos sujeitos envolvidos (...)*”.

reconhece um efeito protetor dos avalistas, por força de uma *previsão expressa* no plano de revitalização.

Fazendo uso duma interpretação extensiva ou analógica, a 2ª instância tende a equiparar os efeitos do plano de revitalização ao plano de insolvência, aplicando ao PER o regime do art.º 217º, 4 do CIRE.

Do que se extrai de alguns sumários de acórdãos:

Da Relação de Guimarães²⁶:

“1. O Per não pode afetar a existência e o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os codevedores ou terceiros garantes da obrigação.

2. As cláusulas que condicionam o exercício do direito dos credores bancários à execução das garantias e a carência de capital e juros, neste caso pessoais (aval) de terceiros violam a norma imperativa do artigo 217 n.º 4 do CIRE, sendo nulas nestes pontos e inoponíveis às apelantes.”

Da Relação do Porto²⁷:

“I - Do confronto da norma revogada (art.º 63.º do CPEREF) com a que lhe sucedeu (n.º 4 do art.º 217.º do CIRE), conclui-se que o legislador, deliberadamente, visou que o credor, independentemente da posição assumida no processo, após a homologação do plano de recuperação mantivesse incólume os direitos de que dispunha contra os codevedores e garantes.

II - É nula, por violação de norma imperativa (n.º 4 do art.º 217.º do CIRE), a cláusula integrante do Plano de Recuperação, com o seguinte teor:

²⁶ Cfr. Ac. TRG 15-09-2016 (Espinheira Baltar), www.dgsi.pt.

²⁷ Cfr. Ac. TRP 19-03-2018 (Carlos Querido), www.dgsi.pt, entretanto revogado pelo Ac. STJ 29-01-2019, supra citado.

«Durante o prazo de execução do Plano, desde que não se verifique a ocorrência de algum incumprimento, os credores obrigam-se a não acionar os avalistas ou fiadores de qualquer uma das dívidas inseridas no Plano de Revitalização».

III - Atento o disposto no art.º 292.º do CC, haverá que suprimir a cláusula viciada, mantendo a homologação do plano na parte restante.”

Da Relação de Coimbra²⁸:

“IV - A aprovação de um plano de revitalização, com moratória para pagamento da dívida, de que beneficie a sociedade subscritora da livrança, não é invocável pelos avalistas contra quem é instaurada a execução para seu pagamento.

V - Esse plano de revitalização nem mesmo é invocável pelo avalista quando nele conste cláusula segundo a qual as garantias anteriormente prestadas pela empresa revitalizada e por terceiros se mantêm como garantia do cumprimento das novas obrigações decorrentes do plano.

VI - A natureza jurídica do aval, com autonomia relativamente à obrigação do avalizado, opõe-se a que uma cláusula do plano de revitalização como a mencionada possa evitar que o avalista possa vir a ser demandado em execução.

VII - Esta mesma natureza do aval impede que possa considerar-se existir na propositura da execução abuso de direito na modalidade de venire contra factum proprium, quando o exequente aprovou o plano de revitalização no qual constava uma cláusula sobre as garantias como a referida.”

²⁸ Cfr. Ac. TRC 01-12-2015 (Manuel Capelo), www.dgsi.pt.

Da Relação de Lisboa²⁹:

“ É aplicável ao plano de recuperação aprovado em sede de PER o disposto no artigo 217.º, n.º 4, do CIRE, porquanto não existe um distanciamento em termos de conteúdo, finalidade e efeitos do plano de recuperação gizado no PER ou no processo de insolvência (quando, neste processo, não seja meramente liquidatário do passivo da empresa) que evidencie incompatibilidades que justifiquem, sem mais, que não seja aplicável ao PER o referido preceito legal, que regula os efeitos das providências aprovadas no plano de recuperação na insolvência em relação às obrigações dos codevedores ou terceiros garantes da obrigação.

II. Decorre do regime jurídico do aval, enquanto obrigação de garantia da obrigação cartular titulada pela letra ou pela livrança, a inexistência de fundamento válido que justifique o afastamento da aplicação do artigo 217.º, n.º 4, do CIRE, ao plano de recuperação no âmbito do PER quando o mesmo tenha introduzido modificações na estrutura da obrigação do devedor principal, seja quanto à existência e montante dos direitos dos credores, seja apenas quanto aos prazos de cumprimento da obrigação subjacente.

III. A cláusula inserida no plano que não leva em consideração a natureza jurídica do aval consagrado na LULL, nomeadamente nos seus artigos 30.º, 32.º, 47.º e 77.º, introduzindo dilações temporais quanto à exigibilidade de pagamento aos avalistas, condicionando o direito de ação dos portadores dos títulos cambiários (livranças avalizadas) ao cumprimento do plano (reembolso aprovado nos termos do plano) à revelia daqueles normativos de cariz imperativo, constitui violação não negligenciável do conteúdo do plano determinante da sua não homologação, nos termos dos artigos 215.º e 217.º, n.º 4, do CIRE ex vi dos artigos 17.º-A, n.º 3 e 17.º-F, n.º 7, do mesmo diploma legal.”

²⁹ Cf. Ac. TRL 28-04-2020 (Adelaide Domingos), www.dgsi.pt.

Da Relação de Évora³⁰:

“I - O plano de recuperação [aprovado e homologado no PER] contém um conjunto de medidas que se aplicam apenas à sociedade a revitalizar, vinculando-a a ela e aos respetivos credores, mesmo os que não participaram nas negociações; mas não produz efeitos [não vincula] relativamente a terceiros, sejam estes codevedores ou garantes, designadamente avalistas.

II - A norma do n.º 4 do art.º 217º do CIRE é aplicável, com as necessárias adaptações, por interpretação extensiva, ao plano de recuperação.

III - A homologação do plano de recuperação aprovado não determina a extinção, por novação, da obrigação do avalista perante (...)

Uma jurisprudência que defende a preservação do direito dos credores, aplicando o art.º 217º, 4 do CIRE ao plano de revitalização.

E que o faz focada na *natureza jurídica do aval, com autonomia relativamente à obrigação do avalizado*³¹, desconsiderando a relevância da emissão de um título em branco.

As reservas da doutrina quanto a tal entendimento

³⁰ Cfr. Ac. TRE 24-05-2018 (Elisabete Valente), www.dgsi.pt.

³¹ Segundo esta posição, a obrigação do avalista é uma obrigação autónoma, independente da relação subjacente entre o portador imediato e o subscritor, não podendo, por isso, os avalistas desobrigar-se com base em exceções fundadas na relação subjacente, considerando a autonomia do aval na sua vertente ilimitada.

As reservas da doutrina quanto a tal entendimento jurisprudencial assentam quer no paradigma em que assenta o PER, quer no normativo que o rege.

As diferenças de paradigma e de normativo

O PER representa um modelo distinto do processo de insolvência.

O que o distingue:

O regime do Processo Especial de Revitalização assenta no princípio da autonomia privada. O PER permite que o devedor estabeleça e prossiga as negociações com os seus credores, visando obter com eles um acordo passível de viabilizar a sua recuperação.

Como afirma João Aveiro Pereira³², a manifestação pelo devedor *“da vontade de negociar, através do tribunal, com o apoio de um ou mais credores, oferece mais garantias de seriedade e de segurança, o que é suscetível de facilitar a aproximação das partes para negociarem livremente uma alternativa à insolvência.”*

No PER o acordo pode ser atingido no âmbito do processo ou pode ter um início extrajudicial com posterior homologação judicial. Neste caso, apenas se recorre ao processo judicial quando o acordo já está concluído, com a maioria de credores necessária, para que a homologação seja possível (artigo 17º - I, 1 CIRE).

Diferentemente da insolvência, no âmbito do PER a empresa devedora tem um papel ativo nas negociações estabelecidas com os credores (artigos 17º-A, 1 e 17º-D, 8 CIRE). Logo ao apresentar-se ao PER a empresa remete ao tribunal uma proposta de plano de revitalização. Pode ainda o devedor dar por

³² João Aveiro Pereira, A revitalização económica dos devedores, O Direito, Ano 145 (2013), p. 28 e 29.

encerrado o processo negocial sem a aprovação de qualquer plano, caso as negociações não satisfaçam as suas pretensões.

Enquanto que, no plano de insolvência, tipicamente, já se produziu o incumprimento ou o vencimento por força do art.º 91º, 1 CIRE (o que legitima por parte do credor portador de um título em branco, o preenchimento da letra ou livrança e execução do avalista), no plano de revitalização a obrigação a reestruturar não surge *ab initio* incumprida ou sequer vencida por força da lei.

Por isso, defende Carolina Cunha³³, o PER aproxima-se de uma vulgar renegociação da dívida:

“Daqui decorre, portanto, que o resultado final de um PER que desemboque num plano de revitalização se aproxima muito mais do quadro geral da vulgar renegociação da dívida fundamental, sobretudo, por comparação com o que sucede no âmbito de um plano de insolvência. Tal justifica plenamente, na minha perspetiva, que o acordo de preenchimento relativo aos títulos cambiários subscritos em branco para garantir essa dívida seja interpretado e integrado de modo a refletir a reconfiguração nela operada.”

Sendo, por isso, inadequado aplicar o art.º 217º, 4 do CIRE ao PER (por remissão ou analogia).

Alguma jurisprudência aproxima-se deste entendimento.

Assim, da Relação de Guimarães, o acórdão anteriormente citado³⁴:

“1 - O Processo Especial de Revitalização está pensado para os devedores que, não tendo caído ainda numa situação de impossibilidade financeira de satisfazer a generalidade dos seus compromissos, se encontrem

³³ Carolina Cunha, *Obra cit.* p. 172

³⁴ Cfr. TRG 08-01-2015 (Ana Cristina Duarte), www.dgsi.pt.

já numa situação económica difícil, mas que ainda seja suscetível de recuperação.

2 - Da homologação de medida que estabelece uma moratória no pagamento da dívida de avalistas, não decorre violação do n.º 4 do artigo 217º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, porque a mesma não afeta a existência nem o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os codevedores ou os terceiros garantes da obrigação.

3 - Esta moratória é uma condicionante que não é intolerável nem excessiva e que se justifica em prol da revitalização dos devedores com o Plano de Recuperação, a que o Apelante tem que se sujeitar por ter sido aprovado com a maioria e quórum legalmente exigidos, e assim homologado.

4 – Cabe ao apelante fazer a prova de que o plano de recuperação o coloca numa situação menos favorável do que aquela que decorreria da ausência de qualquer plano.”

A jurisprudência dominante tem-se pronunciado pela aplicação analógica do artigo 217, n.º 4, do CIRE previsto para o processo de insolvência, ao processo de revitalização (PER).

Referimos anteriormente vários sumários de acórdãos que o confirmam.

Justificando uma interpretação extensiva do artigo 217º, 4 CIRE ao PER, por considerarem que, o facto do legislador não ter previsto no âmbito do PER norma idêntica, não significa que pretendesse consagrar para este uma solução diferente e, partindo da premissa de que, em tudo o que não esteja especificamente previsto em regime especial, se aplicam as regras gerais do processo de insolvência.

Interpretação que tem o apoio de Nuno Salazar Casanova e David Sequeira Diniz³⁵, que defendem a aplicação do artigo 217º ao PER, ao plano de revitalização e aos efeitos da sentença que o homologa. A propósito do art.º 17º - F, nº 5³⁶, na sua versão originária:

“É certo que a remissão do artigo 17º-F, nº 5, in fine “(…)” não abrange, pelo menos à primeira vista, o citado artigo 217º, por o mesmo não estar formalmente no capítulo do código dedicado à aprovação e homologação do plano, mas no capítulo dedicado à execução do plano de insolvência. Porém, desse facto não resulta que o legislador tivesse querido afastar a referida norma do âmbito do PER. Em boa verdade os interesses em jogo e a própria lógica do sistema impõem que se considere mutatis mutandis aplicável o vertido no artigo 217º ao PER. Isto especialmente tendo em conta o confesso desiderato legislativo de conferir “eficácia plena” ao plano de revitalização e de o constituir como uma verdadeira alternativa ao plano de insolvência, no sentido de não ser necessário às entidades em situação de insolvência iminente terem de se apresentar à insolvência para conseguirem aprovar um plano de recuperação.

A interpretação que restrinja os efeitos do plano de revitalização em detrimento do plano de insolvência reduz, inegavelmente, a utilidade do primeiro face ao segundo – o que potenciará o recurso à via da insolvência em detrimento da via da revitalização em frontal contradição com o desiderato legislativo de potenciar esta última.”

Vejamos na perspetiva oposta, alguns obstáculos com que se depara este entendimento.

De teor literal:

³⁵ Nuno Salazar Casanova, David Sequeira Diniz, PER – *O Processo Especial de Revitalização*, p. 152

³⁶ Em parte, equivalente ao atual nº 7.

O artº 17-F, 7, respeitante ao plano de revitalização, preceitua que se aplicam à decisão de o homologar ou à recusa em o homologar, “...com as necessárias adaptações, as regras previstas no título IX, em especial o disposto nos artigos 194.º a 197.º, no n.º 1 do artigo 198.º e nos artigos 200.º a 202.º, 215.º e 216.º”

O art.º 217º, 4 não está previsto expressamente nesta remissão³⁷ e, em rigor, nada tem a ver com a decisão de homologar ou não homologar, mas sim com os efeitos decorrentes da homologação, pelo que, não será com base em tal normativo que se justificará a sua aplicação (remissiva).

O art.º 17º-A, 3, do CIRE³⁸ (Capítulo II – Processo Especial de Revitalização) refere que “o processo especial de revitalização tem carácter urgente, aplicando-se-lhe todas as regras previstas no presente código que não sejam incompatíveis com a sua natureza”.

Não estando expressamente contemplado na remissão (art.º 17º-F, 7) poderemos questionar se a aplicação do art.º 217º, 4 do CIRE se adequa ao PER, por não ser incompatível com a natureza deste (artº 17º-A, 3).

A doutrina que vimos referindo, em particular na expressão de Carolina Cunha³⁹, contesta que se esteja numa situação carecida de fundamentação, que torne necessário recorrer ao art.º 217º, 4 do CIRE.

Como observa a autora: “... *não me parece que a falta de regulamentação da situação dos garantes de uma obrigação afetada pelo plano de revitalização corresponda a uma falha na construção legislativa que torne necessária a mobilização do art.º 217º, 4 CIRE – sobretudo, no que toca ao exercício do direito de regresso. Na verdade, na ausência de preceito que o afaste, o regime*

³⁷ Referindo ainda a doutrina em análise que, se o legislador de 2017 tivesse querido tomar posição sobre a aplicabilidade do art.º 217, 4 CIRE ao plano de revitalização, tê-lo-ia manifestado de forma precisa, individualizando o preceito entre os expressamente aplicáveis.

³⁸ Redação introduzida pelo DL n.º 79/2017, de 30/06. Sendo a redação originária: “3 - O processo especial de revitalização tem carácter urgente.”

³⁹ Carolina Cunha, *Aval e Insolvência*, p. 187.

aplicável será o da concreta garantia prestada (fiança, aval, garantia autónoma, etc.), variando as consequências de acordo com esse regime.”

Contesta também a inexistência de incompatibilidades que permitam a aplicação do artigo 217º, 4 do CIRE, específico para o plano de insolvência, ao PER. A natureza de ambos os processos, pese embora algumas semelhanças, suporta diferenças de relevo.

Desde logo pela inexistência concetual de “incumprimento da obrigação” que possa afetar o plano de revitalização, ao contrário do que ocorre com o plano de insolvência, pela relevância dada no PER à vontade do devedor em dificuldades e pelo menor relevo dado aos interesses dos credores, numa relação de equilíbrio inversa à que ocorre no processo de insolvência.

No PER o devedor em dificuldades tem um papel interventivo relevante, quer na iniciativa do PER, quer no conteúdo e efeitos do plano de revitalização (nada é imposto ao devedor em dificuldades sem ou contra a sua vontade), o que não ocorre na insolvência.

No plano de insolvência os interesses dos credores assumem uma importância relevante, no PER a relevância é dada ao interesse do devedor em dificuldades.

Nesse entendimento, inexistindo norma remissiva expressa e não sendo a natureza do PER compatível com a secundarização do interesse do devedor ou com a primazia dada ao interesse dos credores, como na insolvência, de que o art.º 217º, 4 constitui corolário, este artigo não integra a aplicação analógica prevista no art.º 17º-A, 3, do CIRE, logo, não se aplica ao PER. Nem na primeira nem na segunda parte.

Observando esta Professora⁴⁰ *“A conclusão de que existe um muito maior equilíbrio de base na composição de interesses operada pelas normas que efetivamente disciplinam o PER, sem que à posição dos credores seja dado o especial privilégio que recebe no contexto da insolvência, seria em meu entender*

⁴⁰ Obra cit., p. 176 e 177.

suficiente para colocar abundantes reticências à aplicação do art.º 217º, 4, norma que constituiu uma reconhecida manifestação daquele privilégio.”

Chamando a atenção para o facto de, na hipótese de considerarmos aplicável ao PER o art.º 217º, 4 do CIRE, a correta aplicação da norma, conduz a resultado idêntico ao que obteríamos caso a não aplicássemos, nesta concreta situação de o incumprimento suceder ao plano e, o credor ser portador de um título em branco. Pois que, “(...) *na hipótese concreta que nos ocupa – regular cumprimento da obrigação fundamental garantida até ao momento da homologação do plano de revitalização – não se consolidou ainda, na esfera jurídica do credor, o direito cambiário cuja existência e montante o legislador pretende salvaguardar. Como tive oportunidade de esclarecer, a subscrição e entrega do título em branco representam um simples «embrião» da futura vinculação cambiária, que, associada ao acordo sobre o respetivo preenchimento, proporciona ao credor uma garantia flexível e expedita: verificado o incumprimento, completará o título inscrevendo o exato montante em dívida, sem para isso necessitar do posterior contributo de qualquer dos subscritores”.*

Assim, ocorrendo o incumprimento da empresa em dificuldades depois de aprovado o plano de revitalização, nada impede os avalistas de uma letra ou livrança em branco de invocar os termos modificados pelo plano de revitalização, se o incumprimento sucede à homologação do plano e se foram demandados pelo credor nos termos originários.

Defende igualmente esta posição, Cristina Gonçalves Pereira⁴¹, quando questiona e responde:

“Mas, passando a dívida garantida por aval a integrar plano de reestruturação de créditos no âmbito de processo destinado à revitalização

⁴¹ Cristina Gonçalves Pereira “Efeitos Sobre Os Avalistas Da Reestruturação De Créditos Operada Por Meio de Recuperação Judicial”, Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito das Empresas e dos Negócios, realizada sob orientação do Professor Doutor Armando Triunfante, <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18679/1/tese%20-20vers%C3%A3o%20final.pdf>

do devedor principal, poderá o credor igualmente abordar o avalista no sentido de obter o pagamento da dívida? Imaginando que, no âmbito de negociações destinadas à revitalização de dada empresa, dívida garantida por aval é perdoada em 50%, são perdoados ainda os juros moratórios e é concedida moratória no cumprimento do crédito em cinco anos, poderá o credor, que inclusive participou de forma ativa e determinante na aprovação do plano nas condições em questão, reagir contra o avalista, exigindo judicialmente a totalidade do crédito originário? Sem atender então e sequer, à reestruturação da dívida nos termos aqui referidos?

(...)

A tendência da maior parte dos autores e da jurisprudência portuguesa tem sido no sentido de permitir que os credores que integrem os planos judiciais de revitalização empresarial nestes termos, possam igualmente utilizar formas alternativas de satisfação dos seus créditos.

(...)

Consideram então, que o conjunto de medidas contidas no plano de recuperação vincula apenas a empresa a revitalizar e os seus credores (aliás, mesmo aqueles que não hajam participado nas negociações, como resulta do disposto no n.º 6 do Art.º 17º F do CIRE). No entanto, só os vincula em relação à sociedade requerente e já não relativamente a terceiros, como são considerados, para este efeito, os garantidores. No que respeita a estes últimos, nada se modifica na sua relação com o beneficiário do aval, que mantém intactos os seus direitos originários.

(...)

Contrariamente ao entendimento anterior, argumenta-se no sentido de que a aprovação de um Plano de Recuperação Judicial do qual resulte a reestruturação dos créditos do devedor, em diferentes condições e com novos prazos, deve beneficiar, não só este último, como terceiros garantes do crédito, onde se integra o avalista.

Para os defensores deste entendimento, - onde, aliás, nos integramos – a aprovação e homologação de PER que modifique créditos anteriores, impede o credor, e desde logo, de reagir judicialmente contra o avalista (sobretudo nos moldes de dívida originária), salvo, necessariamente, a situação de incumprimento por parte do devedor do plano nos termos em que este foi negociado, aprovado e homologado. Isto porque, revela-se inadmissível que se permita que credor, que expressamente aprovou plano de recuperação e nada disse a respeito da sua homologação judicial, possa depois negar o compromisso assumido, utilizando formas alternativas de satisfação.”

O direito de regresso do avalista no PER

Importará por fim questionar: que repercussões terá a homologação de um plano de revitalização sobre o direito de regresso do avalista que satisfaz o direito cambiário do credor?

No entendimento doutrinário que temos vindo a expor, não sendo o art.º 217º, 4 do CIRE aplicável ao PER nem na sua primeira parte, nem na parte final, o direito de regresso dos garantes desenvolve-se de acordo com o regime próprio da garantia prestada.

Assim:

Se o avalista adquiriu o seu direito de regresso antes de instaurado o PER, a homologação que venha a ocorrer do plano não tem qualquer repercussão sobre esse direito, podendo o avalista reclamar o seu crédito no PER à semelhança dos demais credores.

Se o avalista adquiriu o seu direito de regresso depois de instaurado o PER, mas antes de terminado o prazo para as reclamações de créditos (nos termos do art.º 17º - F, 10 CIRE, antes da decisão judicial de nomeação do administrador judicial provisório prevista no nº 4 do art.º 17º-C), o direito de regresso do avalista poderá ser afetado pelo plano de revitalização, porque nesse momento

é um credor como os demais e, quer venha quer não a participar nas negociações, fica, à semelhança dos demais credores, vinculado pelas mesmas. Sendo esta a única hipótese em que o conteúdo do plano de recuperação se pode repercutir sobre o direito de regresso do avalista.

Se o avalista adquiriu o seu direito de regresso depois de instaurado o PER e, após a decisão prevista no nº 4 do art.º 17º-C, ou seja, após o despacho de nomeação de administrador judicial provisório, o respetivo exercício não é diretamente afetado pelas medidas constantes do plano de revitalização. Poderá exercer o seu direito pelo valor constante do título e dentro dos prazos cambiários normais (artºs 49º e 70º LULL).

Por fim, importa aferir do exercício do direito de regresso pelo avalista *quando o incumprimento foi posterior à homologação*. Neste caso a obrigação fundamental incumprida é uma obrigada reconfigurada nos termos do plano. Ao avalista só poderá ser exigida esta obrigação reconfigurada (com o correspondente preenchimento do título) e, este, uma vez que satisfaça o reconfigurado direito do credor, pode agir nos mesmos termos contra o devedor garantido.

Assim, se à data da homologação do plano ainda não se tinha verificado o incumprimento da relação fundamental, ou seja, se ainda não se havia efetivado o risco garantido, será a partir dos novos parâmetros definidos no plano (homologado) que se poderá aferir da existência e/ou da medida de incumprimento. O que não pode deixar de aproveitar ao avalista que, pode então invocar e comprovar a existência de preenchimento abusivo nos termos do art.º 10º da LULL, se tais limites forem excedidos ou desrespeitados.

Podendo-se concluir:

No PER o legislador não transferiu, como no plano de insolvência, para a esfera jurídica dos garantistas, o peso económico das vicissitudes (perdão, redução do valor dos créditos, moratórias, etc.) introduzidas pelo plano de revitalização do crédito originário.

Uma posição que tem tido reduzido acolhimento jurisprudencial.

Não obstante a jurisprudência faz-se dum contínua reflexão, às vezes desdiz-se, atualizando-se.

Esse aperfeiçoamento crítico não dispensa a colaboração das partes.

Uma pretensão bem explicada e bem articulada é meio caminho para essa inovação.

ANABELA LUNA DE CARVALHO

Direitos de Autor

Breve Resenha

Hugo da Silva Tavares
Advogado
Doutorando em Direito

Introdução

O presente trabalho foi realizado no âmbito do Mestrado em Direito: cadeira de Direitos de Autor lecionada pelo Professor Doutor PEDRO CORDEIRO na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada, e desponta como um estímulo para trabalhar um tema que encontra interesse junto de académicos e práticos do direito.

Falar-se de Direitos de Autor, representa antes de mais, estudar os modos de proteção das obras intelectuais, garantindo-se com tal a titularidade e o, legítimo, aproveitamento das mesmas por parte dos autores.

Nesta ocasião, do que se propõe, despretensiosamente, tratar no presente estudo, reporta ao já ensaiado tema dos direitos pessoais do autor, em particular do direito de assegurar a genuinidade e integridade da obra, sendo que, para além de uma mera descrição do “estado de arte”, procurar-se-á

apreender como os tribunais têm decidido em face dos direitos que o Código do Direito de Autor e Direitos Conexos (adiante “CDADC”) estabelece neste âmbito.

De modo a alcançar este objetivo, será igualmente necessário circunscrever a ideia de que tratamos não só de um direito que visa regular a proteção das obras intelectuais, enquanto realizações culturais do espírito humano (sentido objetivo) e também assim, em relação ao seu aproveitamento por parte do titular (sentido subjetivo) que resulta na conclusão de que o direito de autor não incide sobre um bem corpóreo, mas antes sobre um bem de natureza imaterial.

Em face do exposto, cumpre iniciar o nosso trabalho.

Conteúdo dos Direitos de Autor:

O direito de autor, como já se foi antevendo, tem por objeto as obras intelectuais.

Resulta do artigo 1º do CDADC que o direito de autor recai sobre obras, as quais são definidas como: “(...) *criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código, incluindo-se nessa proteção os direitos dos respectivos autores.*”

Em face do que precede, a obra é necessariamente uma criação de índole humana, o que equivale desde logo a assumir que uma descoberta, encontra-se excluída desta proteção jurídica, justamente, por se tratar de uma revelação de algo que já existente. Objeto do apoio jurídico estão, deste modo, as obras que correspondem a criações intelectuais do domínio literário, científico, e artístico que, tal qual refere o já mencionado artigo 1º tem de ser exteriorizada.

Efetivamente a natureza jurídica do direito de autor foi objeto de disputa intensa, porquanto pressupõe tanto as faculdades de natureza patrimonial como de natureza pessoal.

Em essência os direitos de autor resultam da atividade de criação intelectual e têm por objeto uma obra intelectual. O fato de o regime legal abarcar, como se disse, a atribuição de exclusivos de natureza pessoal e patrimonial não representa que não se possa enquadrar, com rigor, que se trata de um direito que incide sobre uma realidade unitária: obra intelectual¹.

Direitos Patrimoniais (breve resenha)

Os direitos patrimoniais de autor detêm um núcleo principal constituído pelo exclusivo de exploração económica da obra bem como, os direitos de publicação e divulgação da mesma.

O artigo 9.º n.º1 do CDADC estabelece que o direito de autor “*abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal*”, sendo que, o n.º 2 do preceito contém uma compreensiva alusão ao conteúdo do direito patrimonial de autor, às suas características e natureza: “*no seu exercício, o autor tem o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua disposição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente.*”

O artigo 67.º n.º 1 do CDADC, por sua vez, oferece-nos o enquadramento necessário quando refere: “*O autor tem o direito exclusivo de fruir e utilizar a obra, no todo ou em parte, no que se compreendem, nomeadamente, as faculdades de a divulgar, publicar e explorar economicamente por qualquer*

¹ São objeto de proteção jurisautorial as obras que correspondam a criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico. O artigo 1º n.º 1 do CDADC, adianta, todavia, como requisito para a sua proteção a necessidade que sejam exteriorizadas por qualquer forma.

forma, directa ou indirectamente, nos limites da lei.” juntando no seu n.º 2 que: “A garantia das vantagens patrimoniais resultantes dessa itão legal.”

Importa, para efeitos do presente estudo, salientar que aquele direito exclusivo pode em alguns casos ser mitigado na medida em que a lei estatuí que o autor beneficie economicamente da utilização livre por terceiros ou da ocorrência de certas vicissitudes da obra, por conseguinte, perdendo a natureza exclusiva da exploração económica convertendo-se, segundo descreve LUÍS MENEZES LEITÃO², num mero direito de participação financeira. Veja-se a propósito o artigo 76º n.º 1 alínea b), em que a reprodução da obra ou a sua comunicação ao público envolve a atribuição de uma remuneração equitativa ao autor.

- ***O Direito de exploração económica.***

Referimo-nos já ao artigo 67.º n.º 1, e obedece por ora esclarecer que o direito exclusivo de utilizar a obra atribuído não é *per si* uma faculdade restrita do autor, dado que o uso privado pode ser feito por qualquer pessoa e, nesse sentido, o que é garantido é o exclusivo da utilização pública da obra e a sua exploração económica. Interessa desenvolver.

A atribuição em exclusivo da exploração económica da obra ao autor impede que a mesma seja utilizada publicamente por terceiros. Ao atentarmos ao regime estabelecido pelo n.º 1 do artigo 108º do CDADC: “1 – *A utilização da obra por representação depende de autorização do autor, quer a representação se realize em lugar público, quer em lugar privado, com ou sem entradas pagas, com ou sem fim lucrativo.*”, verifica-se, que se faz depender da

² LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos de Autor*, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 122.

autorização do autor a representação cénica da obra, sem prejuízo de esta se realizar com ou não com fins lucrativos.

São várias as formas pelas quais o autor pode proceder à exploração económica da obra, podendo designadamente esta ser feita diretamente ou por intermédio de terceiro (artigo 40º do CDADC). Vejamos.

I. O autor pode, em lugar de transmitir o seu direito, licenciar terceiro para a divulgação, publicação ou qualquer outra forma de utilização, por qualquer processo. Assim, poder-se-á considerar que se concede faculdades de utilização isoladas, sem que se esteja a alienar estas ou transmitir o próprio direito patrimonial que apenas fica onerado quanto às faculdades concedidas (artigo 41º n.º 1 do CDADC)³.

II. Noutro sentido, como se enunciava, o autor poderá, assim o querendo, transmitir ou onerar os seus direitos, conforme prescrevem os artigos 43º e 44º do CDADC. Ao fazê-lo, o autor aliena esse direito ou as faculdades do mesmo, isto é, pela oneração *jus auctoral*, permite-se que sobre esse direito patrimonial se constituam faculdades de utilização patrimonial, sem, contudo, transferir para outrem qualquer parcela do mesmo (ex. usufruto do direito de autor: 45.º do CDADC). Entende OLIVEIRA ASCENSÃO que a verdadeira transmissão só ocorre nos casos em que a lei designa de transmissão total – dado o carácter *uti universi* que aponta a toda a cessão de direitos de autor.⁴

Retomando o discurso, deve ser referido que o artigo 68º n.º 2 do CDADC, se revela importante porquanto, concede a faculdade ao autor de fazer ou autorizar, por si ou por representantes, as várias formas de exploração

³ Ideia de acordo com ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, págs. 167 e ss.

⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Direitos de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, págs. 377 e 378.

da obra, dando nas suas diversas alíneas exemplos, uma vez que, a menção “entre outros” esclarece que a enunciação não pressupõe carácter taxativo. Ora, em resultado desta conclusão, configura-se o direito de exploração económica como um tipo aberto, cujo conteúdo pode ser complementado através do surgimento de novas formas de aproveitamento da obra, em particular referimo-nos ao desenvolvimento tecnológico.

- *Direito de publicação e divulgação*

Trata-se de um direito com tutela constitucional, artigo 42º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP), que garante a todos o direito a divulgarem as suas obras, e é, igualmente, decorrente do que estatuí o já referenciado artigo 68º n.º 2 do CDADC.

Conforme decorre do artigo 6º n.º 1 do CDADC, a publicação constitui uma forma de divulgação: “*A obra publicada é a obra reproduzida com consentimento do seu autor, qualquer que seja o modo de fabrico dos respectivos exemplares, desde que efectivamente postos à disposição do público*⁵ em termos que satisfaçam razoavelmente as necessidades deste, tendo em consideração a natureza da obra.”. A divulgação é assim, pelo que precede, um conceito amplo que abarca não só a publicação como outros meios lícitos de comunicação da obra ao público, *vide* n.º 3 do artigo 6º do CDADC.

Uma nota final para fazer menção à discussão doutrinária havida acerca do enquadramento da publicação e divulgação, se integram os direitos pessoais do autor (tese Luiz Francisco Rebello)⁶ ou no seu direito patrimonial

⁵ Sublinhado nosso.

⁶ LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, I, Lisboa, Dom Quixote, 1994.

(tese de Oliveira Ascensão)⁷. Entendeu-se, regra geral, seguir o entendimento deste último autor, suportando-se na ideia de que a publicação e divulgação pode ser objeto de alienação, justamente, ao contrário do que sucede com direitos pessoais. Ademais, cumpre assinalar que a divulgação ou publicação funciona como o primeiro pressuposto para se poder admitir a exploração e utilização comercial da obra.

Direitos Pessoais

Importante componente do direito de autor são efetivamente os direitos pessoais que lhe são atribuídos e que se caracterizam (ao invés da figura anterior) desde logo por serem inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, conforme decorre do artigo 56º n.º 2 do CDADC. Consequentemente não podem ser objeto de transmissão ou oneração (artigo 42º do CDADC), ainda que, após a morte do autor, esses direitos sejam exercidos pelos seus sucessores.

Podemos, compreender os direitos pessoais com a seguinte sintetização:

- (i) direito ao inédito;
- (ii) direito de retirada;
- (iii) direito à menção do nome da obra;
- (iv) direito de reivindicar a paternidade da obra;
- (v) direito de assegurar a genuidade e integridade da obra;
- (vi) direito de efetuar modificações na obra
- (vii) direito de acesso à obra.

⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Direitos de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág 157 e ss.

O direito pessoal de autor, dito de conteúdo moral está ligado à preservação da genuidade e integridade da obra e afirma dois postulados:

(i) O autor é dono e senhor originário do destino da sua obra no comércio jurídico, e assim sendo, decide quando a sua obra deverá ser divulgada e o modo da sua divulgação. Associado a este direito encontra-se a faculdade que assiste ao autor de decidir que a obra seja retirada de circulação.

(ii) O autor tem o direito de ser conhecido e reconhecido como tal, e de preservar a obra tal como a exteriorizou.

Os direitos pessoais do autor são, de algum modo, instrumentais da exploração económica da obra: Ao defender a integridade da obra; ao reivindicar a paternidade; ao decidir quando e o modo de divulgação e retirada, está a salvaguardar que as utilizações patrimoniais são conforme pretendia.

1. Direito de divulgação (Inédito)

A propriedade de divulgar ou não a obra, é um corolário do direito pessoal, justamente, porque ao decidir divulgar a obra para o comércio jurídico, em particular:

a) O autor que manifesta inequivocamente a vontade de divulgar a obra, exerce o direito de divulgação;

b) O comitente que tenha adquirido a faculdade de utilização por efeito de contrato, só pode exercer essa faculdade se não for oposto pelo autor o inédito da sua obra;

O direito ao inédito, encontra consagração no artigo 6.º do CDADC ao instituir a formalidade de a publicação da obra ter que ser realizada com o consentimento do autor e, por conseguinte, a sua divulgação ser realizada de

forma lícita. Em resultado deste direito ao inédito a lei condena como crime de usurpação a divulgação ou publicação abusiva as obras não divulgadas nem publicadas pelo seu autor (artigo 195.º n.º2 a)).

2. Direito de retirada

Pela concessão do direito de retirada, previsto no artigo 62.º do CDADC, é reconhecido ao criador da obra intelectual o poder de interromper a circulação da obra, impedindo novas utilizações ou a continuação dessa utilização.

Por razões compreensíveis, nos termos da lei, para o exercício do direito de retirada é necessário que o criador invoque “razões morais atendíveis”, isto é, critérios objetivos que permitam ponderar essa razoabilidade de retirada. A lei, estatui que, atendendo que este direito pode ser lesivo para terceiros, por ex. por terem legítimo interesse na exploração da obra, possa ocorrer indemnização em favor dos lesados⁸.

Seguimos, neste particular, o que diz ALBERTO DE SÁ E MELLO⁹ “[a] obrigação de indemnizar por danos causados pela “retirada” é mera consequência possível do acto: a obrigação de indemnizar depende sempre do reconhecimento da titularidade de um direito de indemnização que seja exercido contra o (s) obrigado (s). Assim, o que, (justificadamente) “retira” a obra só ficará obrigado a indemnizar os lesados que provem direito à reparação, respondendo o seu património nos termos gerais da responsabilidade civil por (f) actos ilícitos.”

⁸ Um caso em que tal não ocorre encontra-se descrito no artigo 114º do CDADC, para o qual se remete.

⁹ ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, págs. 151 e ss.

3. Direito à menção do nome na obra

Refere-se, por comum confusão, que este direito não se confunde naturalmente, com a protecção do nome do autor, a que se dedicam os artigos 28.º e 29.º do CDADC.

Do aqui se compreende e que decorre do artigo 76.º n.º1 alínea a) do CDADC, é referente ao direito à menção do nome do autor na obra, que constitui a forma habitual de dar a conhecer a terceiros a respectiva autoria.

O artigo 76.º, ora referido, vem impor que, sempre que possível, se faça a menção do nome do autor. Ao dizer-se *sempre que possível* confere a ideia de que existirão excepções a considerar. É o clássico exemplo, que todos conhecemos, de uma estação de rádio quando passa uma música não ter de fazer referência expressa ao autor da letra e da música, artigo 154.º do CDADC.

Pode até, ser o próprio autor a recusar que o seu nome conste da obra, quando no caso de ter sido licitamente modificada em termos que a disvirtuam. Veja-se a propósito o que nos diz o artigo 60.º n.º 3 do CDADC, em relação à obra arquitectónica:

“3 – Não havendo acordo, pode o autor repudiar a paternidade da obra modificada, ficando vedado ao proprietário invocar para o futuro, em proveito próprio, o nome do autor do projecto inicial.”

Pelo interesse académico, igualmente, se faz alusão de que a menção do nome do autor pode funcionar como elemento probatório em relação à atribuição do direito de autor. É o caso de obra feita sob encomenda. Se o nome do criador da obra não constar mencionado, presume-se que o direito de autor é atribuído ao comitente, conforme artigo 14.º n.º 3 do CDADC.

4. Direito de reivindicar a paternidade da obra

O direito de reivindicar a paternidade da obra traduz-se no poder de o seu autor reclamar e exigir o reconhecimento da autoria.

Intenta garantir-se que a obra se defina, sem dúvida, como a criação intelectual exteriorizada de determinada pessoa. Este propósito se faz constar Acórdão do STJ¹⁰ acerca da questão:

«I - Para que um facto (ilícito) possa ser considerado contrafacção (cf. art. 196.º do CDADC) devem concorrer, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) alguém proceder a uma utilização fraudulenta; b) arrogar-se como sendo sua obra alheia; c) que seja mera reprodução de obra alheia; d) que essa reprodução seja tão semelhante que não tenha individualidade própria.

II - Diversa da contrafacção é a figura da usurpação, a que alude o art. 195.º do CDADC: enquanto, nesta, o usurpador utiliza a obra de outro sem autorização (ou para além dos limites da autorização concedida), na contrafacção o visado utiliza como própria uma obra alheia.

III - Resulta do n.º 1 do art. 196.º do CDADC que, desde que cada uma das obras possua individualidade própria, a semelhança entre duas obras não constitui contrafacção. O critério da individualidade, no exacto sentido de criatividade, prevalece sobre a semelhança objectiva. Decisivo para determinar a contrafacção é nada se acrescentar à criação alheia a que se recorreu.

IV - O critério determinante para que se diga que não há contrafacção, é afirmar-se que a obra possui um conjunto de características intrínsecas que permite dizer que, não obstante as semelhanças, se trata de uma obra

¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-04-2010, processo n.º 3501/05.0TBOER.L1.S1.

diferente e não uma reprodução ou cópia da outra, i.e., que é uma obra que tem uma individualidade própria, por comparação com a outra.

V - A obra é o objecto da protecção no direito de autor o que pressupõe a sua existência, não podendo falar-se sequer de direito de autor sem a realidade de uma obra, entendida como exteriorização duma criação do espírito, uma criação intelectual por qualquer modo exteriorizada, não beneficiando da sua tutela as ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas, por si só e enquanto tais.

VI - O direito de autor engloba direitos patrimoniais e direitos pessoais ou morais (cf. art. 9.º do CDADC): a) no que toca aos direitos de carácter patrimonial, o seu titular tem o direito exclusivo de fruir e utilizar a sua obra, no todo ou em parte, tendo, nomeadamente, a faculdade de a divulgar, publicar e explorar economicamente por qualquer forma, directa ou indirectamente, nos limites da lei; b) no que concerne aos direitos morais, o autor goza do direito de reivindicar a respectiva paternidade e assegurar a sua genuinidade e integridade, de se opor à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor, o direito de a retirar a todo o tempo de circulação e fazer cessar a respectiva utilização, direitos estes que são inalienáveis, e irrenunciáveis, perpetuando-se após a morte do autor, competindo esse exercício aos seus sucessores, enquanto a obra não cair no domínio público.

VII - No caso concreto, se a titularidade originária da propriedade intelectual de um guião pertencia a um terceiro (em exclusivo) e, só após a celebração de escritura pública, o conteúdo patrimonial do referido direito foi transmitido ao recorrente, este não adquiriu, por força da transmissão operada, a qualidade de autor ou de co-autor da obra, pois que não a criou,

tornando-se, única e exclusivamente, o titular do conteúdo patrimonial de um direito sobre a obra. O autor ou criador intelectual do guião (terceiro) manteve (e mantém) os direitos morais sobre essa obra.

VIII - A protecção da obra é extensiva ao título, nos termos do art. 4.º, n.º 1, do CDADC, desde que este tenha originalidade, traga algo de novo, e não seja banal.

IX - O termo “público” a que se refere o art. 6.º do CDADC deve ser entendido com o “público em geral”, só existindo divulgação quando a obra sai fora da esfera de controlo do autor e passa a ser acessível a todos aqueles que procuram ter conhecimento dela. Assim, a gravação de ensaios de um programa em videocassete não traduz a comunicação pública de uma obra autónoma: tal comunicação implica, necessariamente, para além da existência de uma obra, a sua apresentação ao público, ou seja, dar a conhecer à generalidade das pessoas, permitindo, assim, o acesso à mesma».

Resulta então dos preceitos legais aludidos no duto Acórdão que, a violação do direito à paternidade da obra constitui crime de confraccção, artigo 196º do CDADC.

5. Direito de defesa da genuinidade e integridade da obra

Conforme se fez alusão, integra o conjunto de direitos pessoais de autor o direito de assugar a genuidade e integridade da obra, e dos quais se debruçam os artigos 9.º n.º 3 e 56.º n.º 1 do CDADC. Vejamos, primeiramente, o que dita esta último preceito:

“1 – Independentemente dos direitos de carácter patrimonial e ainda que os tenha alienado ou onerado, o autor goza durante toda a vida do direito de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a genuinidade e

integridade desta, opondo-se à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor.¹¹

Podemos, então, começar por afirmar que a genuinidade visam em primeiro lugar evitar a destruição da obra. Em rigor, dado o que já se afirmou de que obra é uma coisa incorpórea, a destruição abrange, regra geral, os suportes da mesma. Equivale, neste caso, a dizer que o autor nada poderá fazer, em virtude de os suportes se encontrarem na disponibilidade / propriedade daquele que os adquire podendo deles se desfazer, se assim o pretender. Assim, parece-nos, que apenas quando se desvirtua a essência criativa do criador que o criador poderá justificadamente intervir. Fa-lo-á com a alegação de que a obra resulta disvirtuada ou a sua honra ofendida por ex. por uma alteração não consentida.

Um caso, diferente, de que resultam algumas particularidades se trata das obras de exemplar único. Ora, a destruição implica o desaparecimento e assim sendo, aquele que adquire um manuscrito, ou um quadro, não poderá proceder à sua destruição sem o consentimento do criador, caso contrário poderá estar em violação do artigo 198º b), violação do direito moral.

O direito de assegurar a genuinidade e integridade da obra procura, outrossim, evitar que esta possa ser mutilada, transformada ou genericamente modificada por terceiro. É precisamente o que decorre do já supracitado artigo 59.º n.º 1, que não permite modificações sem autorização do autor. Veja-se o que diz o Acórdão do TRL¹²:

¹¹ Sublinhado nosso.

¹² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 31-03-2011, processo n.º: 1598/10.0TVLSB.L1-6.

“Por seu turno, prescreve o art. 56.º n.º 1 do mesmo diploma legal que independentemente dos direitos de carácter patrimonial e ainda que os tenha alienado ou onerado, o autor goza durante toda a vida do direito de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a genuinidade e integridade da obra, opondo-se à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor.

O direito moral – segundo Rui Moreira Chaves, in Regime Jurídico da Publicidade, Almedina, pág. 226 – “(...) consiste no reconhecimento do carácter eminentemente pessoal da criação literária, artística e científica, com todas as consequências que daí derivam em relação à obra intelectual, como reflexo da personalidade do seu criador. O direito moral compreende duas vertentes fundamentais: a) a reivindicação da paternidade da obra, que consiste num direito à menção do nome do autor na obra e a consequente reacção contra violações praticadas; b) o respeito pela genuinidade e integridade da obra, reflectindo-se na oponibilidade à sua destruição, mutilação, deformação ou outra qualquer modificação e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor (...).”

Sobre as modificações da obra, preceitua o art. 59.º n.º 1 do citado Código que não são admitidas modificações da obra sem o consentimento do autor, mesmo naqueles casos em que, sem esse consentimento, a utilização da obra seja lícita.

A este propósito escreveu Sá e Mello, in O Direito Pessoal de Autor no Ordenamento Jurídico Português, Temas de Direito de Autor, SPA, pág. 125, “(...) Ao consentir que terceiro modifique a obra, não transmite o autor o direito de autorizar modificações, nem renuncia ao direito de se opôr a qualquer outras alterações que se pretendam introduzir.

Entendemos, de resto, que deve o pedido de autorização – feito por carta registada, nos termos no n.º 3 do citado art. 59.º – ser necessariamente acompanhado de um projecto das modificações pretendidas: a autorização é dada para modificações precisamente determinadas e só conhecendo-as pode o autor nelas consentir, conservando o direito (que exerce ao autorizar) de se opôr ou não a quaisquer outras (...).”

Chega-se em face do que precede à elementar conclusão de que, a regra geral¹³, é a de que qualquer modificação da obra carece do acordo do autor. “2 – *A faculdade de introduzir modificações na obra depende do acordo expresso do seu criador e só pode exercer-se nos termos convencionados.*”, do n.º 2 do artigo 15º infere-se este regime, que faz depender do acordo do criador a modificação na obra. Identicamente, em relação às obras derivadas, artigo 169º n.º 1 do CDADC: “1 – *A tradução, arranjo, instrumentação, dramatização, cinematização e, em geral, qualquer transformação da obra só podem ser feitos ou autorizados pelo autor da obra original, sendo esta protegida nos termos do n.º 2 do artigo 3.º.*”.

Casos há, ao invés, em que o consentimento do autor se encontra implicitamente prestado, *v.g.* casos em que apenas se exige que essas modificações não desvirtuem a obra, artigo 169º n.º 4 do CDADC. Ora, autorizando-se a adaptação de uma obra não se poderá depois exigir que não ocorram alterações que até poderão ser resultantes da diferente natureza das artes em apreço. Assim se pondera por ex. na adaptação de um livro para o cinema.

Por exemplar, se faz nota do resumo do Acórdão do STJ:

“1) O direito de autor, integrado no princípio constitucional (artigo 42.º da Constituição da República) da liberdade de criação intelectual

¹³ Existem circunstâncias em que se presume o consentimento do autor, nomeadamente, como sucede com as coletâneas destinadas ao ensino, se o autor, notificado para se opor nada diz.

artística e científica, conecta-se com a liberdade de expressão do pensamento, e protege os interesses materiais e morais daí decorrentes.

2) O criador intelectual da obra tem o seu direito reconhecido independentemente de registo, depósito ou qualquer formalidade seja a autoria simples (singular) ou complexa (de colaboração, compósito ou colectivo).

3) O direito de autor coenvolve direitos exclusivos de carácter patrimonial (disposição, fruição, utilização, reprodução e apresentação ao público com percepção de remuneração) e direitos morais (**reivindicação da paternidade e garantia da genuinidade e integridade**)¹⁴.

4) Os direitos conexos (“droits voisins”, “neighbouring rights”, “diritti connessi”) situam-se no âmbito da execução de uma obra pré-existente, sendo tarefa de artistas, intérpretes, como músicos, cantores, bailarinos e declamadores, sendo sempre direitos que se subalternizam perante o direito de autor.

5) O artigo 122 n.º 1 do CDADC só obriga a entidade promotora à afixação prévia da programa com designação da obra e identificação da autoria se tal for possível.

6) A expressão “na medida do possível” implica a não ilicitude da falta de publicitação do elenco das peças a executar em representação cénica de música ligeira (ou “pop”), designadamente quando executada pelos respectivos autores pois não é possível conhecer antecipadamente, e com rigor, todas as peças que não são executadas.

7) A autorização, pelo autor, da fruição e utilização da obra por terceiro tem de constar de documento escrito, presumindo-se onerosa e não exclusiva.

¹⁴ *Bold* nosso.

8) *A não redução a escrito da autorização a que se reporta o artigo 41º, n.º 2 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos não fulmina aquela de nulidade, já que se está ante uma formalidade ad probationem cuja ausência é suprida nos termos do n.º 2 do artigo 364.º e, em termos probatórios, com os limites do artigo 393.º, ambos do Código Civil.*

9) *Se coincidirem na mesma pessoa a autoria e a interpretação são devidas duas remunerações, sendo uma a título de direito de autor e outra pelo direito conexo de interpretação.*

10) *O autor não tem que autorizar a sua própria interpretação, para efeitos de direito de autor, e é da interpretação do contrato que celebrou com o promotor do espectáculo que se apura se o “cachet” acordado também engloba o direito de autor que não, apenas, o direito conexo.*

11) *Regras de interpretação que partem da teoria da impressão do destinatário e da conjugação dos artigos 236.º, 237.º e 238.º n.º 1 do Código Civil, cuja inaplicação permite ao STJ sindicar o sentido juridicamente relevante da declaração negocial.*

12) *A declaração negocial tácita deve ser avaliada segundo um critério prático, buscando “facta concludentia” inequívocos para apurar um significado negocial, com aquele grau de probabilidade bastante para tomada de decisões pelo homem comum, mas não supre documento exigido “ad probationem”.*

13) *É implícita quando não tem de se inferir de factos por inequivocamente se conter na declaração integrando-se na vontade que esta exprime, podendo suprir a falta daquele documento.”*

6. Direito de efetuar modificações na obra

A faculdade de realizar modificações na obra compete ao autor, seja este ou não o criador intelectual. Efetivamente o já referido artigo 59º n.º 21 do CDADC, determina: “1 – Não são admitidas modificações da obra sem o consentimento do autor, mesmo naqueles casos em que, sem esse consentimento, a utilização da obra seja lícita.”, o que implica ser reservado ao autor a faculdade de realizar alterações na obra, alterando a sua configuração primitiva.

A alteração da obra não altera a versão original, acrescentando-se, todavia, uma nova versão da mesma, tal qual as sucessivas edições, podendo qualquer uma ser utilizada.¹⁵

Existe um caso, no entanto, em que o autor pode efetivamente impedir a utilização de versões precedentes, de acordo com o artigo 58º do CDADC: “Quando o autor tiver revisto toda a sua obra, ou parte dela, e efectuado ou autorizado a respectiva divulgação ou publicação ne varietur, não poderá a mesma ser reproduzida pelos seus sucessores ou por terceiros em qualquer das versões anteriores.”

7. Direito de acesso à obra

Admite-se tal direito e certas legislações estrangeiras no âmbito dos direitos pessoais, reconhecem a sua existência, no caso do ordenamento jurídico português não encontramos menção expressa, apenas uma referência

¹⁵ Conforme entendimento de LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos de Autor*, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 156.

implícita no artigo 159º n.º 1. Deverá então admitir-se um direito de acesso à obra, o qual é fundamental no âmbito das obras de exemplar único.

Proteção Penal

A lei portuguesa estabelece inúmeras medidas que visam salvaguardar as várias faculdades atribuídas ao autor. Importa deixar a nota de que, ao contrário do que se prevê para os direitos patrimoniais, o procedimento criminal por infrações aos direitos pessoais depende de queixa do ofendido, artigo 200.º do CDADC, reforçando a ideia de que a defesa dos direitos pessoais deve ser desencadeada pelo autor, garante e derradeiro interessado.

✓ A repressão penal da violação ao direito pessoal de divulgação, caracteriza a usurpação: 195.º n.º 2 do CDADC;

✓ Arrogar-se a paternidade de obra alheia é crime, artigo 57º n.º 3 e artigo 198º;

✓ Violação do direito à menção da designação que identifica a autoria é punida em sede de contra-ordenações, 205.º n.º 2 do CDADC;

✓ A reação à violação à integridade da obra faz desencadear a reação penal prevista no artigo 198º - b) do CDADC.

✓ Tutela de obras caídas no domínio público, artigo 200º do CDADC.

Conclusão

O direito pessoal que se intentou desenvolver constitui, efetivamente, um dos marcos do direito moral. Por isso encontra-se previsto no artigo 6.º BIS da Convenção de Berna para a proteção de obras literárias e artísticas.

“1) Independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo após a cessão dos referidos direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação da obra ou a qualquer outro atentado contra a mesma obra, prejudicial à sua honra ou à sua reputação.

2) Os direitos reconhecidos ao autor em virtude da alínea 1) supra são, após a sua morte, mantidos pelo menos até à extinção dos direitos patrimoniais e exercidos pelas pessoas ou instituições às quais a legislação nacional do país em que a protecção é reclamada dá legitimidade. Todavia, os países cuja legislação, em vigor no momento da ratificação do presente Acto ou da adesão a este, não contenha disposições assegurando a protecção após a morte do autor de todos os direitos reconhecidos por virtude da alínea 1) supra têm a faculdade de prever que alguns desses direitos não se mantêm após a morte do autor.

3) Os meios de recurso para salvaguardar os direitos reconhecidos no presente artigo são regulados pela legislação do país em que a protecção é reclamada.”

O capítulo VI do Código, conforme se descreveu, ocupa-se dos direitos morais, genericamente já referidos no artigo 9º, entre os quais consta o direito à integridade ou genuinidade da obra. A regra geral, a este respeito, está no artigo 56º, n.º 1, segundo o qual: *“Independentemente dos direitos de carácter patrimonial e ainda que os tenha alienado ou onerado, o autor goza durante toda a vida do direito de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a genuinidade e integridade desta, opondo-se à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do*

autor”. Nos termos do n.º 2, o direito é inalienável, irrenunciável e imprescritível, perpetuando-se após a morte do autor, mesmo depois de a obra ter caído no domínio público.

Do ponto de vista do direito pessoal de autor não são proibidos todos os atos que afetem a integridade e genuinidade da obra, mas apenas os atos dos quais resulte que a obra seja desvirtuada e, nessa medida, possam afetar a honra e reputação do autor.

Note-se, que mesmo na hipótese regra, embora o direito à genuinidade e integridade seja inalienável e irrenunciável, fica na disponibilidade do autor convencionar alguma limitação aos direitos morais. A obra pode ser modificada desde que haja o consentimento do autor, criador intelectual.

A possibilidade de serem afetadas a honra e reputação do autor deve-se considerar aferida à obra e não nos termos gerais do Código Civil. Só assim faz sentido que tal hipótese esteja incluída entre as normas relativas aos direitos de autor. Ou seja, há uma diferença entre os direitos de personalidade do autor, traduzidos no direito à honra e reputação, e os direitos pessoais de autor, que passam necessariamente pelo ato que afete a obra. Embora próximos, estão em planos distintos.

Em bom rigor, o autor não se pode opor a toda e qualquer modificação da obra que a não desvirtue e/ou não afete a sua honra e reputação, invocando para tanto o direito pessoal à integridade ou genuinidade. Como afirma J. de Oliveira Ascensão: “*A motivação do autor não é irrelevante. A lei quer evitar oposições conduzidas pelo autor unicamente com o fito de extorquir dos utentes um pagamento suplementar, e evita-o pelo estabelecimento de um critério ético, destinado a excluir todo o arbítrio*”¹⁶.

HUGO DA SILVA TAVARES

¹⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Direitos de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág 181.

A renumeração do Administrador Judicial e a sua apreciação jurisdicional depois de abril de 2022

—

Uma primeira apreciação às alterações introduzidas
no CIRE e no EAJ pela Lei n.º 9/2022, de 11-01

Nuno Marcelo da Nóbrega dos Santos de Freitas Araújo
Juiz de Direito no 1.º Juízo de Comércio de Aveiro/Anadia



Este texto tem por base essencial, com alguns desenvolvimentos resultantes do debate e de reflexões posteriores, a exposição apresentada no workshop subordinado ao tema “As alterações legislativas pugnadas pela Lei nº9/2022, com principal enfoque na alteração ao artigo 23.º do EAJ”, organizado a 8/4/2022 pela Associação Portuguesa dos Administradores Judiciais.

ÍNDICE

Introdução	69
1. Critérios materiais relevantes	69
Dignificação	70
Transparência	71
Clareza	72
2. Clarificações exigíveis e omitidas na Lei n.º 9/2022	73
Remuneração fixa na substituição do AJ	73
Remuneração variável na destituição do AJ	75
Intervenção do Tribunal na apreciação das contas do AJ	77
3. Alterações da Lei n.º 9/2022 no CIRE	78
Os artigos 17.º-C/6 e 222.º-C/6	78
Os artigos 17.º-C/7 e 222.º-C/7	80
O artigo 55.º/3	84
O artigo 62.º/1	85
Operações de rateio	88
4. Alterações da Lei n.º 9/2022 no EAJ	90
Comentário aos artigos 23.º e 29.º, n.º 9	
5. Conclusões	110

A legitimidade do direito pressupõe a exposição de todas as normas e valores ao exame crítico; os membros do direito têm que poder supor que eles mesmos, numa formação livre da opinião e da vontade política, autorizariam as regras às quais estão submetidos como destinatários.

(Habermas, *Direito e Democracia*, 2003)

Injustamente negligenciadas pela doutrina, as questões atinentes à definição e modo de satisfação da remuneração do administrador judicial nos processos de insolvência, de revitalização de empresas e de acordo de pagamentos de pessoas singulares têm suscitado, porém, aceso debate e frequentes controvérsias na jurisprudência, e que a nova Lei nº9/2022, de 11-1, que introduz relevantes alterações nessa sede, promete não fazer abrandar, servindo assim de pretexto ideal para procurar abordar o tema com alguma profundidade, e também como eventual contributo, modesto que seja, para a sua aplicação ponderada na prática quotidiana dos Juízos de Comércio.

1. Critérios materiais relevantes

A devida abordagem ao tema da remuneração do administrador judicial e da sua apreciação processual aconselha a que, previamente, se proponham os valores ou critérios materiais mais relevantes que, pelo menos do nosso

ponto de vista, devem vigorar neste âmbito e cuja prossecução, em consequência, acredita-se deve presidir às opções legislativas a este respeito.

1.1. Dignificação

Entre eles, em primeiro lugar, avulta a exigência de *dignificação* do exercício de funções do administrador judicial, como elemento indispensável para o necessário estímulo à manutenção e incremento dos níveis de qualidade e competência requeridas no exercício de tais funções (¹).

Todavia, neste particular, tem de salientar-se, negativamente, que a remuneração fixa prevista para o administrador da insolvência, no valor de € 2.000,00 por processo, introduzido pela Portaria 51/2005, de 20-1, está já em vigor desde que, em 2004, teve início a aplicação no tempo do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (doravante, CIRE).

Ou seja, durante cerca de vinte anos, o valor da remuneração fixa não foi objecto de qualquer aumento ou actualização.

Mais, a situação agravou-se tendo em conta o valor tabelar das despesas do administrador, que em 2004 era de € 500,00 (art. 26.º/6 da Lei 32/2004, de 22-7 e art. 29.º/8 do EAJ com a redação original), e diminuiu para apenas 2 UC com as modificações introduzidas pelo DL 52/2019, de 17-4, no art. 29.º/8 do EAJ, não sofrendo qualquer alteração com a Lei nº9/2022, de 11-1.

No entanto, com o aparente propósito de compensar tal estagnação, para nós injustificada, o legislador optou agora por aumentar significativamente a componente variável da remuneração do AJ, o que, portanto, decidiu fazer à

¹ Em sentido paralelo, dispõe a Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, que o legislador da Lei nº9/2022 quis transpor, que os Estados membros devem assegurar que “os profissionais nomeados por uma autoridade judicial ou administrativa no âmbito de processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas (“profissionais”) recebam formação adequada e possuam os conhecimentos especializados necessários às suas responsabilidades” (art. 26.º/1, al. a)) e igualmente que “a remuneração dos profissionais se reja por regras que sejam compatíveis com o objectivo de uma resolução eficiente dos processos” (art. 27.º/4).

custa das massas insolventes, dos credores e, nos processos de recuperação, revitalização e para acordo de pagamentos, dos devedores ⁽²⁾.

1.2. Transparência

Em segundo lugar, merece igualmente destaque, agora no âmbito mais vasto da actuação financeira do administrador e da sua apreciação judicial, o princípio da *transparência*, ao qual a Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, que Lei nº9/2022 quis transpor, concede particular importância, quer em sede de nomeação e destituição ⁽³⁾, quer sobretudo no exercício de funções em cada processo.

Com efeito, segundo o art. 27.º/1 do referido diploma comunitário, os Estados membros devem estabelecer mecanismos de supervisão e regulação adequados para assegurar que o trabalho dos profissionais seja objecto de *supervisão efectiva*, tendo em vista assegurar que os seus serviços sejam prestados de forma eficaz e competente.

Em tema de transparência na actuação financeira do administrador judicial, todavia, não se evidenciam na nova legislação modificações significativas, excepção feita ao disposto no art. 55.º/3 do CIRE.

Cuja alteração veio clarificar, em benefício do referido critério e da garantia de *supervisão efectiva*, a regra da necessidade da autorização prévia do Tribunal ou da comissão de credores, quando nomeada, para a contratação de

² Enquanto a remuneração fixa pode ser suportada pelo Estado, o que sucede nos casos previstos no art. 30.º do Estatuto do Administrador Judicial, aplicável aos processos de insolvência, já a remuneração variável, porque dependente do resultado da liquidação, é sempre assegurada pela massa insolvente (art. 51.º/1, al. b), do CIRE), ao passo que no processo de revitalização e de acordo de pagamento é da responsabilidade do devedor, salvo se este beneficiar de apoio judiciário.

³ O seu art. 26.º/1, al. b), consagra a exigência de que os requisitos de elegibilidade e o processo de nomeação, destituição e renúncia dos profissionais sejam “claros, transparentes e justos”.

todos os técnicos que coadjuvem o administrador judicial no exercício das suas funções, incluindo os advogados.

Contudo, tal alteração, muito embora represente um louvável contributo na prossecução de uma actuação transparente no processo de insolvência, pecou por manifesta insuficiência, deixando por tratar várias outras questões relevantes e merecedoras de atenção legislativa, como se verá, designadamente, quanto aos poderes de intervenção do Tribunal na prestação de contas do AJ e à definição da remuneração variável em caso de recuperação do devedor.

1.3. Clareza

Finalmente, e em terceiro lugar, assume importância no tratamento da questão da remuneração do AJ, e em geral na perspectiva financeira da sua actuação, a questão da *clareza* dos valores aplicáveis e do seu pagamento.

Está em causa, aliás, um evidente corolário do princípio da segurança e certeza jurídicas, aqui encarado na vertente da “cognoscibilidade, estabilidade e previsibilidade do direito, que possibilita às pessoas prever os efeitos jurídicos da vida social, conhecer os seus direitos e deveres, saber, em suma, com o que contam na ordem jurídica” (4).

No entanto, neste campo, e em particular na prossecução do objectivo de definir claramente a remuneração variável em caso de recuperação do devedor, em todos os processos regulados no CIRE com intervenção de administrador (insolvência, revitalização e acordo de pagamentos), as

⁴ De acordo com a noção e os vários significados de *segurança jurídica* apresentados por Mário Bigotte Chorão, in Polis, Tomo V, pág. 646, para quem, no que concerne ao sentido de garantia da cognoscibilidade do direito, para a certeza jurídica concorrem, entre outros factores, “a existência de regras positivas de carácter geral e abstrato, a sua formulação escrita, o rigor e a clareza da sua redacção e a sua inserção num sistema definido, ordenado e coerente de fontes do Direito”, e à qual se opõem as “mudanças excessivas, constantes e bruscas da lei” (Ob. loc. cit.).

alterações promovidas pela Lei nº9/2022 constituem, a nosso ver, um sério revés.

Visto que, por um lado, e como se exporá adiante com mais detalhe, suscitam as maiores dúvidas interpretativas na definição do *quantum* dessa remuneração e do seu vencimento ⁽⁵⁾ e, por outro, parecem apontar para valores excessivos, irrealistas no quadro económico do país e que os devedores muito dificilmente conseguirão suportar, e assim susceptíveis de dificultar gravemente a sua recuperação económica, ao arrepio do que, ao cabo de contas, traduzia uma das principais finalidades visadas na directiva da União Europeia que o diploma em apreço pretendeu transpor ⁽⁶⁾.

2. Clarificações exigíveis e omitidas na Lei n.º 9/2022

2.1. Remuneração fixa na substituição do AJ

Em primeiro lugar, a nova lei deixou por tratar, diversamente do que, para nós, era exigível, a questão do valor da remuneração fixa devida nos casos de substituição do administrador judicial.

Em especial, a de saber se a remuneração fixa de € 2.000,00 é devida por cada processo, sem prejuízo dos ajustamentos que se justificarem segundo juízos de equidade, ou se, ao invés, essa remuneração fixa é devida a cada administrador judicial que nele intervenha.

⁵ As dificuldades na interpretação das alterações agora introduzidas, face à inépcia, no mínimo, do legislador, são de tal ordem que também os Juízes já decidiram organizar um encontro subordinado a este mesmo tema, aprazado para 19 de Maio próximo em Amarante.

⁶ Como resulta evidente, muito sugestivamente, em face do primeiro considerando da Directiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, nos termos do qual, “sem afectar os direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores, a presente directiva visa eliminar esses obstáculos (à livre circulação de capitais e liberdade de estabelecimento) *assegurando o acesso das empresas e empresários viáveis que estejam em dificuldades financeiras a regimes nacionais eficazes de reestruturação preventiva que lhes permitam continuar a exercer a sua actividade*” e igualmente “*uma maior eficácia dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas*”.

A resolução dessa questão, com toda a fundamentação necessária para o efeito, excede o objecto do presente estudo, mas o silêncio do legislador obriga a que a ela se dediquem algumas palavras no intuito de esclarecer a resposta que, a nosso ver, é a mais justificada sobre a matéria.

Para, em suma, salientar que, não obstante os argumentos ponderosos aduzidos num e noutro sentido (7), entendemos agora, em alteração da perspectiva que anteriormente adoptámos, que as duas prestações da remuneração fixa são devidas a cada administrador nomeado pelo juiz que intervenha no processo, desde e na medida em que, relativamente a cada um deles, aquelas prestações possam ser consideradas regularmente vencidas.

Entendimento para o qual concorrem, decisivamente, a actual redacção do art. 29.º do EAJ, que prevê o vencimento daquela remuneração, tal como das despesas tabelares, sempre por referência à nomeação do administrador, e não já por associação a um determinado momento do *iter* de cada processo de insolvência (8), e o argumento, conjugado com esse, extraído à *contrario sensu* do disposto no art. 23.º/3, de que o valor da remuneração, na componente fixa, é somente restringido no caso de o administrador judicial exercer as suas funções por menos de seis meses por força da sua substituição.

Daqui resultando, em jeito de conclusão desta incursão a uma questão que o legislador da Lei nº9/2022 não resolveu, e segundo agora pensamos, que

⁷ Defendendo de que a remuneração fixa está prevista para cada processo, e não para cada administrador que nele intervenha, tal como sucede com a remuneração variável, que também é *repartida* entre os administradores, pode consultar-se por exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10/12/2019, disponível na base de dados do Igfej em linha.

⁸ Enquanto que da versão original do art. 26.º do Estatuto do Administrador da Insolvência resultava a atribuição da remuneração e das despesas por referência a momentos processuais específicos, como a elaboração do relatório, a lei agora, no art. 29.º/2 e 8 do EAJ, determina apenas o vencimento da primeira prestação da remuneração, assim como das despesas, na data da nomeação do administrador, e da segunda prestação da remuneração seis meses após aquela nomeação, mas nunca após a data de encerramento do processo, abandonando a referência para o efeito a um momento específico do *iter* processual que apenas poderia ocorrer por uma vez.

a cada administrador judicial nomeado pelo juiz que tenha exercido funções no processo é sempre devida, pelo menos, uma prestação da remuneração fixa.

E que lhe assiste o direito à segunda prestação sempre que não haja substituição do administrador até ao encerramento do processo de insolvência⁽⁹⁾ ou sempre que, mesmo sendo nomeado em substituição, tenha exercido as correspondentes funções, com proveitos para a liquidação, por mais de seis meses⁽¹⁰⁾.

2.2. Remuneração variável na destituição do AJ

Outra questão que, a nosso ver, deveria ter obtido clarificação legal, mas cuja resolução o legislador da Lei nº9/2022 também omitiu, pelo menos com a clareza exigível, diz respeito a saber se a remuneração variável é devida no caso de destituição decidida por aplicação do disposto no art. 56.º do CIRE.

Matéria na qual, até ao novo diploma, eram defensáveis duas posições. Uma no sentido negativo, respaldada no facto de o vencimento da remuneração variável ocorrer no momento do encerramento do processo (art.

⁹ Tem sido defendida por alguns a tese de que apenas seria devida uma prestação da remuneração fixa também no caso de o processo de insolvência ser encerrado antes de decorridos seis meses desde o seu início, mas ela parece claramente de rejeitar, visto que para a aplicação da diminuição prevista no art. 23.º/3 do EAJ, tal como, anteriormente, no art. 1.º/2 da Portaria nº21/2005, de 20-1, é indispensável que ocorra a “substituição por outro administrador judicial”; acresce que seria uma solução contraproducente, e de inegável iniquidade, sancionar o administrador, com a redução do valor da sua remuneração, por uma actuação diligente determinante do encerramento célere do processo de insolvência. Recusando igualmente a redução da remuneração, quando baseada somente na duração do processo inferior a seis meses, cfr. Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 19/1/2017 e de 17/9/2020, disponíveis em linha na citada base de dados.

¹⁰ Temos interpretado as disposições conjugadas dos arts. 29.º/1 e 2 e 30.º do EAJ no sentido de que não basta o exercício das funções de administrador judicial por seis meses para justificar a atribuição da segunda prestação da remuneração fixa, sendo esta somente devida desde que o exercício de funções por esse período tenha gerado proveitos para a massa insolvente que permitam o seu pagamento a cargo desta, ou quando, mesmo por tempo inferior a seis meses, tais funções tenham sido exercidas desde o início até ao final do processo.

29.º/5 do EAJ), quando o administrador destituído já não exerce funções, e ainda no juízo de censura subjacente à decisão de destituição por justa causa, susceptível de inviabilizar a aplicação analógica do disposto no art. 24.º/2 do EAJ, que ao invés tem por base o poder discricionário da assembleia de credores.

E outra, diversamente, pugnando pela resposta afirmativa, por analogia com o disposto no art. 24.º/2 do EAJ, sustentada no entendimento de que, para decidir sobre essa aplicação analógica, a questão essencial reside, não nos fundamentos que presidiram à substituição, mas na avaliação da relevância da participação do administrador destituído no procedimento de liquidação e na criação de proveitos para a massa insolvente ⁽¹¹⁾.

É certo que a Lei nº9/2022, de 11-1, introduziu, com a nova redacção da norma do art. 23.º/11 do EAJ, uma alteração que pode assumir relevância na resolução desta questão, e à qual por isso voltaremos adiante, na apreciação das modificações promovidas pelo novel diploma legal.

Adiante-se desde já, no entanto, que essa alteração, para além de não ter sido inteiramente esclarecedora, pode ainda ter contribuído para aumentar a complexidade da resolução da questão, por ter introduzido uma norma (o citado art. 23.º/11) passível de concorrer com aquele art. 24.º/2 na determinação da remuneração variável a atribuir ao administrador judicial destituído, no caso de se entender que ela é devida.

Permitindo, assim, a possibilidade de doravante passarem a coexistir três entendimentos a este respeito, desde a simples recusa, até à atribuição da remuneração variável por aplicação do art. 23.º/11 do EAJ, passando pelo indicado recurso à analogia com o regime previsto no art. 24.º/2 do mesmo diploma legal.

¹¹ Aderindo a esta segunda orientação, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/4/2021; da mesma forma, o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 3/3/2020 decidiu que o administrador substituído por aplicação de medida de coacção tem direito à remuneração variável.

2.3. Intervenção do Tribunal na apreciação das contas do AJ

Por fim, e em terceiro lugar, o legislador da L. nº9/2022, de 11-1, omitiu qualquer pronúncia sobre a amplitude que a intervenção do Tribunal deve ter na apreciação das contas do administrador da insolvência.

Deixando sem resposta, em especial, não apenas a questão de saber se é lícita ou não a decisão de recusar a validação de despesas nos casos em que não exista pronúncia ou oposição dos membros da comissão de credores e do Ministério Público, mas também a respeito da possibilidade de apreciação pelo Juiz, oficiosamente ou mediante requerimento, do critério da razoabilidade na realização das despesas a que se refere o art. 60.º/1 CIRE.

Também aqui, em face da ausência de intervenção legislativa, justifica-se deixar uma palavra, ainda que sumária, sobre as respostas que, em nosso juízo, serão as mais pertinentes sobre as referidas questões, embora em excesso face ao objecto essencial da presente exposição.

Para sustentar, em resumo, que na falta de uma disposição específica no CIRE sobre a apreciação das contas, crê-se justificado entender, por aplicação da norma prevista para o processo correspondente no art. 945.º/3 do CPC (¹²), *ex vi* do disposto no art. 17.º/1 do CIRE, que o Tribunal tem liberdade para decidir sobre a validação das despesas, ou a sua recusa, mesmo oficiosamente.

E, por outro lado, que a apreciação judicial pode legitimamente incluir a aferição do cumprimento do requisito da razoabilidade das despesas.

Com efeito, o art. 64.º CIRE não contém qualquer restrição a respeito dos poderes de apreciação do Juiz e, embora não diga expressamente que ele pode verificar se as despesas são razoáveis e legais, também não o faz relativamente aos demais requisitos de validação das contas, incluindo a documentação dos

¹² De acordo com o disposto no art. 945.º/3 do CPC, apresentadas as contas em tempo pelo réu e mesmo “não sendo as contas contestadas, é notificado o réu para oferecer as provas que entender (as quais, quanto ao administrador da insolvência, face ao disposto no art. 62.º/3 do CIRE, devem logo acompanhar o requerimento inicial) e, produzidas estas, o juiz decide”.

dispêndios. Sendo evidente, porém, atento o art. 62.º/3, que o Tribunal deve verificar, mesmo por iniciativa própria, se as despesas estão documentadas, recusando a sua aprovação caso subsistam sem comprovação documental. Da mesma forma que, segundo nos parece manifesto, pode o Juiz intervir *ex officio*, para citar outro exemplo, se as despesas de deslocação não obedecerem ao regime legal de limitação às que seriam devidas a um administrador com domicílio na comarca onde corre o processo ou em comarca limítrofe (art. 29.º/12 do EAJ) ou se elas, independentemente disso, forem injustificadas⁽¹³⁾.

De modo que, para concluir, entendemos que também será lícito ao Tribunal intervir, por ausência de qualquer limitação legal que o condicione a esse nível, caso simplesmente as despesas apresentadas pelo AJ ofendam o critério da razoabilidade previsto no art. 60.º/1 do CIRE.

3. As alterações promovidas pela Lei 9/2022, com relevo na remuneração do AJ e na sua apreciação, no CIRE

3.1. Os artigos 17.º-C/6 e 222.º-C/6

A respeito do estatuto do administrador judicial, no âmbito do PER e do PEAP, a lei deixa de prever a remissão para o art. 32.º/3, passando ela a estar limitada ao nº1 deste preceito legal e aos arts. 33.º e 34.º (arts. 17.º-C/5 e 222.º-C/4 do CIRE).

Esta alteração poderia fazer sentido considerando que a remuneração do administrador provisório passa a ficar subordinada a critérios exactos, e já não depende da fixação equitativa pelo Tribunal, de acordo com o disposto no art. 23.º do EAJ, para além de constituir manifestação da intenção do legislador de, aderindo à jurisprudência dominante, atribuir exclusivamente ao devedor a responsabilidade pelo pagamento da remuneração do administrador, no

¹³ Em sentido próximo ao do texto, cfr. Acórdãos da Relação de Guimarães de 19/5/2016, acessível em linha, mantendo a decisão que, oficiosamente, não aprovou despesas do AJ, subordinando a aprovação a um “juízo casuístico em face da concreta justificação apresentada”, e da Relação de Lisboa de 10/1/2019, recusando encargos com leiloeira no âmbito da adjudicação de um imóvel.

PER e no PEAP, com ressalva dos casos em que ele beneficie de apoio judiciário⁽¹⁴⁾.

No entanto, deparando-se aqui o intérprete com a *primeira perplexidade* suscitada pela Lei nº9/2022, a remissão para o art. 32.º/3 deixa de existir simplesmente porque, para a remuneração do administrador em PER e PEAP, o legislador criou agora normas específicas: os arts. 17.º-C/6 e 222.º-C/6.

As quais, de forma aparentemente contraditória e incompreensível com a alteração do art. 23.º do EAJ, determinam que a remuneração é fixada pelo Juiz na própria decisão de nomeação ou posteriormente.

Ora, tem de questionar-se como poderá a remuneração ser fixada pelo Tribunal, e logo no início do processo, se o valor da remuneração, para além de passar a ser calculado com base em critérios objectivos, está agora dependente, decisivamente, da existência ou não da eventual recuperação do devedor!

Sendo possível, desde logo para superar a referida antinomia entre aquelas disposições legais, que na decisão de fixação da remuneração, os juízes se limitem agora a reproduzir as fórmulas abstratas previstas na lei, sem definir para o efeito, como até agora faziam, um concreto valor, encontrando-se ainda mais confortados para o efeito face à faculdade de o fazer no início do processo.

Acresce que, de acordo com as citadas normas, a remuneração do administrador provisório e o reembolso das despesas em que incorra, no PER e no PEAP, constituem *um encargo compreendido nas custas do processo, suportado pelo devedor, sendo o organismo responsável pela gestão financeira e patrimonial do Ministério da Justiça responsável pelo seu pagamento apenas no caso de o devedor beneficiar de protecção jurídica.*

Afigura-se forçoso, porém, face aos demais elementos de hermenêutica, interpretar restritivamente a letra da lei, limitando a responsabilidade do

¹⁴ Neste sentido, por todos, cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19/11/2020, disponível em linha na referida base de dados.

Estado pelo pagamento, quando o devedor beneficie de apoio judiciário, apenas quanto à remuneração fixa e obrigatoriamente devida ao administrador.

No plano histórico, porque nunca foi sustentado que tal pagamento se estendesse à remuneração variável. Na perspectiva sistemática, tendo em conta que, também na insolvência, a responsabilidade do erário público apenas existe quanto à remuneração fixa (art. 30.º do EAJ) e ainda que, uma vez homologado o plano de revitalização ou o acordo de pagamentos, a componente variável constitui, em bom rigor, um crédito do AJ sobre o devedor, e não um encargo do processo. Finalmente, do ponto de vista racional, porque se o devedor está em condições de retomar o pagamento aos seus credores, nos termos do plano homologado, terá da mesma forma capacidade para fazer face ao pagamento devido ao administrador, assim se compreendendo igualmente que a segunda metade da remuneração variável apenas se vença dois anos após a aprovação do plano, caso ele esteja a ser regularmente cumprido (art. 29.º/3 do EAJ).

A entender de outro modo, o instituto do apoio judiciário, em lugar de assegurar ao devedor a isenção de pagamento das custas e encargos normais do processo, permitindo o acesso ao direito e aos tribunais para o exercício dos seus direitos, nos termos do art. 1.º da Lei nº23/2004, de 29-7, e do art. 20.º da Constituição, passaria a dispensá-lo do cumprimento de uma obrigação equiparável aos demais débitos relativos à sua actividade, e tanto relativamente às pessoas singulares, como também às sociedades comerciais ⁽¹⁵⁾

3.2. Os artigos 17.º-C/7 e 222.º-C/7

Em segundo lugar, estabelece a Lei nº9/2022 que a remuneração e as despesas suportadas pelo administrador provisório, que não sejam pagas pelo

¹⁵ Atenta a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do art. 7.º/3 da Lei nº34/2004, na parte em que recusa protecção jurídica a pessoas colectivas com fins lucrativos, sem consideração pela concreta situação económica das mesmas, através do Acórdão do Tribunal Constitucional nº242/2018, de 7-6.

devedor, constituem créditos sobre a insolvência, caso esta seja declarada “na sequência da não homologação de um plano de recuperação” (art. 17.º-C/7) ou “da não homologação de um acordo de pagamento” (art. 222.º-C/7).

Porém, essa solução legislativa suscita *nova perplexidade* no plano interpretativo e merece sérios reparos, desde logo, face à evidente contradição e quebra criada com o regime legal previsto para as dívidas da massa insolvente no art. 51.º/1, que sempre incluiu nesse enquadramento, nos termos da sua al. b), a remuneração devida ao administrador judicial.

Na verdade, em resultado desta alteração, caso o AJ seja mantido no exercício de funções no processo de insolvência subsequente ao PER ou ao PEAP onde foi inicialmente nomeado ⁽¹⁶⁾, a remuneração devida pela intervenção nesse procedimento passa a constituir crédito sobre a insolvência, empurrando o AJ para um duplo estatuto, que intervém simultaneamente como administrador e credor, e sujeito até, aparentemente, ao dever legal de reclamar o seu crédito ⁽¹⁷⁾. Ao passo que a sua remuneração na insolvência, segundo o art. 51.º, assume, diversamente, a natureza de dívida da massa insolvente ⁽¹⁸⁾.

¹⁶ O que, aliás, a acontecer, constituirá mera aplicação da preferência de princípio que o art. 52.º/2 do CIRE concede à nomeação do administrador provisório para o exercício de funções no subsequente processo de insolvência (cfr., a esse respeito, o nosso A Equidade na Nomeação do Administrador Judicial, edição APAJ, pp. 41ss e 118ss).

¹⁷ Mercê da aplicação da regra geral prevista no art. 128.º/5 do CIRE, segundo a qual, “mesmo o credor que tenha o seu crédito reconhecido por decisão definitiva não está dispensado de o reclamar no processo de insolvência, se nele quiser obter pagamento”. É certo que o AJ, nas vestes de administrador, pode *reconhecer o seu crédito* oficiosamente (art. 129.º/1 do CIRE), mas, ainda assim, a elaboração da sua reclamação de créditos pode impor-se, à cautela, para prevenir o direito de consulta e de eventual impugnação pelos demais interessados (arts. 130.º e 133.º do CIRE).

¹⁸ Aparentemente no sentido adoptado pelo legislador, mas na verdade em sentido diverso, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9/2/2017 (Relator: Desembargador Nuno Sampaio), após fixar a remuneração variável do administrador judicial nomeado em PER (com créditos reclamados de quase € 2.000.000,00 e com plano homologado), em € 12.000,00, e após decidir (e bem, a nosso ver), que esse valor não poderia ser adiantado pelo IGFEJ, sendo da exclusiva responsabilidade do devedor, por não ser aplicável o art. 30.º do EAJ, considerou

Poderia pensar-se, em ordem a conciliar os novos arts. 17.º-C/7 e 222.º-C/7, com o regime previsto no art. 51.º do CIRE, no recurso à interpretação restritiva daquelas regras, para defender que a lei pretende referir, ou como se tivesse referido, que a remuneração e a compensação por despesas do AJ constituem crédito sobre a insolvência em eventual processo posteriormente intentado relativamente ao mesmo devedor.

O que constituiria, afinal, mais um caso em que legislador teria aderido à jurisprudência maioritária, agora no tratamento da questão da qualificação dos créditos devidos ao administrador judicial, por remunerações em PER e PEAP, que não haviam sido pagos pelo devedor, e que ele tenha reclamado em processo de insolvência posterior, não resultante da *conversão* daqueles⁽¹⁹⁾.

Todavia, essa interpretação restritiva não parece ter a correspondência mínima exigível com a letra da lei, nos termos impostos pelo art. 9.º/2 do Cód. Civil, face às referências legais à declaração da insolvência “na sequência da não homologação de um plano de recuperação” ou “de um acordo de pagamento” e, por isso, a nosso ver, não pode ser acolhida.

Tornando-se inevitável, pois, a conclusão de que a lei transformou a remuneração do administrador provisório, devida pelo exercício de funções em PER ou em PEAP que, nos termos dos arts. 17.º-G e 222.º-G, seja *convertido* em processo de insolvência, como crédito sobre a insolvência.

ainda para esse efeito que o administrador judicial provisório “dispõe da faculdade de exigir o pagamento à entidade a quem prestou o serviço, o requerente do PER e, eventualmente, à sua massa insolvente na qualidade de credor”, referindo-se, assim, e como é manifesto, a um novo processo de insolvência (e não, como agora a lei determina, ao PER “convertido” em insolvência).

¹⁹ Como assertivamente decidiu o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/4/2019 (Relator: Desembargador Aristides Rodrigues de Almeida), “só têm natureza de dívidas da massa as dívidas contraídas no próprio processo de insolvência (ou nos seus apensos, acrescentamos nós) onde o seu pagamento vai ter lugar, e não dívidas contraídas em anterior processo de insolvência (ou em anterior PER ou PEAP, acrescentamos nós), ainda que aí não sejam pagas”.

Assim sendo, e segundo pensamos, as normas dos arts. 17.º-C/7 e 222.º-C/7 deveriam merecer sérias objecções por parte dos administradores judiciais e poderão, inclusivamente, não resistir a um juízo de inconstitucionalidade em eventual fiscalização posterior, pois deixam de garantir ao AJ o direito ao recebimento efectivo da retribuição mínima do seu trabalho (a componente fixa da sua remuneração), aqui enquadrada como direito ao salário e entendido este em sentido amplo, tutelado no art. 59.º da Constituição.

Visto que, com este enquadramento, o pagamento da remuneração e das despesas do AJ em PER e PEAP não está assegurado, nem em última instância pelo Estado, por ficar inviabilizada a aplicação do disposto nos arts. 32.º/3 do CIRE e 30.º do EAJ, ao arrepio do que se passa no processo de insolvência

O que, para tornar a solução legal ainda mais questionável, é agravado pela circunstância de o crédito em causa, na ordem de pagamentos no âmbito da insolvência, ser relegado para segundo plano, em face da satisfação precípua das despesas da massa insolvente, nos termos do art. 172.º/1 do CIRE.

Ora, a nosso ver, a inclusão do valor da remuneração não paga em PER ou em PEAP na categoria dos créditos sobre a insolvência ⁽²⁰⁾ apenas seria razoável quanto à componente variável, devida no caso de recuperação do devedor, tal como a homologação do plano determina no processo de

²⁰ Admitindo-se, porém, e também com o intuito de porventura conseguir salvar as normas da declaração de inconstitucionalidade, que este crédito sobre a insolvência, que o legislador não classificou, seja qualificado como privilegiado, por aplicação do disposto no art. 738.º do Cód. Civil. Neste sentido, a respeito da remuneração do AJ em anterior processo de insolvência (e, portanto, aplicável por maioria de razão à remuneração devida pelo exercício de funções em PER ou em PEAP convertidos e apensados à insolvência), decidiu o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/4/2019, acima citado, que “a remuneração do administrador judicial é um encargo com despesas de justiça que goza do privilégio mobiliário previsto no art. 738.º do Código Civil”.

insolvência, e onde a remuneração fixa e as despesas tabelares estão sempre garantidas, mercê do preceituado nos art. 32.º/3 do CIRE e 30.º do EAJ (21).

3.3. O artigo 55.º/3

Já a alteração do art. 55.º/2 e 3 do CIRE, procurando louvavelmente dirimir uma questão que vinha merecendo alguma controvérsia, é clara no sentido de que a contratação de advogado pelo administrador judicial está sujeita a autorização prévia do juiz ou da comissão de credores.

Solução que, a nosso ver, traduzia já, claramente, a interpretação mais acertada ao abrigo da anterior redacção do preceito legal (a qual, aliás, segundo pensamos, era tecnicamente mais rigorosa, embora estivesse a ser interpretada em sentido oposto, o que, acredita-se, justificou a intervenção legislativa).

Sem prejuízo, se bem pensamos, de dever ser mantido o entendimento que, em situações excepcionais, justificadas sobretudo pela urgência requerida na contratação, equipara à autorização prévia, expressamente prevista na lei, a concordância posterior dos credores e do Tribunal, ainda que tácita, por falta de oposição, na tramitação do apenso de liquidação ou de prestação de contas, contanto que, em face de todas as circunstâncias

²¹ Entre outros, também o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19/11/2020 decidiu (em jurisprudência adoptada pelo legislador nesta reforma) que “salvo nos casos em que o requerente do PER ou do PEAP beneficie de apoio judiciário (...), não existe fundamento legal para que os honorários e as despesas arbitradas ao administrador judicial provisório serem adiantadas pelo IGFEJ”; todavia, refere depois que “o regime do art. 32.º, nº3, do CIRE (...) apenas é aplicável aos processos de insolvência em que tenha sido declarada a insolvência por sentença transitada em julgado”. Ora, essa aplicação, a meu ver, é igualmente justificada, forçosamente justificada, para a remuneração fixa devida no âmbito do PER ou do PEAP convertidos em insolvência. Sem que a diversidade dos processos, referida no aresto para justificar a recusa da aplicação do art. 32.º/3 do CIRE, deva interferir nesta questão, salvo o devido respeito, pois o que está em causa nesse preceito legal é assegurar o recebimento do AJ de um valor mínimo pelo seu trabalho e, logo, merecedor de aplicação indistintamente em processo de insolvência, de recuperação e de acordo de pagamentos.

relevantes, o valor do dispêndio observe a exigência de razoabilidade e moderação.

Analogamente, aliás, ao sentido da jurisprudência tirada ao abrigo da redacção anterior do preceito legal ⁽²²⁾ e que, em nosso juízo, o legislador quis somente precisar, certificando a plena equiparação de todos quantos prestem serviços na insolvência contratados pelo AJ.

E como, aliás, era aconselhável por elementares regras de razoabilidade, atenta a evidente incoerência, a nosso ver, de a contratação de advogado, muitas vezes por valores bastante significativos, não depender de um juízo de concordância judicial, e o recurso ao auxílio de outros técnicos, mesmo não remunerados, obrigar à obtenção de semelhante autorização.

3.4. O artigo 62.º/1

Por outro lado, mercê da modificação do art. 62.º/1 do CIRE, as contas do administrador judicial na insolvência passam a ser prestadas depois de apuradas as custas do processo, sendo que estas, por força da nova redacção do art. 29.º do Regulamento das Custas Processuais, são calculadas, doravante, logo após o encerramento da liquidação.

Explicada, em nosso parecer, pela pretensão legislativa de uniformizar procedimentos entre os diversos tribunais, em matéria na qual os interessados se deparavam com práticas diversas, desta alteração resultará, em princípio, que a remuneração variável por liquidação, na insolvência, pode agora ser logo

²² Muito embora a declaração equívoca face à restante fundamentação, e agora inaceitável, de que “a contratação, pelo administrador da insolvência, de serviços de advogado para efeitos de patrocínio judiciário, não depende de autorização”, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19/3/2013 segue, no essencial, o sentido exposto no texto, em especial no segmento onde assinala a possibilidade de validação da despesa “não obstante o administrador ter negligenciado o seu dever de obtenção de prévia concordância judicial”. Ainda mais acertadamente, a este respeito e a nosso ver, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/9/2020 (Relatora: Desembargadora Fátima Reis Silva).

apurada ou fixada na sentença proferida no apenso de prestação de contas, deixando de integrar, nesse caso, as operações de validação do rateio.

Com efeito, era discutível a resposta à questão de saber se a fixação da remuneração variável por liquidação, no processo de insolvência, tinha o seu campo próprio de apreciação na sentença relativa às contas ou, ao invés, no despacho que, simultâneo da validação do rateio, declara o encerramento do processo, ao abrigo do disposto no art. 230.º/1, al. a), do CIRE.

E para cuja resolução, a alteração legal agora promovida adere *prima facie* à primeira opção, ou pelo menos passa a admiti-la como possível, sendo certo que anteriormente estava inviabilizada se as custas do processo de insolvência, que influenciam o valor da remuneração variável, não estivessem quantificadas no momento da prestação das contas do administrador.

Quanto à remuneração variável por recuperação na insolvência, porém, a lei persiste sem nada dispor sobre a sede e momento próprios para a sua determinação. O que, se era compreensível até 2013, pois o CIRE e o primitivo EAI (cfr. art. 20.º da L. nº32/2004, de 22-7) não previam o direito à componente variável da remuneração pela simples recuperação do devedor, mas apenas pela gestão da insolvente e pela elaboração do plano, traduz agora, inequivocamente, uma lacuna legal, e cuja integração não se afigura isenta de dificuldades.

Sendo inclusivamente sustentável, nessa tarefa, a orientação de excluir tal fixação do objecto de apreciação do processo de insolvência, uma vez que, aprovado e homologado o plano de recuperação do insolvente, este retoma o direito de livre gestão dos seus negócios e é responsável pelo pagamento das dívidas da massa, pelas quais pode ser livremente demandado através dos meios comuns (art. 233.º/1, als. a) e d), do CIRE).

Por outro lado, é claramente admissível que o valor da remuneração e o seu modo de pagamento sejam definidos no próprio plano, em derrogação das normas previstas no CIRE, concretizando-se (fora do processo) antes ou a par da satisfação dos direitos dos restantes credores (art. 192.º/1).

Mais discutível, porém, a nosso ver, é a tese de que essa definição deve ter lugar no processo de insolvência, mesmo para quem entenda estar em causa um acto inerente ao integral cumprimento do disposto no art. 219.º do CIRE.

Na verdade, é assaz duvidoso que as *dívidas da massa insolvente* que o referido preceito legal tem em vista incluam a remuneração pelo exercício das funções do AJ, visto que, apesar de ela merecer evidente enquadramento no art. 51.º/1, al. b), do CIRE, também parece claro que a sua cobrança não pode ser exigida por apenso ao processo de insolvência, nos termos do art. 89.º/2 do CIRE, a não ser que se admita a interposição de uma acção para o efeito por iniciativa do próprio administrador e na qual, as mais das vezes, ele também figuraria nas vestes de legal representante da ré massa insolvente.

Por outro lado, não parece justificado considerar que essa fixação da remuneração variável se deva fazer no âmbito da prestação de contas na insolvência, após o encerramento do processo.

Visto que esse apenso, para além de não estar concebido para efectivar a responsabilidade do devedor pelas suas obrigações, visa sobretudo a decisão sobre a validação de receitas e despesas da massa insolvente já realizadas e documentadas (art. 62.º/3), embora, mas apenas acessoriamente, possa ser aproveitado, como acima se disse, para aquela fixação em caso de liquidação.

Apesar da natureza da matéria, propendemos, pois, tudo ponderado, para seguir a primeira orientação referida e concluir que a remuneração variável do AJ, devida por recuperação, no âmbito da insolvência, se não for ajustada entre os interessados, deve ser fixada em acção comum intentada pelo administrador contra o devedor após o encerramento do processo ⁽²³⁾.

²³ No caso apreciado pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13/4/2021, contudo, a questão da remuneração variável devida mercê da aprovação e homologação de um plano de recuperação, foi apreciada e decidida no processo de insolvência, na sequência de requerimento avulso do administrador, tendo o referido aresto, disponível na citada base dados, procedido a tal fixação, embora com um voto de vencido, com base na consideração dos valores dos créditos previstos satisfazer no plano, em conjugação com as tabelas previstas na Portaria nº51/2005 e sem adstrição a juízos de equidade, à semelhança, neste ponto, do que agora a lei consagrou.

Não se vislumbrando respaldo legal suficiente para a sua fixação na insolvência, seja antes do encerramento, por falta de qualquer previsão para o efeito no *iter* processual, seja ainda mais depois do encerramento, quando cessam os efeitos da insolvência e as atribuições dos seus órgãos, nos termos do art. 233.º/1, als. a) e b), do CIRE.

E o mesmo entendimento, se bem pensamos, é legítimo adoptar, por igualdade de razões, quanto à remuneração variável devida por recuperação do devedor no âmbito do PER ou do PEAP.

Com efeito, findos esses processos com a sentença de homologação, os devedores conservam os poderes de administração dos seus negócios e bens, que aliás apenas haviam ficado limitados, e podem naturalmente ser demandados pelos seus credores por falta de cumprimento das obrigações assumidas no plano ou vencidas posteriormente à sua homologação.

É certo que, como se disse, no PER e no PEAP, por força do disposto nos arts. 17.º-C/6 e 222.º-C/6, a lei determina que a remuneração do administrador provisório é fixada pelo juiz. Todavia, se tal fixação pode ocorrer “na própria decisão de nomeação”, como aquelas normas dispõem, delas não parece resultar a imposição de pronúncia sobre a parte variável da remuneração, dependente que está do sentido da decisão proferida no final de tais processos.

3.5. Operações de rateio

Outra matéria que mereceu particular atenção do legislador, nesta reforma de 2022, e ainda com relevância no *âmbito financeiro* da actuação do administrador da insolvência, prende-se com a elaboração dos rateios.

Assim, antes do mais, verifica-se que os rateios parciais passam a estar subordinados a regime idêntico ao que, em período de emergência sanitária, foi introduzido pela Lei nº75/2020, de 27-11, incluindo, sintomaticamente, em relação à proclamação expressa da sua obrigatoriedade (art. 178.º do CIRE).

Ressalvando-se da identidade do regime da designada lei de emergência, tão-somente, a exigência, tradicional no CIRE e que o legislador decidiu manter, de que os pagamentos em rateio parcial dependem necessariamente de decisão do Juiz (art. 178.º/3).

Para além disso, o art. 182.º é alterado, crê-se que acertadamente, de modo a estabelecer para o rateio final, por um lado, um regime idêntico ao rateio parcial, atribuindo agora expressamente ao administrador o encargo ou o dever da sua elaboração (quando, na redacção anterior, tal aparentava constituir mera faculdade). Por outro lado, e igualmente no bom sentido, a nosso ver, a lei passa a prever, *expressis verbis*, que o rateio final carece sempre de apreciação e, se for caso disso, validação judicial.

Salvo melhor opinião, trata-se de uma solução de manifesta lógica e adequação sistemática, visto que, se os rateios parciais e os rateios da exoneração (nos termos dos arts. 178.º e 241.º/1 do CIRE) eram da competência do administrador da insolvência e do fiduciário, respectivamente, não se vislumbrava motivo razoável para que, de forma diversa, o rateio final constituísse tarefa da secretaria do tribunal.

Tal como, não existia razão compreensível para que, em sede de rateio parcial, fossem realizados os pagamentos considerados justificados pelo Juiz, ao passo que, no âmbito do rateio final, a lei omitisse referência expressa sobre a necessidade de intervenção judicial.

Mal se compreende, assim sendo, que apesar das referidas alterações, a lei continue a prever que a proposta de rateio final elaborada pelo administrador seja apreciada pela secretaria, passando inclusivamente a exigir a oposição de um termo no processo com essa indicação (art. 182.º/4).

Opção que, ressalvado o devido respeito, afigura-se manifestamente anacrónica, injustificadamente divergente das restantes modalidades de rateio, incluindo do produto da exoneração ⁽²⁴⁾, e que provavelmente vai ser

²⁴ A competência do fiduciário para a elaboração do rateio do produto da exoneração resulta, tal como já resultava anteriormente, do disposto no art. 241.º/1, al. d), do CIRE, que manda aplicar a tal distribuição os “termos prescritos para o pagamento aos credores no

observada de forma mecânica, visto que a verdadeira apreciação compete ao Juiz.

Num plano global, todavia, merece aplauso a opção da Lei nº9/2022, de essencial uniformização dos procedimentos a realizar em todos os rateios, tal como, merece louvor a consagração expressa do que, na prática judiciária, sempre se designou (por analogia com o regime aplicável à elaboração da conta) por reclamações às propostas de rateio e que, no novel art. 182.º/4 do CIRE, a lei passa a tratar sob a designação de *impugnações*.

4. As alterações promovidas pela Lei 9/2022, com relevo na remuneração do AJ e na sua apreciação, no Estatuto do Administrado Judicial — comentário aos artigos 23.º e 29.º, nº9, do EAJ.

4.1) O administrador judicial provisório em processo especial de revitalização ou em processo especial para acordo de pagamento ou o administrador da insolvência nomeado por iniciativa do juiz tem direito a ser remunerado pelos atos praticados, sendo o valor da remuneração fixa de € 2.000 (art. 23.º/1 do EAJ).

processo de insolvência”. Importa salientar, no entanto, que esta é uma norma reguladora da organização e da ordem de pagamentos, da qual resulta, entre o mais, a necessidade de uma sentença transitada em julgado de verificação e graduação de créditos (art. 173.º do CIRE), e validação judicial (art. 182.º), tal como das regras previstas no art. 183.º do CIRE, e não uma norma relativa à classificação dos créditos, da qual, por isso, nenhum respaldo é possível obter, ao contrário do que já vimos ser defendido, na questão de uma eventual, e para nós infundada, aplicação dos privilégios mobiliários gerais em sede de graduação de créditos para efeito de distribuição do produto da exoneração. Matéria para cuja resposta (negativa), o fundamento legal terá de ser extraído da devida interpretação dos arts. 47.º, 47.º-A e 48.º do CIRE, essas sim, regras atinentes à classificação dos créditos, e das disposições conjugadas dos arts. 788.º/4 do CPC e 17.º/1 do CIRE, das quais resulta, em síntese, que também no âmbito da exoneração, tal como sucede no processo executivo, os privilégios creditórios gerais do Estado e da Segurança Social são irrelevantes em sede de graduação de credores.

Nos termos do referido nº1, o valor da remuneração fixa passa a constar expressamente do EAJ, embora por quantitativo exactamente igual ao previsto no art. 1.º/1 da Portaria 51/2005, de 21.

Clarifica-se, no entanto, que a remuneração fixa com esse valor é também devida ao administrador judicial nomeado em PER e em PEAP, em sentido concordante com o entendimento já consolidado na jurisprudência (²⁵).

4.2) Caso o processo seja tramitado ao abrigo do disposto no art. 39.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, a remuneração referida no número anterior é reduzida para um quarto (art. 23.º/2).

Em termos sistemáticos, é correcta a integração da previsão da redução do valor da remuneração, em caso de insolvência com carácter limitado, nos termos do art. 39.º do CIRE, num dos números do art. 23.º do EAJ, pois é este que versa o tema da remuneração do AJ, enquanto o art. 30.º tem por objecto a definição dos casos em que ela é suportada pelo Estado.

Sucedem, porém – o que, infelizmente, tem de qualificar-se como outro exemplo de uma insuspeita, mas evidente, inépcia do legislador na alteração do art. 23.º do EAJ – que a mesma estatuição foi mantida no actual art. 30.º/4 do EAJ. De tal modo que, agora, a lei passou a contemplar a mesma regra em duas normas: os arts. 23.º/2 e 30.º/4 do EAJ!

4.3) Sem prejuízo do direito à remuneração variável, calculada nos termos dos números seguintes, no caso de o administrador judicial exercer as suas funções por menos de seis meses devido à sua substituição por outro

²⁵ A título de exemplo da jurisprudência claramente maioritária, cfr., por todos, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14/5/2020 (Relator: Desembargador Paulo Dias da Silva), que afirmou ainda, o que também constituía jurisprudência maioritária, a inviabilidade de aplicação das tabelas previstas em sede de liquidação ao cálculo da remuneração (variável) no PER e no PEAP.

administrador judicial, aquele apenas auferir a primeira das prestações mencionadas no nº2 do artigo 29.º (art. 23.º/3).

Reproduz a norma do art. 1.º/2 da Portaria nº51/2005, de 21-1, embora com o aditamento da previsão do direito à remuneração variável.

Tratando-se, no essencial, de uma reprodução do regime anterior, não é possível considerar, a nosso ver, que este novo nº3 resolva a questão do valor da remuneração em caso de substituição de administradores, pois permanece, como acima se disse, sem regular especificamente se a remuneração fixa é devida por processo ou para cada administrador que nele intervenha.

Na verdade, a lei apenas passou a prever expressamente para os casos de substituição o direito à remuneração variável, de modo idêntico (e já aplicável por interpretação extensiva ou analogia) ao que prevê, no art. 24.º/2 do EAJ, para a escolha do administrador por decisão da assembleia de credores, nos termos do art. 53.º do CIRE, e cujo regime no essencial é mantido.

Ora, esta opção de manter o regime do art. 24.º/2 parece legitimar, em primeiro lugar, a ideia de que o legislador incorreu numa situação de clara injustiça relativa, pois se o AJ for substituído pela assembleia, a sua remuneração variável, determinada proporcionalmente, é reduzida a 1/5, independentemente do período mais ou menos longo em que exerça funções; porém, se outro for o motivo da substituição, já não há redução alguma (novo art. 23.º/11).

E, em segundo lugar, a coexistência das referidas normas implica, como já se disse, que agora, na questão de determinar a remuneração variável em caso de destituição do administrador, se for justificado entender que ela é devida, concorram duas regras para a determinação do respectivo valor.

4.4) Os administradores judiciais referidos no nº1 auferem ainda uma remuneração variável em função do resultado da recuperação do devedor ou da liquidação da massa insolvente, cujo valor é calculado nos termos seguintes:

a) 10% da situação líquida, calculada 30 dias após a homologação do plano de recuperação do devedor, nos termos do nº5;

b) 5% do resultado da liquidação da massa insolvente, nos termos do nº6 (art. 23.º/4).

Representa a principal novidade da Lei nº9/2022, a consagração, neste nº4 e seguintes, de uma forma diversa de calcular a remuneração variável em função do resultado da liquidação, por um lado, e por outro, a previsão de um valor certo, independente da equidade, para a remuneração variável em função da recuperação do devedor (nº4 e 5).

Para além disso, prevê ainda expressamente a atribuição da remuneração variável a todas as formas de intervenção do AJ (i. é, no processo de insolvência, salvo se for nomeado pela assembleia de credores, no PER e no PEAP), na esteira, aliás, da jurisprudência maioritária ⁽²⁶⁾.

Em face do novo desenho legal, é possível apurar a existência de duas ideias essenciais relativas à fórmula de fixação da remuneração variável.

A primeira é a de que o legislador equipara totalmente, tratando de forma exactamente igual, a remuneração variável devida por recuperação no processo de insolvência, no processo de revitalização e no processo especial para acordo de pagamento (cfr. art. 23.º/4, *ab initio*).

Salvo o devido respeito por outra opinião, esta equiparação parece criticável, face à diferença quanto ao trabalho requerido do AJ, à duração e à complexidade dos processos, sendo claramente mais elevados na insolvência face ao PER e ao PEAP, e também no segundo relativamente ao último.

A segunda ideia geral que emana da nova fórmula da remuneração variável é a de que a lei quis tratar mais favoravelmente, atribuindo-lhe, em abstracto, valor superior, a remuneração devida por recuperação, face à sua alternativa por liquidação, embora de forma particularmente *desastrada* ou

²⁶ Cfr., no referido sentido, por todos, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9/2/2017, que aborda ainda as várias alternativas possíveis para, antes da reforma de 2022, proceder à fixação da remuneração variável no PER e no PEAP.

mesmo *desastrosa*, como se verá, e por muito que o trabalho desenvolvido na via liquidatária tenha sido mais exigente do que na recuperação.

Como manifestação inicial desta ideia, verifica-se que a remuneração variável na recuperação é abstractamente fixada no dobro da prevista para a liquidação (cfr. als. a) e b) do art. 23.º/4): 10% e 5%, respectivamente, sendo ambas, em princípio, objecto da majoração prevista no art. 23.º/7.

Por outro lado, não está prevista a apreciação pelo Juiz de uma possível redução da remuneração variável em caso de recuperação do devedor, quando o seu valor seja superior a € 50.000,00, no art. 23.º/8, que apenas se refere a essa possibilidade para “processos em que haja liquidação da massa insolvente” e, portanto, sem alusão nem aplicação aos processos de recuperação.

Finalmente, a remuneração por recuperação não tem limites, i. é, não está sujeita ao limite máximo de € 100.000,00 estabelecido no art. 23.º/10 somente para a remuneração por liquidação prevista na al. b) do nº4.

Verificando-se, assim, com espanto, face à realidade do nosso país, que para o legislador será aparentemente normal que a remuneração variável em caso de recuperação seja de € 100.000,00 ou mais!

E, por ironia, que o legislador manifeste esse entendimento, justamente, ao transpor uma directiva da União Europeia cujo objectivo fundamental é facilitar a reestruturação do passivo do devedor!

4.5) Para os efeitos do disposto no número anterior, em processo especial de revitalização, em processo especial para acordo de pagamento ou em processo de insolvência em que seja aprovado um plano de recuperação, considera-se resultado da recuperação o valor determinado com base no montante dos créditos a satisfazer aos credores integrados no plano (art. 23.º/5).

Segundo pensamos, o preceito legal em referência encerra particulares dificuldades interpretativas, criando um grave problema de indefinição quanto ao valor da remuneração variável em caso de recuperação do devedor,

devida com a aprovação e homologação de plano de recuperação e aplicável indistintamente aos processos de insolvência, de revitalização e de acordo para pagamento (cfr nº4, al. a), 5 e 7).

Em primeiro lugar, em *outra perplexidade* suscitada pelo novel diploma, no nº4/al. a), o legislador refere-se a um conceito – “**situação líquida**” – sem o definir, sem referir sequer a que se reporta ⁽²⁷⁾ e aparentemente a despropósito, pois face ao corpo do nº4 e ao nº5, tudo apontava para que o único critério relevante fosse “o resultado da recuperação do devedor”.

Por outro lado, muito estranhamente, o resultado da recuperação é estabelecido neste art. 29.º/5 para os casos “em que seja aprovado um plano de recuperação”.

Parece manifesto, no entanto, e a leitura do disposto na al. a) do nº4 vem confirmar, que esse resultado só assume relevância, e apenas nesse caso pode existir remuneração por recuperação do devedor, se o plano for igualmente homologado pelo Tribunal ⁽²⁸⁾.

Acresce que o legislador refere que o resultado da recuperação (nº5) é “o valor determinado com base no montante dos créditos a satisfazer aos credores integrados no plano” e, à primeira vista, não se percebe o motivo para não ter dito, muito simplesmente, que *resultado da recuperação é o valor dos créditos a satisfazer nos termos do plano*.

Em todo o caso, a grave dificuldade interpretativa criada pela nova lei reside em determinar se a expressão “situação líquida” nada significa face ao designado “resultado da recuperação” (perspectiva na qual, em suma, “situação líquida” e “resultado da recuperação” são a mesma coisa).

²⁷ Será a situação líquida do administrador judicial? Não parece. Será do devedor? Com grande probabilidade, será, mas a verdade é que, incompreensivelmente, o legislador não o diz!

²⁸ Como muito acertadamente, a nosso ver, foi decidido no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22/6/2020, disponível na citada base de dados, a remuneração variável “apenas é devida quando, no âmbito do processo de revitalização, seja efectivamente aprovado e homologado um plano de recuperação tendo em vista a revitalização da empresa”.

Ou se, diversamente, a “situação líquida” traduz um conceito distinto que incide sobre o “resultado da recuperação” (perspetiva na qual, apurado o resultado da recuperação, sobre ele vai aplicar-se o conceito da “situação líquida”, embora sem que a lei diga qual seja este).

A primeira opção interpretativa proposta, que equipara situação líquida ao resultado da recuperação, encontra respaldo, em primeiro lugar, na circunstância de nada ser dito pelo legislador acerca da definição da “situação líquida”. Acresce que, nos processos regulados no CIRE, o activo é quase sempre inferior ao passivo e onde, por isso, não existe situação líquida positiva. Finalmente, tem por fundamento o facto de no nº4/al. a) deste art. 23.º do EAJ a lei mandar calcular a “situação líquida” nos termos do nº5, o qual contém, afinal, a fórmula de cálculo do resultado da recuperação ⁽²⁹⁾.

No entanto, esta interpretação enfrenta dificuldades evidentes, seja no plano literal, pois acaba por inutilizar o emprego da expressão “situação líquida” na redacção da norma, seja no plano sistemático, visto que, se o referido novo conceito fosse equivalente a “resultado da recuperação”, não se compreenderia o motivo para, nos termos do nº4, al. a), a situação líquida apenas ser calculada 30 dias após a decisão de homologação do plano!

Mais, as dificuldades adensam-se tendo em conta que a primeira metade da remuneração variável devida pela recuperação vence-se, nos termos do nº3 do art. 29.º do EAJ, na data de aprovação do plano, sendo certo, porém, que o apuramento do seu valor somente ocorre, de acordo com o art. 23.º/4, al. a), após a decisão de homologação!

De modo que, embora evidencie conhecer a existência dos conceitos de “aprovação” e “homologação” do plano, pois utiliza ambas as expressões, o

²⁹ Também no sentido de que é apenas relevante o resultado da recuperação, embora com recurso à equidade e naturalmente antes das alterações introduzidas pela Lei 9/2022, decidiu o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22/6/2020 que o resultado da recuperação do devedor, a considerar na fixação da remuneração variável do administrador judicial, corresponde “ao valor determinado com base no montante dos créditos a satisfazer aos credores integrados no plano”, expressões que, aliás, o legislador manteve *ipsis verbis* no novo art. 23.º do EAJ.

legislador parece desconhecer, porque as usa por vezes como se fossem sinónimos, o seu verdadeiro significado e a sua ordem lógica e cronológica e, assim, que a primeira, dependendo exclusivamente da vontade dos credores, antecede necessariamente a segunda, competindo esta ao Juiz e necessariamente no final do processo.

É certo que, em ordem a superar a dificuldade sistemática acima indicada, pode e deve, a nosso ver, perfilhar-se o entendimento, em exigível correcção do elemento literal da lei, de que o prazo de 30 dias após a homologação do plano representa a data de vencimento da primeira prestação da remuneração variável no caso de recuperação do devedor.

A verdade, porém, é que a interpretação que faz corresponder a “situação líquida” ao “resultado da recuperação” torna incompreensível a distribuição da sua forma de cálculo por dois números distintos (os nº5 e 7), sendo o segundo relativo à satisfação dos créditos e que, a seguir esta tese, constituiria uma inexplicável repetição do critério já usado no primeiro número.

E, pior, esta tese conduziria a resultados completamente irrealistas, e mesmo fatais para a recuperação de qualquer devedor: sendo resultado da recuperação o montante equivalente a 10% da totalidade dos créditos a satisfazer, nos termos do plano, então num processo de recuperação relativamente simples que preveja, por exemplo, o pagamento de créditos na ordem dos € 500.000,00, a remuneração variável seria de € 50.000,00, com o acréscimo de mais 5% (nº7), no total de € 75.000,00 (em que metade teria de ser paga em brevíssimo prazo, mercê do disposto no art. 29.º/3)!

Existem, pois, diversos motivos para, nesta primeira apreciação da Lei nº9/2022, arredar a referida interpretação.

No entanto, a segunda opção possível e acima proposta, para a fixação da remuneração variável em sede de recuperação, levanta dificuldades igualmente muito acentuadas.

Desde logo, e como se acima se disse, porque não é indicada a forma legal de definir a “situação líquida”, tal como não é esclarecido o modo como esse

conceito deve incidir sobre o montante global dos créditos a satisfazer nos termos previstos no plano.

Acresce, e de forma particularmente sugestiva das *perplexidades* criadas pela Lei nº9/2022, que o legislador também não esclareceu quem dispõe de competência para definir o valor daquela “situação líquida”, se é o Tribunal, o AJ ou o devedor, nem quais as diligências processuais necessárias para o efeito⁽³⁰⁾.

O que torna legítima a interrogação sobre a hipótese de, no processo de elaboração da nova lei, o legislador a dado momento se ter esquecido, ou mesmo se ter demitido, da tarefa de definir os vários elementos indispensáveis à fixação da “situação líquida”, como conceito que porventura poderia ser essencial na definição de um valor razoável, realista e ao alcance da capacidade económica do devedor, da remuneração variável em caso de recuperação.

Logo, parece-nos necessária e urgente a clarificação da noção e da forma de apuramento desta situação líquida, as quais, no entretanto, persistindo a omissão legislativa, terão de ser confiadas à jurisprudência e à doutrina.

Por outro lado, para além das dificuldades acima expostas, a segunda interpretação proposta, no sentido de que a “situação líquida” corresponde a um conceito que incide sobre o “resultado da recuperação”, conduz igualmente a resultados aparentemente irrealistas e inoportáveis para o devedor.

³⁰ De modo que, a seguir esta interpretação, e caso se considere, ao contrário do que acima se propôs, que a remuneração variável deve ser fixada no processo de insolvência, no PER ou no PEAP, muito provavelmente vai ocorrer que, num momento de suposta estabilização processual, com a decisão final de homologação, em vez da expectável paz jurídica, e do arranque da implantação do plano, se adivinhem os maiores conflitos entre as partes sobre a fixação desta “situação líquida” do devedor, ao ponto de, por exemplo, ser legítima a interrogação sobre se, para a definição judicial do seu valor, após a homologação do plano, será pertinente o recurso à realização de uma perícia, o que, após o encerramento da insolvência, do PER ou do PEAP, seria particularmente estranho.

Pois se 10% da totalidade dos créditos a satisfazer nos termos do plano, quase sempre através de pagamentos e outras formas de cumprimento das obrigações que perduram ao longo de vários anos, representa um montante particularmente elevado, também 10% de uma eventual situação contabilística líquida positiva do devedor, nos poucos casos em que exista, resultando quase sempre do exercício da actividade empresarial ou profissional durante vários anos, constituirá na maioria das vezes um valor manifestamente excessivo e desproporcional para a sua capacidade a curto prazo.

Ao que acresce a aparente injustiça de o direito à remuneração variável, ou pelo menos uma grande medida do seu valor, ficar dependente da existência ou não de uma situação líquida positiva do devedor, independentemente da complexidade do processo, que ao invés é quase sempre proporcional ao valor total dos créditos reconhecidos, e do trabalho desenvolvido por parte do AJ.

Em todo o caso, a benefício da segunda interpretação sugerida, deve reconhecer-se que, mesmo na falta de um conceito legal, é possível proceder à definição da “situação líquida” (presumivelmente) do devedor, tarefa na qual, é possível e natural intuir a pertinência de convocar a utilização das regras contabilísticas em vigor.

Segundo as quais, no essencial, a *situação líquida* corresponde à designada “equação patrimonial”, em que ao activo (bens + direitos, ou então, capital social + reservas + resultados retidos) é deduzido o passivo (obrigações), muitas vezes usada como sinónimo de *capital próprio* ⁽³¹⁾.

³¹ Segundo as referidas regras, no ativo estão genericamente representados os bens e direitos de uma entidade num determinado momento (que são a vertente positiva do seu património), enquanto no passivo estão representadas as suas obrigações nesse mesmo momento (que representam a vertente negativa do património). A situação líquida, como o próprio nome indica, representa a diferença entre o ativo e o passivo, sendo uma medida do património líquido da entidade em determinado momento. Da mesma forma, num balanço organizado de modo tradicional, ou *horizontal*, o seu lado direito (situação líquida e passivo) representa a forma como a entidade à qual se refere financia o seu ativo, apresentado do lado esquerdo.

Por outro lado, também é possível ensaiar um modelo para que, sendo positiva, essa *situação líquida contabilística* incida, nos termos da remissão da al. a) do nº4, para o nº5 do art. 23.º, sobre o valor “determinado com base no montante dos créditos a satisfazer”.

Desta forma, supondo que, de acordo com a contabilidade devidamente organizada ou, na sua ausência, em face dos elementos constantes no processo, o activo do devedor é de € 5.000.000,00, sendo o passivo de € 6.000.000,00, e prevendo o plano a redução das dívidas a pagar para € 4.000.000,00, teríamos que deduzir estes 4.000.000 aos referidos 5.000.000, apurando uma situação líquida após homologação do plano de € 1.000.000,00, e arbitrar em consequência uma remuneração variável de 10%, i. é, no valor de € 100.000,00.

À qual, segundo o disposto no nº7 do art. 23.º, vai ainda acrescer 5% do valor previsto satisfazer aos credores nos termos do plano, e que no exemplo dado seria de 4.000.000 (valor do qual, 5% corresponde a 200.000), pelo que, daqui resultaria um total de € 300.000,00 a título de remuneração variável!

O que é particularmente sugestivo dos valores exorbitantes que, também nesta interpretação, a nova fórmula legal determina.

E que, a aplicar de forma matemática, sem qualquer tipo de ajustamento, conduzirá com toda a probabilidade à inviabilidade da recuperação do devedor que, mesmo solvente antes da homologação do plano, possivelmente cairá em insolvência mercê da constituição da dívida por remuneração variável ao AJ.

Nesta perspectiva, o passivo representa genericamente um conjunto de fontes de financiamento do ativo que se traduzem em dívidas a terceiros.

Tal como, a curto prazo, constituirá seguramente forte desincentivo ao recurso aos processos para revitalização ou reorganização de pagamentos que tenham intervenção de um administrador judicial ⁽³²⁾.

Deixando o intérprete perplexo, ainda, a circunstância de, mesmo nesta interpretação, não ser compreensível, sem que o legislador o tenha explicado, que a “situação líquida” seja calculada 30 dias após a sentença de homologação do plano ou, como parece mais rigoroso, porque só então fica consolidada a via da recuperação, ao seu trânsito em julgado ⁽³³⁾.

Tal como, causa estranheza o resultado que esta fórmula de cálculo da remuneração variável pode produzir, quanto ao teor do próprio plano, no sentido de estimular à redução dos valores a pagar aos credores, pois quanto menor for o valor dos créditos a satisfazer (sobre o qual vai incidir a *tarifa* de 5%), com o inerente aumento da situação líquida positiva do devedor (sobre a qual incide o *factor* de 10%), maior será o montante da remuneração variável devida ao administrador judicial.

Em qualquer caso, para além dos resultados irrealistas e desastrosos que propiciam, sobretudo tendo em vista que foram estabelecidas para facilitar a recuperação económica dos devedores, em ambas as interpretações acima propostas, e aparentemente únicas possíveis, o elemento literal da lei será sempre bastante desconsiderado: na primeira, o intérprete é forçado a amputar o segmento relativo à “*situação líquida*”, ou considerá-lo sinónimo de “resultado de recuperação”; na segunda, é obrigado a criar conceitos e procedimentos que o legislador omitiu por completo!

³² Com o eventual incremento do recurso ao incidente de plano de pagamentos previsto nos arts. 251.º e segs. do CIRE, único procedimento consagrado neste diploma em que não existe intervenção de um administrador judicial, mas cuja fisionomia tem como grande óbice, para os devedores, a falta de qualquer protecção face a diligências executivas empreendidas pelos credores.

³³ Para resolver esta contradição lógica entre os arts. 23.º/4 e 29.º/3 do EAJ, e face à falta de rigor das referências à “aprovação” e à “homologação”, defendemos que a primeira metade da remuneração variável por recuperação é devida 30 dias após o trânsito em julgado da decisão de homologação do plano.

Ora, se a interpretação jurídica deve procurar reconstituir o pensamento legislativo, considerando entre o mais o elemento literal, ainda que imperfeitamente expresso, mas sempre com o mínimo de correspondência verbal com a letra da lei (art. 9.º/1 e 2 do Cód. Civil), tem de concluir-se que, neste caso, o legislador ultrapassou todos os limites previsíveis na imperfeição com que se expressou, ao ponto de tornar extremamente difícil, ou quase impossível, a reconstituição do seu pensamento e a determinação do sentido da lei.

Tudo ponderado, porém, em apreciação inicial das alterações legais, e apesar do dilema interpretativo criado, crê-se que, pela maior correspondência com o elemento literal da lei, é a segunda interpretação que deve prevalecer.

4.6) Para efeitos do nº4, considera-se resultado da liquidação o montante apurado para a massa insolvente, depois de deduzidos os montantes necessários ao pagamento das dívidas dessa mesma massa, com excepção da remuneração referida no nº1 e das custas de processos judiciais pendentes à data da declaração da insolvência (art. 23.º/6).

No essencial, a norma em causa reproduz o anterior art. 23.º/4 do EAJ.

Todavia, a redacção actual torna agora evidente que as duas prestações da remuneração fixa, que no início influenciavam o resultado da liquidação, nos termos do art. 20.º/3 do primitivo EAI, aprovado pela Lei 32/2004, de 22-7, não são já consideradas relevantes no apuramento daquele resultado.

Com efeito, se essa era já a melhor interpretação após o DL nº52/2019, de 17-4, que continuou a ressaltar do resultado da liquidação a remuneração prevista no art. 23.º/1, arrendando a ideia de lapso manifesto do legislador, que estava subjacente à tese de que a remuneração fixa contava para este efeito⁽³⁴⁾, ela agora tornou-se indiscutível, segundo se crê.

³⁴ Para a defesa, até 2019, do entendimento de que a remuneração fixa do administrador judicial influenciava, como dívida da massa insolvente, o apuramento do resultado da

Posto que, apesar de mais uma e diversa arrumação do preceito legal, a excepção às dívidas da massa insolvente relevantes para o efeito, prevista na segunda parte do nº6, permanece dirigida ao nº1, em sinal claro, pois, da intenção firme do legislador de afastar a remuneração fixa daquele cálculo.

4.7) O valor alcançado por aplicação das regras referidas nos nº5 e 6 é majorado, em função do grau de satisfação dos créditos reclamados e admitidos, em 5% do montante dos créditos satisfeitos, sendo o respectivo valor pago previamente à satisfação daqueles (art. 23.º/7).

Embora não sendo inteiramente isenta de reparos, a nova fórmula de cálculo da remuneração variável em caso de liquidação (nº4, al. b), 6 e 7) parece bastante mais clara face à sua versão alternativa prevista para a recuperação.

A nosso ver, a sua aplicação requer as seguintes operações:

I) Apuramento do resultado da liquidação (nº6), nos termos tradicionais, i. é, o valor das receitas obtidas ⁽³⁵⁾, deduzido das despesas e dívidas da massa

liquidação, contribuía, entre outros argumentos, o regime previsto originariamente no art. 20.º/3 do primitivo Estatuto do Administrador da Insolvência (que apenas ressalvava a remuneração variável desse apuramento), a circunstância de a remuneração fixa constituir inegavelmente uma dívida da massa insolvente, nos termos do art. 51.º/1, al. b), do CIRE, e a inexistência de qualquer referência, doutrinal e jurisprudencial, que com a transição para o Estatuto do Administrador Judicial, preconizasse a desconsideração da remuneração fixa desse âmbito: cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20/3/2014 (Relator: Desembargador Ezaguy Martins) e o citado A Equidade na Nomeação do Administrador Judicial, Ed. APAJ, p. 75.

³⁵ Receitas obtidas pela massa insolvente, quaisquer que elas sejam e independentemente de qual seja a sua origem, como se decidiu, e muito bem, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28/1/2020 (Relatora: Desembargadora Amélia Rebelo), sendo irrelevante a distinção entre receitas que provenham de vendas realizadas pelo AI e outras que resultem de dinheiro directamente apreendido para a massa insolvente; neste aresto também se ressalva (novamente bem, a meu ver), das despesas relevantes para o apuramento do resultado da liquidação, a remuneração fixa do administrador da insolvência.

insolvente e das custas resultantes de processos instaurados após a insolvência, mas, como se disse, sem considerar a remuneração fixa.

II) Aplicação da percentagem de 5% sobre esse resultado; e

III) Majoração de mais 5% sobre o *valor pronto para distribuição*.

A respeito deste último momento da operação, o nº7 do preceito legal refere “5% do montante dos créditos satisfeitos”, mas parece evidente que usou a expressão sem qualquer rigor, porque se aumenta o valor da remuneração variável, à custa das disponibilidades da massa insolvente, já não estamos, obviamente, nessa mesma medida, na presença de “créditos satisfeitos”.

Assim sendo, o que a lei parece pretender referir, para a majoração da remuneração variável em caso de liquidação, é a aplicação de novo factor de 5% sobre o valor pronto para distribuição, “limpo”, totalmente líquido, que seria destinado ao pagamento dos créditos, mas que vai ser retirado desse destino para majorar a remuneração do AI, quase como se este fosse um credor.

E assim se compreende que o nº7 determine, na verdade de forma perfeitamente desnecessária, face à precipuidade das dívidas da massa, que o respectivo valor é “pago previamente à satisfação” dos credores.

Em suma, pensamos que estes 5% da majoração vão incidir sobre o produto da liquidação já deduzido de todas as despesas da massa, incluindo a remuneração fixa e variável (esta, naturalmente ainda sem a majoração).

Crendo-se que esta majoração não constitui outros 5% sobre o valor da liquidação, primeiro porque a forma de apuramento é distinta, nos termos do nº7, e igualmente porque de outro modo não se compreenderia que o legislador não tivesse logo estabelecido o valor de 10% sobre o resultado da liquidação.

Por outro lado, daqui resulta, em conjugação com o disposto no art. 30.º do EAJ, que a remuneração fixa e a remuneração variável do AJ em processo

de liquidação estão sempre garantidas; ao invés, como se disse, no PER e no PEAP nenhuma das duas está verdadeiramente assegurada ao AJ.

Finalmente, a nova fórmula de cálculo da remuneração variável em caso de liquidação, e ao contrário do que a letra do nº7 parece sugerir, implica a total irrelevância que o grau (ou percentagem) de satisfação dos credores assume agora, face ao universo da totalidade dos créditos ⁽³⁶⁾.

Para exemplificar o modo como, segundo se crê, deve ser aplicada a nova fórmula, vão considerar-se os seguintes valores: Receitas da MI: € 100.000,00; Remuneração fixa do AI: € 2.460,00; Custas de processos instaurados pelo AI: € 1.000,00; Custas de processos anteriores à insolvência: € 1.040,00; Despesas da MI e do AI validadas: € 500,00; Custas do processo de insolvência: € 1.500,00.

Implicando a realização das operações ilustradas no quadro seguinte:

1	Receitas da massa insolvente		100 000,00
	Despesas		
2	Remuneração fixa do AI		2 460,00
3	Custas de processos instaurados pelo AI		1 000,00
4	Custas de processos anteriores		1 040,00
5	Despesas validadas da MI e do AI		500,00
6	Custas do processo de insolvência		1 500,00
	Resultado da liquidação (1 - 3 - 5 - 6)	(art. 23.º/6)	97 000,00
7	Remuneração variável sem majoração (5%)		4 850,00
	Valor pronto para distribuição (RL - 2 - 4 - 7)	(art. 23.º/7)	88 650,00
8	Majoração de 5%		4 432,50
	Total da remuneração variável (7 + 8)		9 282,50

³⁶ Ao contrário do que resultava da aplicação da tabela prevista no Anexo II da Portaria nº51/2005, de 20-1, que estipulava um factor de majoração variável, entre 1,05 a 1,60, que era multiplicado ao valor da remuneração obtido nos termos do Anexo I, e que era apurado de acordo com a percentagem de satisfação dos créditos face à universalidade dos valores reconhecidos.

Fazendo a comparação com o regime anterior, com recurso a iguais valores de liquidação, despesas e custas, e pressupondo que o total dos créditos reconhecidos seria, por exemplo, de € 250.000,00 (sendo certo, como se disse, que o valor da totalidade dos créditos é agora irrelevante), a remuneração variável seria ali de valor claramente inferior: € 5.700,50 ⁽³⁷⁾

Assim suportando a conclusão de que, para compensar a estagnação da remuneração fixa, o legislador aumentou agora, muito significativamente, o valor da sua componente variável também no âmbito do processo de insolvência dirigido à liquidação do activo do devedor.

Incoerentemente, porém, com tal aumento, o art. 29.º/9 do EAJ vem agora inverter a regra do anterior art. 3.º/1 da Portaria nº51/2005, prevendo que *apenas não há lugar a reembolso da provisão para despesas mediante a apresentação de prova documental justificativa da sua realização, que deve ser remetida ao processo acompanhada de fundamentação que a justifique.*

De modo que, ao mesmo tempo em que consagra valores especialmente elevados para a remuneração variável, a lei parece apostada em obrigar os intervenientes processuais, a respeito das despesas tabelares, a *discutir tostões*, exigindo ao administrador judicial que faça prova documental da realização de despesas no valor pelo menos de 2 UC, sob pena de ter de restituir (ao Estado ou à massa insolvente) a diferença.

Por último, neste ponto, importa recordar que a fórmula do nº7 do art. 23.º é igualmente aplicável ao apuramento da componente variável da remuneração devida ao AJ em caso de recuperação do devedor.

Todavia, no afã de concentrar numa única alínea a fórmula de ampliação da remuneração variável nas duas vertentes (liquidação e recuperação), a lei parece ter olvidado que o critério da “situação líquida”, no sentido empregue na interpretação acima proposta, e a que propendemos aderir, é passível de determinar, e determinará as mais das vezes, um valor nulo da remuneração

³⁷ Resultante das seguintes operações: $50.000 \times 5,95\% = € 2.975,00$, + $47.000 \times 3\% = € 1.410,00$, com um factor de majoração por satisfação de créditos, correspondente a 38%, de 1,3.

variável calculada nos termos do nº4, al. a), e 5, do art. 23.º, o que sucederá sempre que a *situação líquida contabilística* do devedor for negativa.

Ora, nesse caso, é patente a impropriedade do emprego da expressão *majoração* (que por definição incide sobre um valor positivo, a multiplicar) da remuneração variável em caso de recuperação, a qual, diversamente, sendo negativa a “situação líquida” do devedor, ficará então limitada apenas ao valor que resultar da aplicação do art. 23.º/7 do EAJ.

4.8) No caso de o administrador judicial cessar funções antes do encerramento do processo, a remuneração variável é calculada proporcionalmente ao resultado da liquidação naquela data (art. 23.º/11).

Omitindo referência sobre os nº8 a 10 do art. 23.º, os dois primeiros por manterem precisamente a mesma redacção anterior (embora nos nº6 e 7), e o último por já ter sido comentado, passa-se por fim à análise do nº11.

Para previamente realçar que ele não resolveu inteiramente a questão de saber se a remuneração variável é devida ao administrador que seja destituído de funções, sendo certo que, para a resolver em definitivo, bastaria dizer no nº3 “à sua substituição ou à destituição” ou, no nº11, “cessar funções, qualquer que seja o motivo da cessação”.

Todavia, como o preceito legal em causa refere a cessação de funções, sem distinguir o fundamento, é possível vislumbrar aqui um argumento ponderoso no sentido de entender que a remuneração variável proporcional é devida mesmo em caso de destituição por justa causa ⁽³⁸⁾.

Sem embargo de ser compreensível que esta alteração, por isso, faça propender os Tribunais para a aplicação do art. 23.º/11 à destituição do AJ,

³⁸ A favor desse reconhecimento pode ainda aduzir-se o facto de que, como afirma a doutrina, “a justa causa não tem que ser culposa e pode resultar de circunstâncias involuntárias” (cfr. A. Soveral Martins, Um Curso de Direito da Insolvência, p. 219), mas já não, a nosso ver, o argumento de que a lei não prevê como sanção para a destituição a perda dessa remuneração, visto que, salvo o devido respeito, dá por demonstrado *quod erat demonstrandum*.

deve realçar-se a relativa iniquidade da solução que daí resultará, como já se disse, por comparação com o valor reduzido previsto no art. 24.º/2 do EAJ.

Finalmente, impõe-se advertir que o nº11 do art. 23.º não acautelou a situação do administrador judicial que cessa funções antecipadamente em processos de recuperação, criando assim mais uma situação para a qual será possível a aplicação de uma daquelas duas normas, ou de nenhuma delas!

5. CONCLUSÕES.

a) À semelhança do que tem ocorrido noutras áreas (³⁹), o legislador foi particularmente desastrado em várias das alterações que promoveu com a Lei nº9/2022, seja no plano literal, seja quanto aos interesses materiais em jogo;

b) Para além das omissões em temas que requeriam clarificação, ficaram expostas várias lacunas, dúvidas e perplexidades que a interpretação da nova lei suscita, com especial enfoque na definição da remuneração variável em caso de recuperação, onde o legislador foi quase incompreensível e parece ter adoptado valores excessivos, irrealistas para o nosso país e previsivelmente insuportáveis para os devedores, o que é susceptível de inviabilizar a sua recuperação, de os afastar dos processos de recuperação com intervenção de um administrador e, finalmente, de frustrar o principal objectivo, de facilitação da reestruturação de créditos, que presidiu à elaboração da directiva que visou transpor;

³⁹ Como sucedeu recentemente com as alterações ao art. 40.º do Código de Processo Penal e que, segundo a Associação Sindical dos Juízes Portugueses, fazem reear a instalação do “caos no funcionamento dos tribunais”, face ao regime de impedimentos que criou, e para cuja correcção urgente foi já apresentada à Assembleia da República, a 12/4, a Proposta de Lei 3/XV/1 do Governo.

c) Em consequência, sendo exigível a clarificação da lei, enquanto ela não ocorrer, fica confiada à doutrina e sobretudo à jurisprudência a árdua tarefa de precisar, ajustar e mesmo corrigir um regime jurídico que se pretendia claro;

d) Em acréscimo, face à inépcia do legislador, é possível que surjam conflitos e incidentes vários, na fixação dessa remuneração, na eventual adopção de fórmulas abstractas para ela nas decisões judiciais e até na definição da competência jurisdicional em função da matéria para a sua apreciação;

e) De tudo resulta a importância, ao menos no início de aplicação da lei, de que concorra na fixação da remuneração variável em caso de recuperação uma especial articulação, ou até acordo, entre devedor e administrador judicial, assim obviando a intermináveis conflitos, a resultados fatais para o devedor ou à fixação de remunerações para *emoldurar*, sem efectivo recebimento⁽⁴⁰⁾.

NUNO MARCELO DA NÓBREGA DOS SANTOS DE FREITAS ARAÚJO

Abril de 2022

⁴⁰ Discorda-se, pois, salvo o devido respeito, da opinião de que a articulação ou mesmo o ajuste entre o administrador e o devedor na fixação do valor da remuneração variável, em caso de recuperação, seja susceptível de *prejudicar a classe*, pelos motivos expostos, pelas vantagens que o consenso sempre oferece e ainda porque a sua obtenção está pressuposta em várias normas legais relativas à actividade dos administradores judiciais (cfr. arts. 60.º/3 do CIRE, 24.º/1, 25.º/3 e 26.º do EAJ).



Aspetos jurídicos da globalização em matérias climáticas: A abordagem da União Europeia

—

Filipe Revez Neves

Doutorando em Direito, na Universidade Lusíada de Lisboa
Director Regional Counsel na McDonald's Corporation

ABREVIATURAS

al./als.	alínea/alíneas	ODS	Objetivos de Desenvolvimento Sustentável
BCE	Banco Central Europeu	Org.	organizado
cap.	capítulo	ONU	Organização das Nações Unidas
CC	Código Civil	pgs	páginas
CDP	Cadernos de Direito Privado	reemp.	reimpressão
Cfr/cf.	conferir	ss.	seguintes
cit.	citado(a)	trad.	traduzido
Coord.	coordenado	TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
CQNUAC	Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas	TJ	Tribunal de Justiça
Ed.	edição	UE	União Europeia
n.	número	Vol	volume

ÍNDICE

1. Introdução e objeto de estudo	113
2. Enquadramento jurídico e o fenómeno da globalização em matéria de alterações climáticas	114
2.1. Enquadramento jurídico do Direito Internacional do Ambiente	114
2.2. Do enquadramento do meio ambiente e das alterações climáticas	117
2.3. Das alterações climáticas ao nível global e europeu	118
2.4. Da jurisprudência em sede do problema colocado	127
2.4.1. Caso Urgenda	127
2.4.2. Juliana versus United States Youth Climate Lawsuit – Estados Unidos da América	130
2.4.3. Caso da Dejusticia – Colômbia	131
2.4.4. Notre Affaire à Tous, Oxfam, Greenpeace e a Fondation Nicolas Hulot pour la nature et l'homme - França	132
2.4.5. People's Climate Case – União Europeia	132
3. As repercussões das alterações climáticas em sede da política legislativa europeia	133
3.1. Do Pacto Ecológico Europeu e da Primeira Lei Climática	133
4. Das Conclusões	144
Bibliografia	150

1. Introdução e objeto de estudo

O presente documento debruça-se sobre os aspetos jurídicos da globalização em matérias climáticas, fazendo uma abordagem concreta ao panorama atual da União Europeia (“UE”).

Saliente-se que se pretende fazer uma mera abordagem, e não uma análise exaustiva, aos principais aspetos jurídicos da globalização em sede de matérias climáticas, com particular enfoque na UE.

Começar-se-á por efetuar uma visão macro dos desafios mais relevantes de que as alterações climáticas produzem em redor do globo, evoluindo para as medidas concretas que as principais instituições estão a tomar nesta sede.

Seguidamente, elencam-se, no âmbito da fonte formal de Direito Internacional - os principais tratados internacionais¹ em matérias de alterações climáticas.

Por último, far-se-á uma breve apresentação da proposta de lei da “Primeira Lei Climática”, no espaço europeu, a qual constitui uma novidade nesta sede, e que vai ser objeto sumário de estudo.

Esta Lei faz parte do chamado “Pacto Ecológico Europeu” (*The European Green Deal*), o qual foi apresentado formalmente em 11 de dezembro de 2019.

Paralelamente, serão afloradas as principais decisões dos tribunais nesta sede, em especial a decisão que ficará na história como a primeira em que um tribunal supremo de um Estado – dos Países Baixos, *in casu* – determinou que o poder executivo desse estado procedesse a uma redução de emissões de

¹ Conforme ensinam ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO QUADROS, no *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª Ed., 1997, pgs. 171 e ss: *O tratado internacional é a fonte formal de Direito Internacional mencionada em primeiro lugar no artigo 38.º do Estatuto do TIJ, embora, como já se disse, daí nenhuma conclusão se possa tirar acerca do lugar do tratado na hierarquia das fontes do Direito Internacional.*

gases com efeito de estufa, naquele que ficou conhecido como o “Caso Urgenda”.

O presente documento, tem, assim, como principal objetivo introduzir, no âmbito do fenómeno da globalização a que assistimos, o impacto que as alterações climáticas têm, e, acima de tudo, como estão os ordenamentos jurídicos supranacionais, nomeadamente na UE.

2. Do enquadramento jurídico e o fenómeno da globalização em matéria de alterações climáticas

2.1. Enquadramento jurídico do Direito Internacional do Ambiente

Antes de mergulharmos no estudo do fenómeno da globalização em matéria de alterações climáticas, acreditamos que deve ser efetuada uma nota prévia sobre este novo ramo do Direito Internacional do Ambiente.

Pese embora alguma celeuma doutrinária sobre a qualificação e autonomização do Direito Internacional do Ambiente, a verdade é que no século XXI, podemos afirmar com que estamos perante um dos novos ramos do Direito.

Nessa medida, o Direito Internacional do Ambiente é um ramo relativamente novo do Direito Internacional², podendo afirmar-se que, nos seus primórdios — do início do século XIX até à década de sessenta do século XX, caracteriza-se, acima de tudo, pela preocupação de asseverar uma utilização não conflituosa de alguns recursos naturais que, nessa altura, começaram a ser disputados como fatores de produção ou como bens de consumo.

No pós-segunda guerra mundial do século XX, assistimos a um desenvolvimento do Direito Internacional Ambiental, que terá principiado,

² Cfr. MAURICE SUNKIN/DAVID ONG/ROBERT WIGHT, *Sourcebook on Environmental Law*, 2nd ed., Cavendish Publishing, London, 2002, p. 1.

de certa forma, em 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas (“ONU”).

De qualquer modo, no final da década de sessenta, ocorreram várias catástrofes ecológicas de grande dimensão – como por exemplo, o afundamento do petroleiro Torrey Canyon, em 13 de maio de 1967, que provocou um derrame que poluiu diversas regiões, como as costas belga, francesa e britânicas, o que fez espertar as atenções para estes fenómenos de forma mais premente e aturada.

Neste contexto, em dezembro de 1968, foi assinada a Resolução n.º 2398 (XXIII), da Assembleia-Geral da ONU, em que se manifestou a sua inquietação no tocante às repercussões das mudanças súbitas do meio sobre a condição do Homem, o seu bem-estar físico, mental, social e a possibilidade que lhe é dada de usufruir dos seus direitos fundamentais.

Contudo, só em 1972, com a Conferência da ONU sobre o Ambiente, que ficou conhecida como a Conferência de Estocolmo³, ocorre, aquilo que para muitos determinam o nascimento oficial desta nova realidade para o Direito.

³ A Conferência apresenta como novidades significativas: (i) a necessidade de utilização racional dos recursos, por forma a evitar atos gravosos que afetem os ecossistemas, pela sua exploração excessiva e irracional; (ii) a necessidade de se manter a capacidade produtiva da Terra e a proteção da natureza em si, a fauna e a flora e evitando o esgotamento de recursos não renováveis; (iii) a responsabilização dos governos pela preservação e melhoria do ambiente, salientando-se o primado do Estado em matéria de gestão do ambiente e respetivos recursos, a par de uma obrigação de cooperação com vista a prevenir ou atenuar os malefícios que degradam o ambiente para além das suas fronteiras e, no geral, zelar por uma melhor e mais ampla proteção do ambiente; e (iv) a ideia de que o homem, por si mesmo, tem uma quota-parte importante na responsabilidade da proteção e melhoria do meio natural, de interesse para as gerações presentes e futuras. Ainda que as mudanças não tivessem sido dramáticas, as tendências em curso antes de Estocolmo relacionadas com a poluição marinha, a poluição atmosférica transfronteiriça e aquática, e a proteção de espécies ameaçadas foram reforçadas pelas resoluções de Estocolmo. De uma perspetiva jurídica, os desenvolvimentos mais significativos passaram pela aprovação de três instrumentos não vinculativos: (i) uma Resolução sobre acordos institucionais e financeiros, em que se definiu um quadro para as ações futuras a serem tomadas pela comunidade internacional; (ii) a chamada Declaração de Estocolmo, que

Vinte anos após a Conferência de Estocolmo, realizou-se a Conferência da ONU sobre o Ambiente e o Desenvolvimento — Conferência da Terra ou Eco 1992 —, que decorreu no Brasil, mais concretamente na cidade do Rio de Janeiro, em junho de 1992.

Esta conferência marcou o início de um metamorfismo na forma como os Estados começam a observar a sua própria conduta e uma auto consciencialização, em especial para as gerações vindouras.

Desta conferência resultou a Declaração do Rio, a qual estabeleceu um conjunto de vinte e sete princípios que procuram estabelecer os critérios no âmbito dos quais se devem coadunar as exigências do desenvolvimento com a proteção do meio ambiente.

Face a este breve enquadramento, o papel e as funções do Direito Internacional do Ambiente, podemos socorrer-nos do que defendem BIRNIE e BOYLE⁴, os quais identificam e caracterizam as cinco funções principais no âmbito deste novo ramo do Direito, os quais elencamos de seguida: *(i) fornecer mecanismos e procedimentos para a negociação de regras e padrões necessários, resolver disputas e supervisionar a implementação e adequação aos tratados e regras costumeiras, e, assim, ajudar a promover a cooperação entre Estados, organizações internacionais, e organizações não-governamentais; (ii) regulamentar problemas ambientais, estabelecer padrões e objetivos internacionais comuns para a prevenção e/ou redução dos danos, e promover um processo de elaboração de regras flexível, que permita a adaptação rápida a novos desenvolvimentos tecnológicos e avanços científicos; (iii) estabelecer a reparação ou compensação por danos ambientais sofridos por um Estado ou*

estabeleceu vinte e seis princípios gerais orientadores; e (iii) um Plano de Ação com cento e nove recomendações, em que se apelava à criação de novas instituições e ao estabelecimento de mecanismos de coordenação entre as instituições existentes - cfr. LOUIS SOHN, *The Stockholm Declaration on the Human Environment*, in *Harvard International Law Journal*, Vol 14, Number 3, Summer, 1973, pp. 423 ss.

⁴ Cfr. PATRICIA BIRNIE/ALAN BOYLE, *International Law & the Environment*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 7.

indivíduo em virtude de danos transfronteiriços; (iv) desenvolver direitos individuais ambientais e a responsabilização por crimes ambientais definidos no Direito Internacional; e (v) harmonizar leis nacionais, tanto num âmbito global como num âmbito regional (UE, por exemplo), tendo em conta que os tratados e outros instrumentos internacionais influenciam a elaboração das leis internas.

Face ao aludido acima, o Direito Internacional Ambiental procura tanto fornecer a tutela do meio ambiente diretamente, por meio de tratados internacionais, como procura provê-la indiretamente, ou seja, pela inspiração de leis internas e de princípios do Direito Ambiental em diversos estados.

2.2. Do enquadramento do meio ambiente e das alterações climáticas

Um longo caminho evolutivo foi percorrido pela humanidade até ter-se consciencializado de que os recursos naturais não são inesgotáveis, inabaláveis ou indestrutíveis.

A tutela do Estado sobre o património universal que é o meio ambiente, é o resultado de um trabalho árduo em diversos campos do conhecimento. Sejam eles na área científica, filosófica, doutrinária ou jurisprudencial, ressaltando que, ainda estamos longe de atingir o conceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável.

A preservação do meio ambiente e o próprio direito ambiental não são diferentes da evolução e progresso das demais ciências.

Ab initio é importante ser abordada a conceptualização do bem jurídico a ser protegido, qual seja; o meio ambiente, como sendo um bem jurídico fundamental à satisfação das necessidades humanas, consagrado, universalmente pela Conferência das Nações Unidas de 1992.

Assim, as alterações climáticas são um dos maiores desafios da contemporaneidade, as quais produzem efeitos bastantes significativos para

toda a população mundial, com manifestas consequências para o planeta Terra.

Os principais impactos, como o aquecimento global, a perda de cobertura de gelo nos polos, a subida do nível médio das águas do mar, o aumento da frequência de fenómenos climáticos extremos (como chuvas e secas), a desertificação, as alterações na disponibilidade de recursos hídricos, as alterações nos ecossistemas e a perda de biodiversidade, têm desestabilizado de maneira assinalável as sociedades e o meio ambiente de um modo global e sem precedentes.

Essas mudanças climáticas pelas quais o planeta vem passando, por conta das ações antrópicas, geram, inevitavelmente diversos impactos, que são (e vão continuar a ser) cada vez mais nefastos nos países com menor aptidão, para se adaptarem às mudanças inevitáveis que acontecem de dia para dia.

O fenómeno da globalização tem acentuado de forma drástica esta realidade, atento que o progresso económico, político, social e cultural dos povos espalhados pelo globo, fazem com que tenham (e continuam a ser) tomadas decisões com repercussões manifestas para o meio ambiente.

2.3. Das alterações climáticas ao nível global e europeu

A proteção ambiental enquanto tarefa partilhada entre entidades públicas e privadas traduz-se, do ponto de vista do sujeito, numa dimensão impositiva - o dever de proteger o ambiente, e em dimensões procedimentais e processuais.

Este dever, deve ser geral e abstrato, atento que deve ser partilhado por tudo e por todos – em sede de defesa do meio ambiente.

O interesse de facto de fruição de bens coletivos, para além de um *status fruendi*, que obedece a regras de gestão racional, é também um *status activae processualis*⁵.

Ora, conforme mencionado, as alterações climáticas, produzem consequências adversas para a sociedade em geral, as quais afetam de maneira generalizada todas as nações.

No continente europeu, as alterações climáticas são já, por exemplo, a segunda preocupação dos europeus⁶ e a principal questão ambiental.

Segundo o Eurobarómetro Especial do Ambiente, 94% dos cidadãos de todos os Estados-Membros da UE afirmam que a proteção do ambiente é importante a nível pessoal.

Ademais, 91% dos cidadãos afirmam que as alterações climáticas constituem um problema grave a nível da UE. De acordo com 83% dos inquiridos, é necessária legislação europeia para proteger o ambiente⁷.

⁵ Qualificação de JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, 3ª ed., Coimbra, 2000, pp. 93 e 94.

⁶ Segundo o Eurobarómetro Standard da primavera de 2019 - EB 91 “as alterações climáticas, que estavam em quinto lugar no outono de 2018, são agora a segunda preocupação mais importante, após um forte aumento (+6 desde o outono de 2018)” in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_19_4969 [Acedido em 20 de Março de 2020, às 16h35m].

⁷ De acordo com as conclusões do inquérito, as três principais questões ambientais são as alterações climáticas, a poluição atmosférica e os resíduos. Mais de três quartos (78 %) dos inquiridos consideram que as questões ambientais têm um efeito direto sobre o seu quotidiano e a sua saúde. Mais de oito em cada dez cidadãos manifestam-se preocupados com o impacto das substâncias químicas presentes nos produtos de uso quotidiano e reconhecem que poderá ser necessário efetuar alterações fundamentais. Entre os mais de 27 000 inquiridos, existe um forte apoio a favor das medidas propostas para reduzir os resíduos de plástico e a sua deposição em espaços públicos. As conclusões mostram também que os cidadãos consideram que os produtos devem ser concebidos de forma a facilitar a reciclagem do plástico; que a indústria e os vendedores a retalho devem procurar reduzir as embalagens de plástico; que devem ser realizadas ações educativas para ensinar às pessoas como reduzir os seus resíduos de plástico e que as autoridades locais devem colocar à disposição das pessoas mais e melhores infraestruturas de recolha de resíduos de plástico. Eurobarómetro Especial

A UE e os seus Estados-Membros são signatários da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas (“CQNUAC”) do Protocolo de Quioto⁸ e do Acordo de Paris⁹ sobre as alterações climáticas.

A nível mundial a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, adotada em 2015, estabelece dezassete objetivos de desenvolvimento sustentável.

Os dezassete objetivos de desenvolvimento sustentável foram aprovados por unanimidade pelos cento e noventa e três Estados-membros da ONU e visam resolver as necessidades das pessoas, tanto nos países desenvolvidos como nos países em desenvolvimento:

- i) Erradicar a pobreza;
- ii) Erradicar a fome;
- iii) Saúde de qualidade;
- iv) Educação de qualidade;
- v) Igualdade de género;
- vi) Água potável e saneamento;
- vii) Energias renováveis e acessíveis;
- viii) Trabalho digno e crescimento económico;
- ix) Indústria, Inovação e Infraestruturas;

sobre o meio Ambiente - EE 501 *in*
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_20_331 [Acedido em 20 de Março de 2020, às 17h07m].

⁸ Decisão do Conselho de 25 de Abril de 2002 relativa à aprovação, em nome da Comunidade Europeia, do Protocolo de Quioto da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as alterações climáticas e ao cumprimento conjunto dos respetivos compromissos.

⁹ Proposta de Decisão do Conselho relativa à celebração, em nome da UE, do Acordo adotado na 21.ª conferência das partes na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas, realizada em Paris, de 30 de novembro a 12 de dezembro de 2015 e ao cumprimento conjunto dos compromissos assumidos no seu âmbito Acordo de Paris.

- x) Reduzir desigualdades;
- xi) Cidades e comunidades sustentáveis;
- xii) Produção e consumo sustentáveis;
- xiii) Ação climática;
- xiv) Proteger a vida marinha;
- xv) Proteger a vida terrestre;
- xvi) Paz, justiça e instituições eficazes; e
- xvii) Parcerias para a implementação dos objetivos¹⁰.

Em 22 de novembro de 2016, a Comissão Europeia apresentou a sua abordagem no sentido de aplicar a Agenda 2030 da ONU, o demonstrou alinhamento e adesão a esta importante iniciativa, por parte da UE.

Conforme resulta da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões¹¹, foi apresentada as ações europeias para a sustentabilidade, as quais

¹⁰ *Para o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, o papel e desempenho das cidades é essencial. É nelas que vive hoje metade da humanidade e em 2030 espera-se que esta proporção atinja os 60%. E 95% da expansão urbana nas próximas décadas deverá ocorrer em países em desenvolvimento. Apesar de ocuparem apenas 3% da superfície da Terra, as áreas urbanas consomem 60% a 80% da energia e são responsáveis por 75% das emissões carbónicas. Para além da dimensão urbana dos demais objectivos, a Agenda 2030 consagra um objetivo específico para o desenvolvimento urbano: o objetivo 11 – Cidades e comunidades sustentáveis, pretende tornar-se as cidades mais inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis e o compromisso até 2030, nomeadamente, com o acesso de todos a uma habitação condigna, a espaços públicos seguros e inclusivos, a sistemas de transportes eficientes, a melhor planeamento urbano e participação cívica, à proteção do património cultural e natural do mundo, à prevenção de riscos e desastres e adaptação às alterações climáticas e à redução do impacto ambiental das cidades. A avaliação dos progressos será realizada regularmente, por cada país, envolvendo governos, sociedade civil, empresas e representantes de vários grupos de interesse. Será utilizado um conjunto de indicadores globais, cujos resultados serão compilados num relatório anual.* in <https://unric.org/pt/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel/> [Acedido em 21 de Março de 2020, às 10h01m].

¹¹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Próximas etapas para um futuro europeu sustentável, Ação europeia para a sustentabilidade, in <https://eur-lex.europa.eu/legal->

incluem duas vertentes de trabalho: *A primeira vertente, apresentada na presente comunicação, é a integração plena dos ODS no quadro político europeu e nas atuais prioridades da Comissão, avaliando em que ponto nos encontramos e identificando as principais preocupações em matéria de sustentabilidade. Uma segunda via lançará trabalho de reflexão no sentido de desenvolver a nossa visão a mais longo prazo e a tónica das políticas setoriais após 2020, preparando a execução dos ODS a longo prazo. O novo quadro financeiro plurianual após 2020 irá também reorientar as contribuições do orçamento da UE no sentido de cumprir os objetivos da UE a longo prazo.*

Essencialmente, a UE propôs-se concretizar os dezassete objetivos de desenvolvimento sustentável, defendidos pela ONU¹².

content/PT/TXT/?uri=COM%3A2016%3A739%3AFIN [Acedido em 21 de Março de 2020, às 12h08m].

¹² *Sobre o ODS 1, Erradicar a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares», o papel da UE a nível interno, de acordo com o princípio da subsidiariedade, é principalmente ajudar os Estados-Membros na luta contra a pobreza, a fim de os ajudar a alcançar o grande objetivo em matéria de pobreza, fixado pela estratégia Europa 2020, num contexto em que a crise afetou os progressos no sentido do cumprimento da meta. Para o ODS 2, «Erradicar a fome, alcançar a segurança alimentar, melhorar a nutrição e promover a agricultura sustentável», a reforma da Política Agrícola Comum (PAC) tem três objetivos, que continuam a ser pertinentes e a estar no topo da ordem do dia: produção alimentar viável, gestão sustentável de recursos naturais e ação climática e desenvolvimento territorial equilibrado. Do mesmo modo, a Política Comum da Pesca visa contribuir para a oferta sustentável de alimentos, através de atividades de pesca e de aquicultura sustentáveis. Através do Fundo de Auxílio Europeu às Pessoas mais Carenciadas, a UE apoia as medidas dos Estados-Membros destinadas a fornecer quantidades suficientes de alimentos seguros e nutritivos às pessoas mais carenciadas. Estas políticas são complementadas por ações de investigação e inovação em matéria de segurança alimentar e da nutrição, como a FOOD 2030. Sobre o ODS 3, «Garantir o acesso à saúde de qualidade e promover o bem-estar para todos, em todas as idades», a UE complementa a ação dos Estados-Membros através de legislação e outras iniciativas em matéria de saúde pública, de sistemas de saúde e de problemas de saúde relacionados com o ambiente (incluindo qualidade do ar, produtos químicos e resíduos). A saúde é importante para o bem-estar individual e para moldar uma economia sustentável, pois é fundamental para melhorar a participação no mercado do trabalho e a produtividade¹². A Comissão ajudará os Estados-Membros a alcançar os ODS, em especial a reduzir a mortalidade por doenças crónicas, a garantir cuidados de saúde de qualidade, a reforçar a capacidade para prevenir e gerir as ameaças globais para a saúde*

(incluindo a resistência antimicrobiana), a erradicar o VIH/SIDA e a tuberculose (e a diminuir a hepatite) e a aplicar a Convenção-Quadro sobre a Luta Antitabaco. Sobre o ODS 4, «Garantir o acesso à educação inclusiva, de qualidade e equitativa, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos», a UE estabeleceu objetivos principais da estratégia Europa 2020 sobre o número de abandonos escolares precoces e o número de diplomados do ensino superior. Através da Agenda das Competências, do quadro estratégico Educação e Formação 2020 e do programa Erasmus+, a UE direciona os seus esforços no sentido de apoiar ativamente os Estados-Membros a melhorar a qualidade da educação e da formação, a fim de garantir oportunidades para os jovens. No que se refere ao ODS 5, «Alcançar a igualdade de género e empoderar todas as mulheres e raparigas», a igualdade entre homens e mulheres está consagrada no quadro normativo e político da UE desde o início da integração europeia e estão a ser desenvolvidas novas políticas para resolver as desigualdades persistentes entre homens e mulheres. De igual modo, o ODS 10 «Reduzir as desigualdades no interior dos países e entre países» está no cerne da agenda social e da política de coesão da UE. A proteção do ambiente é essencial para a qualidade de vida das gerações atuais e futuras. Vários ODS têm uma forte dimensão ambiental, incluindo o ODS 6 «Garantir a disponibilidade e a gestão sustentável da água potável e do saneamento para todos», o ODS 14 «Conservar e usar de forma sustentável os oceanos, mares e os recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável» e o ODS 15 «Proteger, restaurar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, travar e reverter a degradação dos solos e travar a perda de biodiversidade». As melhorias ambientais da Europa nas últimas décadas foram impulsionadas pela legislação da UE, que impôs um elevado nível de proteção em domínios como a qualidade da água e a conservação da natureza. A Diretiva Aves e a Diretiva Habitats protegem os ecossistemas e a expansão da rede de zonas protegidas Natura 2000 para 18 % da superfície terrestre da UE foi um feito importante. São necessários mais esforços para atingir o objetivo da UE de travar a perda de biodiversidade até 2020 e de recuperar, pelo menos, 15 % dos ecossistemas degradados. Embora as populações de peixes da Europa tenham, historicamente, sido vítimas de sobre pesca, um grande número de unidades populacionais está atualmente a recuperar em consequência de uma política comum da pesca com forte base científica. A comunicação conjunta recentemente adotada sobre a Governança Internacional dos Oceanos 12 prevê ações para garantir oceanos seguros, limpos e geridos de forma sustentável. Ainda a debater-se com uma série de desafios do capital natural, a UE tem vindo a complementar abordagens legislativas com outras políticas destinadas a «Garantir padrões de consumo e de produção sustentáveis» ou ODS 12. Neste contexto, as medidas para uma economia eficiente na utilização dos recursos e circular visam dissociar o crescimento económico da utilização dos recursos e da degradação ambiental. O consumo sustentável exigirá também políticas dos consumidores, que sensibilizem e permitam que os consumidores façam escolhas informadas que contribuam para a sustentabilidade. No domínio da energia e das alterações climáticas, ODS 7 «Garantir o acesso a fontes de energia fiáveis, sustentáveis e modernas para todos» e ODS 13 «Adotar medidas urgentes para combater as alterações climáticas e os seus impactos», a UE estabeleceu, para 2030, objetivos ambiciosos de redução das emissões de gases de efeito de estufa, melhoria do rendimento energético e aumento da

quota de energia renovável. Além disso, existe o compromisso político de consagrar pelo menos 20 % do orçamento da UE à ação climática. A Comissão já propôs formas de reduzir as emissões de gases de efeito de estufa em todos os setores da economia¹² e está a preparar um conjunto de iniciativas destinadas a fomentar a transição para energias limpas. Este pacote centrar-se-á na concretização dos objetivos em matéria de energias renováveis e rendimento energético, tendo em vista a aplicação do quadro de ação da União da Energia e, em especial, o quadro de ação relativo ao clima e à energia para 2030. Contribuirá para impulsionar o emprego e o crescimento e fará a diferença na economia real. Sobre o impacto socioeconómico, a estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo visa uma taxa de emprego de 75 % no grupo etário entre os 20-64 anos, contribuindo para fomentar o ODS 8, «Promover o crescimento económico inclusivo e sustentável, o emprego pleno e produtivo e o trabalho digno para todos». A retoma do mercado do trabalho foi reforçada em 2015 e 2016, com uma melhoria significativa na maior parte dos indicadores. A taxa de emprego (20-64 anos) na UE aumentou 0,9 pontos percentuais em 2015 e continuou a aumentar até 71,1 % no segundo trimestre de 2016, ultrapassando o nível anterior à crise de 70,3 % (anual) em 2008¹². No entanto, embora em diminuição, as disparidades no mercado do trabalho entre os Estados-Membros continuam a ser grandes em comparação com o período anterior à crise e os desafios em matéria de desemprego de jovens e das pessoas com deficiência mantêm-se em vários Estados-Membros. Nos termos do ODS 9, «Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação», o Plano de Investimento para a Europa abrange os investimentos estratégicos em domínios fundamentais como as infraestruturas, a investigação e a inovação, bem como o financiamento de risco para as pequenas empresas. Além disso, os Fundos Europeus Estruturais e de Investimento¹² abrangem os investimentos em infraestruturas e em investigação e inovação. O Mecanismo Interligar a Europa está a financiar redes e infraestruturas resilientes nos setores dos transportes, das telecomunicações e da energia. A investigação e a inovação, que contribuem para a aplicação de virtualmente todos os ODS, são financiadas pelo Programa-Quadro de Investigação e Inovação (Horizonte 2020). O Painel Europeu da Inovação 2016 mostra ainda uma considerável liderança da UE em termos de desempenho face a muitos outros países e o desafio consiste em manter esta posição. No que se refere ao ODS 11, «Tornar as cidades e comunidades inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis», as cidades da UE, lideradas por Estocolmo, Viena, Londres, Frankfurt e Hamburgo, representam cinco das oito cidades mais sustentáveis¹². A Agenda Urbana da UE resulta de um esforço conjunto da Comissão, dos Estados-Membros e das cidades europeias para reforçar a dimensão urbana das políticas europeias e nacionais. Em consonância com a Nova Agenda Urbana da ONU, a UE reforça a resiliência das zonas urbanas através da prevenção de riscos relacionados com catástrofes e com o clima. O Pacto de Autarcas para o Clima e Energia da UE é uma ação a nível local e regional, da base para o topo, para fazer face de um modo integrado à atenuação das alterações climáticas e à adaptação às mesmas, e ao acesso a energia segura, sustentável e a preços acessíveis. Para o ODS 16, «Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas a todos os níveis», estão atualmente em vigor

Estes dezassete objetivos são os pilares de sustentação da nova política da UE, de modo a combater um dos principais flagelos que assola todos os Estados.

Ademais, e no que concerne ao Acordo de Paris, saliente-se que o Estado de Portugal foi um dos primeiros países da UE a ratificar¹³, em 30 de Setembro de 2016.



políticas e legislação da UE com muitos dos princípios consagrados no Tratado da UE e na Carta dos Direitos Fundamentais da UE e que vão para além da ambição definida no ODS 16. Nos termos do ODS 17, «Reforçar os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável», a Comissão, em estreita cooperação com os Estados-Membros, contribuirá para a execução da agenda através da definição de políticas, da mobilização de recursos financeiros adequados para a execução a partir de todas as fontes, incluindo o setor privado, do desenvolvimento de capacidades, da ciência, da tecnologia e da inovação, do comércio, assegurando a coerência das políticas e criando parcerias para reforçar a prestação. A estratégia «Comércio para Todos»¹² adotada imediatamente após a Agenda 2030 das Nações Unidas, vincula a UE a uma política de comércio e investimento responsáveis, como instrumento da aplicação do ODS contribuindo para a criação de emprego, o crescimento sustentável e o investimento na Europa e fora dela. Além disso, vários instrumentos de financiamento da UE complementam as políticas e as iniciativas europeias e contribuem de forma horizontal para os ODS. Por exemplo, a política de coesão – através dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento – é a principal política de investimento da UE, com o objetivo de alcançar a coesão económica, social e territorial mediante a redução das disparidades entre os níveis de desenvolvimento das diversas regiões. In <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM%3A2016%3A739%3AFIN>, p.4-7.

¹³ Diário da República n.º 189/2016, 1º Suplemento, Série I de 2016-09-30. Decreto do Presidente da República n.º 79-M/2016 - Diário da República n.º 189/2016, 1º Suplemento, Série I de 2016-09-30 75456074 Presidência da República. Ratifica o Acordo de Paris, no âmbito da Convenção Quadro das Nações Unidas para as Alterações Climáticas, adotado em Paris, em 12 de dezembro de 2015. Resolução da Assembleia da República n.º 197-A/2016 - Diário da República n.º 189/2016, 1º Suplemento, Série I de 2016-09-30 75455175 Assembleia da República Aprova o Acordo de Paris, no âmbito da Convenção Quadro das Nações Unidas para as Alterações Climáticas, adotado em Paris, em 12 de dezembro de 2015,

Com o fenómeno da globalização as alterações climáticas são especialmente gravosas, a UE é o terceiro maior emissor de gases com efeito de estufa do mundo, a seguir à China e aos Estados Unidos da América¹⁴.

A figura lateral¹⁵ mostra os “Maiores emissores de gases com efeito de estufa no mundo, em 2015”, fazendo um ponto de situação sobre esta tão importante temática para efeitos de alterações climáticas.

Em 2015, o setor energético foi responsável por 78% das emissões de gases com efeito de estufa da EU – conforme figura lateral¹⁶.



in <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/75456072/details/maximized> [Acedido em 22 de Março de 2020, às 15h31m].

¹⁴

<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20180301STO98928/emissoes-de-gases-com-efeito-de-estufa-por-pais-e-setor-infografia> [Acedido em 22 de Março de 2020, às 17h57m]

¹⁵ Fonte: Estudo da JRC sobre emissões fósseis de CO₂ e emissões de gases com efeito de estufa em todo o mundo (2019) *in* <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20180301STO98928/emissoes-de-gases-com-efeito-de-estufa-por-pais-e-setor-infografia> [Acedido em 22 de Março de 2020, às 18h33m]

¹⁶ Fonte: Agência Europeia do Ambiente (EEA) Eurostat *in* <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20180301STO98928/emissoes-de-gases-com-efeito-de-estufa-por-pais-e-setor-infografia> [Acedido em 22 de Março de 2020, às 18h51m]

Saliente-se que desde os primórdios da preocupação ambiental hodiernamente, em nível internacional, foram várias os tratados, organizações e cimeiras que fizeram uma abordagem direta às temáticas mais problemáticas do meio ambiente abordando diretamente o tema¹⁷.

2.4. Da jurisprudência em sede do problema colocado

2.4.1. Caso *Urgenda*

¹⁷ Tratado Antártico. Madrid, 1959. Carta do Atlântico. 1941. Declaração das Nações Unidas. 1942. Carta Mundial do Solo. 1981. O Homem e a Biosfera. 1970. Os Limites para o Crescimento, 1972. Declaração das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente 1972. Plano das Nações Unidas Para o Meio Ambiente – PNUMA. 1972-1973. Declaração de Coycoc. 1974. Carta de Belgrado. 1975. Relatório Que Faire. 1975. Declaração de Nairobi. 1982. Normas Do Cairo. 1984. Protocolo de Helsinki para A redução Das Emissões 33 de Enxofre. 1985. Protocolo de Montreal. 1987. Agenda 21 1992. Protocolo dos Nitrogenados. 1988. Organização Internacional do Trabalho – OIT 1919. Organização das Nações Unidas – ONU. 1954. Organização das nações Unidas Para a Alimentação e a Agricultura - FAO. Roma, 1945. Organização das nações Unidas para a Educação Ciência e Cultura. 1946. União Internacional para Proteção da Natureza. Fontainebleau, 1948. Organização Mundial da Saúde – OMS. 1948. Clube de Roma 1968. Convenção para Preservação de Animais, Pássaros e Peixes da África. Londres, 1900. Convenção para Preservação dos Pássaros Úteis à Agricultura. Londres, 1902. I Congresso Internacional par proteção da Natureza. Paris, 1923. Convenção Para Preservação da Fauna e da Flora em seu estado Natural. Londres, 1933. Conferência de Paris par o Tratado Antártico. Paris, 1955. Conferência das Nações Unidas para Conservação e Utilização de Recursos. Lake, 1949. Conferência da Biosfera. Paris, 1968. Conferência de Ramsar. Ramsar, 1971. Mesa Redonda de Especialistas em Desenvolvimento e Meio Ambiente. Founex, 1971. Conferência Sobre o Meio Ambiente Humano. Estocolmo, 1972. Convenção Sobre Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens em perigo de Extinção. Washington, 1973. Encontro de Belgrado. Belgrado, 1975. I Conferência Intergovernamental em Educação Ambiental. Tibilisi, 1977. Conferência das Nações Unidas Sobre Desertificação. Nairobi, 1977. Convenção Sobre Poluição Transfronteiriça de Longo Alcance. Genebra, 1979. Conferência de Nairobi. Nairobi, 1982. Convenção de Basileia Sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos e seu Depósito. Basileia, 1985. Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio. Viena, 1985. Congresso Internacional de Educação e Formação Ambientais. Moscou, 1987. Conferência das Nações Unidas para Combater a Desertificação. 1994.

Nesta sede, ao nível da jurisprudência, em 2019, assistiu-se a uma decisão que ficará na história como a primeira em que um tribunal supremo de um Estado – dos Países Baixos, *in casu* – determinou que o poder executivo desse estado procedesse a uma redução de emissões de gases com efeito de estufa, naquele que ficou conhecido como o “Caso Urgenda”¹⁸.

O Supremo Tribunal dos Países Baixos, confirmando a decisão do Tribunal de Recurso, decidiu no sentido do Governo Holandês que este implementasse, até final de 2020, uma redução de emissões de gases com efeito de estufa, de pelo menos 25% em relação aos níveis de 1990.

Fazendo uma resenha histórica deste caso, em 2014 a Fundação Urgenda¹⁹, intentou uma ação contra o Governo Holandês – representado pelo Ministério de Infraestrutura e Desenvolvimento, no qual formulou dois pedidos: um primeiro em que requereu a redução das emissões de gases com efeito de estufa; e, um segundo, no qual requereu que o estado holandês privilegiasse o direito a um meio ambiente sustentável, em detrimento deste manter as suas metes de crescimento industrial.

Para fundamentar o pedido, a Fundação Urgenda juntou diversos documentos elaborados e comunicados pela Agência Internacional de Energia Atómica, pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas e pelo Banco Mundial, os quais fizeram prova que o panorama global de mudança climática, traria um significativo impacto para os direitos fundamentais dos cidadãos holandeses.

A Fundação Urgenda recorreu a diverso normativo nacional e internacional.

¹⁸ Decisão do Supremo Tribunal de Justiça dos Países Baixos *in* <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>

¹⁹ *Dutch Urgenda Foundation*.

Em termos de normativo internacional, socorreu-se, entre outros, do Princípio da Precaução, nos termos do artigo 191º n.º 2 do Tratado de Lisboa.

O Princípio da Precaução está diretamente ligado aos conceitos de afastamento do perigo e segurança das gerações futuras, bem como ao conceito de sustentabilidade ambiental das atividades humanas.

Socorreu-se, ainda, do Protocolo de Quioto que visa a limitação de emissão de gases com efeito de estufa, nos termos dos artigos 2.º, 3.º e 4.º, 5.º, 6.º e 7.º do Protocolo.

Em 24 de junho de 2015, o Tribunal de Primeira Instância de Haia decidiu em favor da Fundação Urgenda, decidindo que as emissões de gases com efeito de estufa deveriam ser reduzidas em pelo menos 25%, até ao final de 2020, em comparação com os níveis atingidos em 1990.

A fundamentar esta decisão, o Tribunal de Primeira Instância salientou que o aumento significativo da temperatura global e a acentuação das mudanças climáticas é de risco elevado para o país, atento que este se encontra abaixo do nível médio do mar, sendo o mesmo rodeado por diques, o que poderia consubstanciar o incremento de tragédias naturais no território holandês.

Ademais, os estudos apresentados pela Fundação Urgenda, evidenciaram, paralelamente, uma potencial e significativa queda na qualidade de vida da população em virtude do aumento da temperatura, o que afetaria a produção de alimentos e disponibilidade da água;

O Tribunal de Primeira Instância, salientou, ainda, que o Estado Holandês ter-se-á comprometido a tentar reduzir em dois graus Celcius a temperatura no país, o que não alcançou.

Esta inação por parte do Estado Holandês possibilitou aos particulares a possibilidade de agirem judicialmente contra si por violação do princípio da precaução – nos termos do artigo 21 da Constituição Holandesa²⁰.

A sentença proferida em sede de primeira instância foi confirmada em 9 de outubro de 2018, pelo Tribunal de Recurso de Haia.

Este tribunal foi ainda mais longe do que o tribunal de primeira instância, tendo decidido adicionalmente que perante a gravidade da condenação, caso o Estado Holandês não cumprisse com a decisão, qualquer cidadão holandês podia intentar uma nova ação em tribunal alegando, para o efeito, a violação dos seus direitos fundamentais.

Em 20 de Dezembro de 2019, o Supremo Tribunal dos Países Baixos, confirmou as duas decisões anteriores, concluindo que o Governo Holandês tem obrigações de redução urgente e significativa das emissões de gases com efeito de estufa, conforme *supra* mencionado.

Reconhecida como a primeira ação judicial de responsabilização climática do mundo, esta decisão estabeleceu um precedente que, desde então, inspirou outras ações legais por todo o globo.

Deste modo, e conforme se constatará de seguida, esta decisão motivou, um pouco por todo o Mundo, o início de litigância massiva contra os estados, especialmente por parte de Organizações Não Governamentais.

2.4.2. *Juliana versus United States Youth Climate Lawsuit* – Estados Unidos da América

Em 2015, nos Estados Unidos da América, vinte e um indivíduos representados pela organização sem fins lucrativos *Our Children's Trust*²¹, apresentaram uma ação num Tribunal do Estado do Oregão exigindo que o

²⁰ *Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*

²¹ *in* <https://www.ourchildrenstrust.org/> [Acedido em 17 de Abril de 2020, às 22h14m]

governo federal dos Estados Unidos reduzisse significativamente as emissões de CO².

Na petição inicial apresentada no Tribunal de Orégão, os particulares defendem que o governo norte-americano, por meio de ações concretas que causaram a mudança climática, violou os direitos constitucionais à vida, à liberdade e não protegeu o meio ambiente.

Conhecido como *Juliana versus United States Youth Climate Lawsuit*²², este processo encontra-se ainda a aguardar decisão pelo Supremo Tribunal, mas já tem sido objeto de estudo por parte de diversos especialistas norte-americanos.

2.4.3. Caso da *Dejusticia* – Colômbia

Um outro caso bastante afamado, ocorreu na América Latina, mais concretamente na Colômbia.

Em 5 de abril de 2018, o Supremo Tribunal da Colômbia decidiu a favor de vinte e cinco indivíduos que processaram o governo colombiano por não verem ser garantidos os direitos fundamentais à vida e ao meio ambiente.

Com o apoio da *Dejusticia*²³, uma Organização Não Governamental de direitos humanos colombiana, a qual patrocinou a causa, foi decidido pelos tribunais colombianos que o Governo da Colômbia elaborasse um plano de ação para preservar a floresta – invocando o seu dever de proteger a natureza e o clima em favor das gerações presentes e futuras.

²² Cfr. <https://www.ourchildrenstrust.org/juliana-v-us> [Acedido em 16 de Abril de 2020, às 21h11]

²³ in <https://www.dejusticia.org/acerca-de-nosotros/> [Acedido em 17 de Abril de 2020, às 22h34m]

2.4.4. *Notre Affaire à Tous*²⁴, *Oxfam*, *Greenpeace* e a *Fondation Nicolas Hulot pour la nature et l'homme* - França

Em França, a primeira ação judicial relacionada à mudança climática teve início em dezembro de 2018 pela *Notre Affaire à Tous*, *Oxfam*, *Greenpeace* e a *Fondation Nicolas Hulot pour la nature et l'homme*.

Este processo assentou em seis petições contra o governo francês, as quais peticionaram o seguinte: i) a inclusão do clima na constituição; ii) a redução das emissões de gases de efeito de estufa; iii) o reconhecimento da mudança climática como um crime de destruição ambiental; iv) a possibilidade de os cidadãos defenderem o bem-estar climático judicialmente; v) a regulamentação das atividades de empresas multinacionais; e vi) o fim dos subsídios para combustíveis fósseis.

2.4.5. *People's Climate Case* – União Europeia

Ao nível da UE, em Maio de 2018, o primeiro grande litígio – o *People's Climate Case*²⁵, foi desencadeado por dez famílias de oito países – Portugal, França, Romênia, Itália, Alemanha, Suécia, Quênia e Ilhas Fiji.

Os reclamantes apresentaram no Tribunal de Justiça da UE uma queixa contra o Parlamento Europeu e o Conselho da UE por ter possibilitado um nível elevado de emissões de gases com efeito de estufa.

Os reclamantes requereram a redução imediata das emissões dos gases de efeito estufa em 55% até 2030 - em comparação aos níveis registados em 1990, em vez da meta inicial de 40%.

²⁴ in <https://notreaffaireatous.org/> [Acedido em 17 de Abril de 2020, às 22h51m]

²⁵ in <https://peoplesclimatecase.caneurope.org/> [Acedido em 18 de Abril de 2020, às 09h22m]

Em maio de 2019, o Tribunal de Justiça da UE indeferiu o caso por questões meramente processuais.

Este Tribunal embora reconhecendo que a mudança climática afeta todos os cidadãos europeus, decidiu no sentido de que os demandantes não tinham legitimidade para recorrer à justiça para contestar a meta climática da UE definida para 2030.

3. As repercussões das alterações climáticas em sede da política legislativa europeia

3.1. Do Pacto Ecológico Europeu e da Primeira Lei Climática

Um pouco por todo o globo, os Estados e as Organizações, encontram-se a promover iniciativas conducentes a alterações legislativas, para que os ordenamentos jurídicos nacionais e supranacionais acomodem esta realidade.

A UE encontra-se a preparar a Primeira Lei Climática – tendo sido a Proposta de Lei²⁶ apresentada em 04 de Março de 2020²⁷.

²⁶ Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law), *in* https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-proposal-regulation-european-climate-law-march-2020_en.pdf [Acedido em 22 de Março de 2020, às 18h34m].

²⁷ O Tratado de Roma, 1957, que institui a Comunidade Económica Europeia, não deu origem a qualquer instrumento que permitisse às instituições comunitárias qualquer domínio sobre o ambiente. No Art.º 2.º é estabelecido que a Europa deve caminhar para um "*desenvolvimento harmonioso das actividades económicas*". No Art.º 36 permite-se, inclusive, que cada estado-membro mantivesse proteções à saúde pública, aos animais e aos vegetais. Os objetivos da comunidade foram palpavelmente o estabelecimento do mercado comum e da união económica, em que o ambiente não foi uma prioridade. Os legisladores europeus serviram-se dos poderes de harmonização concedidos à comunidade, tendo como base o artigo 100.º do Tratado de Roma e o artigo 235.º em que se concede ao Conselho o poder de deliberar - por unanimidade, disposições adequadas para realizar no funcionamento do mercado comum,

Depois de aprovada pelos eurodeputados e pelos Estados-membros, este será o primeiro grande compromisso europeu no sentido de garantir a neutralidade climática da UE em 2050.

Esta Lei faz parte do chamado Pacto Ecológico Europeu – o “*The European Green Deal*”, o qual foi objeto de comunicação por parte da Comissão, no passado dia 11 de dezembro de 2019²⁸.

Conforme resulta do Pacto Ecológico Europeu, o mesmo redefine *o compromisso da Comissão de enfrentar os desafios climáticos e ambientais, tarefa determinante desta geração. A cada ano que passa, a atmosfera fica mais quente e o clima muda um pouco mais. Dos oito milhões de espécies que habitam o planeta, um milhão corre o risco de extinção. As florestas e os oceanos estão a ser poluídos e destruídos. O Pacto Ecológico Europeu é uma resposta a estes desafios. Trata-se de uma nova estratégia de crescimento que visa transformar a UE numa sociedade equitativa e próspera, dotada de uma economia moderna, eficiente na utilização dos recursos e competitiva, que, em 2050, tenha zero emissões líquidas de gases com efeito de estufa e em que o crescimento económico esteja dissociado da utilização dos recursos. O pacto pretende igualmente proteger, conservar e reforçar o capital natural da UE e proteger a saúde e o bem-estar dos cidadãos contra riscos e impactos relacionados com o ambiente. Ao mesmo tempo, esta transição deve ser equitativa e inclusiva. Deve dar prioridade às pessoas e prestar atenção às regiões, às indústrias e aos trabalhadores que enfrentarão os maiores desafios. Tendo em conta as mudanças substanciais que acarretará, esta transição deve contar com a participação ativa e a confiança do público, fatores*

quando o tratado não tenha previsto os poderes de ação requeridos para o efeito. A partir dos finais da década de 60, mais concretamente em 1967 foi aprovada uma Diretiva relativa à classificação de rotulagem e embalagem de substâncias perigosas; em 1970 foram aprovadas diversas Diretivas relativas ao nível do ruído e às emissões de veículos a motor. Em 1962 foi criado o Comité de Peritos Europeu para a conservação da natureza e dos recursos naturais e do Comité sobre a poluição das águas.

²⁸ Comunicação da Comissão Europeia: COM/2019/640final *in* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=EN>

fundamentais para o êxito e a aceitação das políticas. É necessário um novo pacto que reúna os cidadãos, em toda a sua diversidade, com as autoridades nacionais, regionais e locais, a sociedade civil e a indústria, trabalhando em estreita colaboração com as instituições e os órgãos consultivos da UE. A UE tem a capacidade coletiva de transformar a sua economia e a sua sociedade de molde a colocá-las numa trajetória mais sustentável. Pode tirar partido das suas forças enquanto líder mundial nos domínios da ação climática e ambiental, da proteção dos consumidores e dos direitos dos trabalhadores. Alcançar reduções adicionais das emissões constitui um desafio. Este objetivo exigirá enormes investimentos públicos e esforços reforçados no sentido de orientar capital privado para ações climáticas e ambientais, evitando, simultaneamente, a vinculação a práticas insustentáveis. A UE tem de estar na vanguarda da coordenação dos esforços internacionais envidados para criar um sistema financeiro coerente que apoie soluções sustentáveis. Este investimento inicial é também uma oportunidade para colocar a Europa firmemente numa nova via de crescimento sustentável e inclusivo. O Pacto Ecológico Europeu acelerará e apoiará a transição necessária em todos os setores. A ambição ambiental do Pacto Ecológico não será concretizada por uma Europa agindo isoladamente. Os fatores determinantes das alterações climáticas e da perda de biodiversidade são globais e não estão limitados por fronteiras nacionais. A UE pode fazer uso da sua influência, dos seus conhecimentos especializados e dos seus recursos financeiros com vista a mobilizar vizinhos e parceiros para que estes adiram consigo a uma trajetória sustentável. A UE continuará a liderar os esforços internacionais e deseja construir alianças com aqueles que partilham do mesmo espírito. Reconhece igualmente a necessidade de manter a segurança do seu aprovisionamento e a sua competitividade, mesmo quando outros não estejam dispostos a agir. A presente comunicação apresenta um roteiro inicial das principais políticas e medidas necessárias para pôr em prática o Pacto Ecológico Europeu. Este roteiro será atualizado em função da evolução das necessidades e à medida que as respostas políticas forem formuladas. Todas as ações e políticas da UE terão de contribuir para a consecução dos objetivos do Pacto Ecológico Europeu. Os desafios são complexos e estão interligados. A resposta política deve ser corajosa e abrangente,

procurando maximizar os benefícios em termos de saúde, qualidade de vida, capacidade de resistência e competitividade. Tal exigirá uma coordenação intensa com vista a explorar as sinergias existentes entre todos os domínios de intervenção. O Pacto Ecológico é parte integrante da estratégia desta Comissão para executar a Agenda 2030 e concretizar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, bem como as outras prioridades anunciadas nas orientações políticas da presidente Ursula von der Leyen. No âmbito do Pacto Ecológico, a Comissão irá reorientar o processo de coordenação macroeconómica do Semestre Europeu para integrar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, a fim de os colocar no âmbito do processo de elaboração de políticas e de adoção de medidas, e de centrar a política económica em torno da sustentabilidade e do bem-estar dos cidadãos.²⁹

Essencialmente o *The European Green Deal*, apresentou 50 medidas – o chamado roteiro (ou “road map”) identificando as seguintes ações concretas e exequíveis³⁰:

Ações	Calendário indicativo
Ambição em matéria de clima	
Proposta de quadro legislativo geral europeu em matéria de clima que consagra o objetivo de neutralidade climática para 2050	março de 2020
Plano global para aumentar, de forma responsável, a meta climática da UE, estabelecida para 2030, para, pelo menos, 50 %, procurando aproximar-se dos 55 %	verão de 2020
Propostas de revisão das medidas legislativas pertinentes para concretizar o aumento da ambição em matéria de clima, na sequência da revisão da Diretiva Sistema de Comércio de Licenças de Emissão, do Regulamento Partilha de Esforços, do Regulamento Uso do Solo, Alteração do Uso do Solo e Florestas, da Diretiva Eficiência Energética, da Diretiva Energias	junho de 2021

²⁹

in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=EN>

³⁰ Anexo da Comunicação relativa ao Pacto Ecológico Europeu, *in* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1576150542719&uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN>

Ações	Calendário indicativo
Renováveis e das normas de desempenho em matéria de emissões de CO ₂ dos automóveis de passageiros e dos veículos comerciais ligeiros	
Proposta de revisão da Diretiva da Tributação da Energia	junho de 2021
Proposta de mecanismo de ajustamento das emissões de carbono nas fronteiras para determinados setores	2021
Nova estratégia da UE de adaptação às alterações climáticas	2020/2021
Energia limpa, acessível e segura	
Avaliação da versão final dos planos nacionais integrados em matéria de energia e de clima	junho de 2020
Estratégia para a integração setorial inteligente	2020
Iniciativa “vaga de renovação” para o setor da construção	2020
Avaliação e revisão do Regulamento Rede Transeuropeia de Energia	2020
Estratégia de energia eólica marítima	2020
Estratégia industrial para a economia circular e limpa	
Estratégia industrial da UE	março de 2020
Plano de ação para a economia circular, incluindo uma iniciativa em matéria de produtos sustentáveis e uma tónica especial nos setores com utilização intensiva de recursos, como os têxteis, a construção, a eletrónica e os plásticos	março de 2020
Iniciativas para estimular os mercados-piloto para produtos circulares e neutros do ponto de vista climático nos setores industriais com utilização intensiva de energia	a partir de 2020
Proposta de apoio a processos de produção de aço com zero emissões em 2030	2020
Legislação sobre baterias em apoio do Plano de Ação Estratégico para as Baterias e da economia circular	outubro de 2020
Propostas de reformas legislativas no domínio dos resíduos	a partir de 2020
Mobilidade sustentável e inteligente	
Estratégia para a mobilidade inteligente e sustentável	2020

Ações	Calendário indicativo
Pedido de financiamento para apoiar a implantação de pontos públicos de carregamento e de abastecimento como parte da infraestrutura para combustíveis alternativos	a partir de 2020
Avaliação das opções legislativas para estimular a produção e o fornecimento de combustíveis alternativos sustentáveis aos diferentes modos de transporte	a partir de 2020
Nova proposta de revisão da Diretiva Transporte Combinado	2021
Revisão da Diretiva Infraestrutura para Combustíveis Alternativos e do Regulamento Rede Transeuropeia de Transportes	2021
Iniciativas para aumentar e gerir melhor a capacidade dos caminhos de ferro e das vias navegáveis interiores	a partir de 2021
Proposta de normas mais rigorosas em matéria de emissões de poluentes atmosféricos dos veículos com motor de combustão	2021
Ecologização da política agrícola comum/estratégia «do prado ao prato»	2
Análise dos projetos de planos estratégicos nacionais, com referência às ambições do Pacto Ecológico Europeu e da estratégia “do prado ao prato”	2020-2021
Estratégia “do prado ao prato” Medidas, incluindo legislativas, destinadas a reduzir significativamente a utilização de fertilizantes, antibióticos e pesticidas químicos, bem como o risco associado a estes últimos	primavera de 2020 2021
Conservação e proteção da biodiversidade	
Estratégia de biodiversidade da UE para 2030	março de 2020
Medidas para fazer face aos principais fatores de perda de biodiversidade	a partir de 2021
Nova estratégia da UE para as florestas	2020
Medidas para apoiar cadeias de valor que não causam desflorestação	a partir de 2020

Rumo a uma ambição de poluição zero por um ambiente livre de substâncias tóxicas	
Estratégia para os produtos químicos num contexto de sustentabilidade	verão de 2020
Plano de ação para a poluição zero na água, no ar e no solo	2021
Revisão das medidas de combate à poluição proveniente de grandes instalações industriais	2021
Integração da sustentabilidade em todas as políticas da UE	
Proposta de um mecanismo para uma transição justa, que inclua um fundo para a transição justa, e de um plano de investimento para uma Europa sustentável	janeiro de 2020
Estratégia renovada de financiamento sustentável	outono de 2020
Revisão da Diretiva Divulgação de Informações Não Financeiras	2020
Iniciativas de avaliação e comparação de práticas orçamentais dos Estados-Membros e da UE benéficas para o ambiente	a partir de 2020
Revisão das orientações pertinentes relativas a auxílios estatais, nomeadamente no domínio do ambiente e da energia	2021
Alinhar todas as novas iniciativas da Comissão com os objetivos do Pacto Ecológico e promover a inovação	a partir de 2020
Identificação e proposta de correção, pelas partes interessadas, de incoerências legislativas que reduzem a eficácia na execução do Pacto Ecológico Europeu	a partir de 2020
Integração dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Semestre Europeu	a partir de 2020
A UE enquanto líder mundial	
A UE deve continuar a liderar as negociações internacionais sobre o clima e a biodiversidade, reforçando ainda mais o quadro político internacional	a partir de 2019
Reforçar a diplomacia ecológica da UE em cooperação com os Estados-Membros	a partir de 2020
Esforços bilaterais para induzir os parceiros a agir e para assegurar a comparabilidade das ações e das políticas	a partir de 2020
Agenda verde para os Balcãs Ocidentais	a partir de 2020

Trabalhar em conjunto — um pacto europeu para o clima	
Lançamento do pacto europeu para o clima	março de 2020
Proposta de um 8.º programa de ação em matéria de ambiente	2020

Retomando agora o estudo da Primeira Lei Climática (ao nível Europeu) – debruçemo-nos, então, sobre a Proposta de Lei que se encontra em discussão.

A importância desta Lei Climática é fundamentada no facto da atmosfera estar a aquecer, com consequências graves para o meio-ambiente e para a sociedade.

O Painel Intergovernamental sobre as Alterações Climáticas estima que, para manter o aumento da temperatura mundial em 1,5 °C em relação à era pré-industrial e limitar as consequências negativas das alterações climáticas, é preciso reduzir rapidamente as emissões mundiais de gases com efeito de estufa de forma a alcançar emissões líquidas nulas de CO² até 2050, e de todos os outros gases com efeito de estufa até uma data posterior no século XXI.

A UE já pôs em prática algumas das leis mais estritas e ambiciosas do mundo em matéria de alterações climáticas e começou a modernizar e a transformar a sua economia em consonância com os seus objetivos nesse domínio. Entre 1990 e 2018, reduziu em 23 % as emissões de gases com efeito de estufa, enquanto a economia cresceu 61 %.

O quadro global da UE em matéria de clima e energia para 2030 permitirá novas reduções das emissões em todos os setores económicos.

No entanto, prevê-se que, em comparação com os níveis de 1990, as atuais políticas apenas permitam reduzir as emissões de gases com efeito de estufa em 60 % até 2050, pelo que há ainda muito por fazer.

Atendendo aos novos dados científicos, aos efeitos negativos cada vez mais evidentes e graves das alterações climáticas e às exigências dos cidadãos para que se atue, é necessário aplicar mais medidas com urgência.

Neste contexto, a Lei Europeia do Clima estabelece a meta ambiciosa de atingir um nível nulo de emissões líquidas de gases com efeito de estufa na UE até 2050, assim como um quadro para alcançar este objetivo de neutralidade climática.

A proposta começa por ser contextualizada em sede das i) razões e objetivos da proposta; da ii) Coerência com as disposições políticas existentes na área de política; e da iii) Coerência com outras políticas da UE.

Em seguida, o documento debruça-se sobre qual a fundamentação legal, a subsidiariedade e a proporcionalidade do documento. De grosso modo, os Artigos 191.º a 193.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE) legitimam as competências da UE em sede das áreas de alterações climáticas. Sendo que a base jurídica para esta proposta é o artigo 192.º, n.º 1, do TFUE.

Em conformidade com os artigos 191.º e o n.º 1 do artigo 192.º do TFUE, a política da União no domínio do ambiente contribuirá para a prossecução dos seguintes objetivos: a preservação, a proteção e a melhoria da qualidade do ambiente, a proteção da saúde das pessoas, a utilização prudente e racional dos recursos naturais e a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente, e designadamente a combater as alterações climáticas.

No que concerne a subsidiariedade as alterações climáticas são, pela sua própria natureza, um desafio transfronteiriço que não pode ser resolvido, somente, por ação nacional ou local por si só.

A ação coordenada da UE pode complementar e reforçar a ação nacional e local.

Por último, a proposta cumpre o princípio da proporcionalidade porque não vai além do que é necessário para estabelecer o quadro para alcançar a neutralidade climática.

Em seguida, são apresentados resultados das consultas às partes interessadas, avaliações de impacto efetuadas, as implicações ao nível orçamental³¹ da UE e dos Estados-membros.

Ao longo dos seus onze artigos, o documento define as principais normas orientadoras para colocar em prática o pretendido pela UE.

A Comissão propõe um objetivo juridicamente vinculativo de neutralidade climática – reduzidos a zero, até 2050³².

As instituições da UE e os Estados-Membros são obrigados a tomar as medidas indispensáveis, a nível nacional e comunitário, para cumprir esse objetivo³³.

³¹ A Comissão apoiará estes objetivos políticos através de instrumentos e financiamentos adequados: i) O Plano de Investimento do Pacto Ecológico Europeu, proposto no início de 2020, permitirá desbloquear pelo menos 1 bilião de euros de investimentos sustentáveis para ajudar a financiar a transição climática ao longo da próxima década. A garantia InvestEU apoiará este plano reduzindo os riscos ligados aos fundos privados; ii) Uma estratégia renovada de financiamento sustentável terá por objetivo reorientar os fluxos de capitais privados para investimentos ecológicos, assegurando a integração dos investimentos sustentáveis em todo o sistema financeiro; iii) O Mecanismo de Transição Justa e o Fundo de Transição Justa conexo, propostos no início de 2020, apoiarão as regiões e os setores mais afetados, assegurando uma transição equitativa que não deixe ninguém para trás. Contribuirá para modernizar e diversificar as economias dessas regiões e setores e atenuar os custos sociais e económicos da transição, *in* Perguntas e respostas sobre a Lei Europeia do Clima e o Pacto Europeu para o Clima:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/QANDA_20_336 [Acedido em 23 de Março de 2020, às 19h58m].

³² Conforme o n.º 1 do Artigo 2.º da proposta.

³³ Conforme o n.º 2 do Artigo 2.º da proposta.

Até junho de 2021, a Comissão analisará e, se necessário, proporá a revisão de todos os instrumentos políticos pertinentes para alcançar uma redução adicional das emissões até 2030³⁴.

Para atingir o objetivo revisto e mais ambicioso para 2030, a Comissão proporá, até junho de 2021, revisões dos seguintes atos e normas: *i*) Diretiva Sistema Europeu de Comércio de Licenças de Emissão (RCLE-UE); *ii*) Regulamento Partilha de Esforços; *iii*) Regulamento Uso do Solo, Alteração do Uso do Solo e Florestas (LULUCF); *iv*) Diretiva Eficiência Energética; *v*) Diretiva Energias Renováveis; *vi*) Normas de desempenho em matéria de emissões de CO₂ dos automóveis de passageiros e veículos comerciais ligeiros.

A Comissão propõe a adoção de uma trajetória à escala da UE para 2030-2050 com vista a reduzir as emissões de gases com efeito de estufa, medir os progressos e proporcionar previsibilidade às autoridades públicas, às empresas e aos cidadãos³⁵.

Os Estados-Membros deverão também desenvolver e aplicar estratégias de adaptação para reforçar a resiliência e reduzir a vulnerabilidade aos efeitos das alterações climáticas³⁶.

Até setembro de 2023 e, posteriormente, de cinco em cinco anos, a Comissão avaliará a coerência das medidas nacionais e das medidas da UE com o objetivo de alcançar a neutralidade climática e com a trajetória para 2030-2050³⁷.

Serão conferidos poderes à Comissão para emitir recomendações aos Estados-Membros cujas ações sejam incompatíveis com o objetivo da

³⁴ Conforme o n.º 4 do Artigo 2.º da proposta.

³⁵ Conforme o n.º 1 do Artigo 3.º da proposta.

³⁶ Conforme o Artigo 4.º da proposta.

³⁷ Conforme o n.º 1 dos Artigos 5.º e 6.º da proposta.

neutralidade climática; os Estados-Membros serão obrigados a ter em devida conta essas recomendações ou explicar o motivo pelo qual o não fizeram³⁸.

A Comissão pode também rever a adequação da trajetória e as medidas a nível da União³⁹.

A proposta estabelece que o documento entre em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da UE⁴⁰.

4. Das Conclusões

O Direito Internacional do Ambiente é um ramo relativamente novo do Direito Internacional, podendo afirmar-se que, nos seus primórdios — do início do século XIX até à década de sessenta do século XX.

No pós-segunda guerra mundial do século XX, assistimos a um desenvolvimento do Direito Internacional Ambiental, que terá principiado, de certa forma, em 1945, com a criação da ONU.

A Resolução n.º 2398 (XXIII), da Assembleia-Geral da ONU, assinada em dezembro de 1968, manifestou a sua inquietação no tocante às repercussões das mudanças súbitas do meio sobre a condição do Homem, o seu bem-estar físico, mental, social e a possibilidade que lhe é dada de usufruir dos seus direitos fundamentais.

Em 1972, acontece a Conferência de Estocolmo, evento que para muitos determina a origem oficial desta nova realidade para o Direito.

Em junho de 1992, ocorreu a Conferência da Terra ou Eco 1992 —, que decorreu no Brasil, mais concretamente na cidade do Rio de Janeiro.

³⁸ Conforme o n.º 2 e n.º 3 do Artigo 6.º da proposta.

³⁹ Conforme o Artigo 7.º da proposta.

⁴⁰ Conforme o Artigo 11.º da proposta.

Esta conferência marcou o início de um metamorfismo na forma como os Estados começam a observar a sua própria conduta e uma autoconsciencialização, em especial para as gerações vindouras.

A proteção ambiental enquanto tarefa partilhada entre entidades públicas e privadas traduz-se, do ponto de vista do sujeito, numa dimensão impositiva - o dever de proteger o ambiente, e em dimensões procedimentais e processuais.

Este dever, deve ser geral e abstrato, atento que deve ser partilhado por tudo e por todos – em sede de defesa do meio ambiente.

O interesse de facto de fruição de bens coletivos, para além de um *status fruenti*, que obedece a regras de gestão racional, é também um *status activae processualis*.

Ora, conforme mencionado, as alterações climáticas, produzem consequências adversas para a sociedade em geral, as quais afetam de maneira generalizada todas as nações.

Em 22 de novembro de 2016, a Comissão Europeia apresentou a sua abordagem no sentido de aplicar a Agenda 2030 da ONU, o demonstrou alinhamento e adesão a esta importante iniciativa, por parte da UE.

Essencialmente, a UE propôs-se concretizar os dezassete objetivos de desenvolvimento sustentável, defendidos pela ONU. Estes dezassete objetivos são os pilares de sustentação da nova política da UE, de modo a combater um dos principais flagelos que assola todos os Estados.

Em 2019, na Holanda, assistiu-se a uma decisão que ficará na história como a primeira em que um tribunal supremo de um Estado.

O Supremo Tribunal dos Países Baixos, confirmando a decisão do Tribunal de Recurso, decidiu no sentido do Governo Holandês que este implementasse, até final de 2020, uma redução de emissões de gases com efeito de estufa, de pelo menos 25% em relação aos níveis de 1990.

Reconhecida como a primeira ação judicial de responsabilização climática do mundo, esta decisão estabeleceu um precedente que, desde então, inspirou outras ações legais por todo o globo.

Em 2015, nos Estados Unidos da América, vinte e um indivíduos representados pela organização sem fins lucrativos *Our Children's Trust*, apresentaram uma ação num Tribunal do Estado do Oregão exigindo que o governo federal dos Estados Unidos reduzisse significativamente as emissões de CO².

Em 5 de abril de 2018, o Supremo Tribunal da Colômbia decidiu a favor de vinte e cinco indivíduos que processaram o governo colombiano por não verem ser garantidos os direitos fundamentais à vida e ao meio ambiente.

Ao nível da UE, em Maio de 2018, o primeiro grande litígio – o *People's Climate Case*, foi desencadeado por dez famílias de oito países – Portugal, França, Romênia, Itália, Alemanha, Suécia, Quênia e Ilhas Fiji.

Os reclamantes apresentaram no Tribunal de Justiça da UE uma queixa contra o Parlamento Europeu e o Conselho da UE por ter possibilitado um nível elevado de emissões de gases com efeito de estufa.

Os reclamantes requereram a redução imediata das emissões dos gases de efeito estufa em 55% até 2030 - em comparação aos níveis registados em 1990, em vez da meta inicial de 40%.

Em maio de 2019, o Tribunal de Justiça da UE indeferiu o caso por questões meramente processuais. Este Tribunal embora reconhecendo que a mudança climática afeta todos os cidadãos europeus, decidiu no sentido de que os demandantes não tinham legitimidade para recorrer à justiça para contestar a meta climática da UE definida para 2030.

A UE encontra-se a preparar a Primeira Lei Climática – tendo sido a Proposta de Lei apresentada em 04 de março de 2020.

Depois de aprovada pelos eurodeputados e pelos Estados-membros, este será o primeiro grande compromisso europeu no sentido de garantir a neutralidade climática da UE em 2050.

Esta Lei faz parte do chamado Pacto Ecológico Europeu o qual foi objeto de comunicação por parte da Comissão, no passado dia 11 de dezembro de 2019.

O *The European Green Deal*, apresentou 50 medidas identificando ações concretas e exequíveis.

A importância desta Lei Climática é fundamentada no facto da atmosfera estar a aquecer, com consequências graves para o meio-ambiente e para a sociedade.

A Lei Europeia do Clima estabelece a meta ambiciosa de atingir um nível nulo de emissões líquidas de gases com efeito de estufa na UE até 2050, assim como um quadro para alcançar este objetivo de neutralidade climática.

O documento debruça-se sobre qual a fundamentação legal, a subsidiariedade e a proporcionalidade do documento. De grosso modo, os Artigos 191.º a 193.º do TFUE legitimam as competências da UE em sede das áreas de alterações climáticas.

Sendo que a base jurídica para esta proposta é o artigo 192.º, n.º 1, do TFUE.

Em conformidade com os artigos 191.º e o n.º 1 do artigo 192.º do TFUE, a política da União no domínio do ambiente contribuirá para a prossecução dos seguintes objetivos: a preservação, a proteção e a melhoria da qualidade do ambiente, a proteção da saúde das pessoas, a utilização prudente e racional dos recursos naturais e a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente, e designadamente a combater as alterações climáticas.

Ao longo dos seus onze artigos, o documento define as principais normas orientadoras para colocar em prática o pretendido pela UE.

A Comissão propõe um objetivo juridicamente vinculativo de neutralidade climática – reduzidos a zero, até 2050.

As instituições da UE e os Estados-Membros são obrigados a tomar as medidas indispensáveis, a nível nacional e comunitário, para cumprir esse objetivo.

Até junho de 2021, a Comissão analisará e, se necessário, proporá a revisão de todos os instrumentos políticos pertinentes para alcançar uma redução adicional das emissões até 2030.

Para atingir o objetivo revisto e mais ambicioso para 2030, a Comissão proporá, até junho de 2021, revisões dos seguintes atos e normas: *i*) Diretiva Sistema Europeu de Comércio de Licenças de Emissão (RCLE-UE); *ii*) Regulamento Partilha de Esforços; *iii*) Regulamento Uso do Solo, Alteração do Uso do Solo e Florestas (LULUCF); *iv*) Diretiva Eficiência Energética; *v*) Diretiva Energias Renováveis; *vi*) Normas de desempenho em matéria de emissões de CO₂ dos automóveis de passageiros e veículos comerciais ligeiros.

A Comissão propõe a adoção de uma trajetória à escala da UE para 2030-2050 com vista a reduzir as emissões de gases com efeito de estufa, medir os progressos e proporcionar previsibilidade às autoridades públicas, às empresas e aos cidadãos.

Os Estados-Membros deverão também desenvolver e aplicar estratégias de adaptação para reforçar a resiliência e reduzir a vulnerabilidade aos efeitos das alterações climáticas.

Até setembro de 2023 e, posteriormente, de cinco em cinco anos, a Comissão avaliará a coerência das medidas nacionais e das medidas da UE com o objetivo de alcançar a neutralidade climática e com a trajetória para 2030-2050.

Serão conferidos poderes à Comissão para emitir recomendações aos Estados-Membros cujas ações sejam incompatíveis com o objetivo da

neutralidade climática; os Estados-Membros serão obrigados a ter em devida conta essas recomendações ou explicar o motivo pelo qual o não fizeram.

Em conclusão, ao nível europeu são meritórios os esforços que estão a ser envidados pela Comissão Europeia e pelos Estados-Membros, no sentido de cumprir com as metas traçadas.

Sem prejuízo de no nosso entendimento, deverem ter sido tomadas medidas que visassem proteger o meio-ambiente, de forma mais atempada – ou seja, as entidades deviam ter “despertado” para a necessidade de salvaguardar este bem essencial para o Homem muito antes, são, agora, tomadas medidas que visam mitigar o avanço das alterações climáticas, o que se verifica com apazimento.

Bibliografia

- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Introdução ao Direito Comparado*, 2ª Ed., Almedina, Coimbra
- ANDRADE, MANUEL, *Teoria Geral das Obrigações*, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 1963
- ANTUNES, TIAGO, *Pelos Caminhos Jurídicos do Ambiente – Verdes Textos I*, AAFDL Editora, Lisboa, 2014
- BIRNIE, PATRÍCIA, e BOYLE, ALAN, *International Law & the Environment*, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford, 2002.
- CAMPOS, JOÃO MOTA DE e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12ª Ed., Almedina, Coimbra, 2011
- GOMES, CARLA AMADO, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 4ª Edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2018
- GOMES, CARLA AMADO, *Textos Dispersos do Direito do Ambiente – III Volume*, AAFDL Editora, Lisboa, 2013
- GOMES, CARLA AMADO, *Textos Dispersos do Direito do Ambiente – IV Volume*, AAFDL Editora, Lisboa, 2014
- HOLLO ERKKI J.; KULOVESI, KATI; MEHLING, MICHAEL, *Climate Change and the Law*, Springer, New York, 2013.). Disponível em https://books.google.pt/books?id=oJAH17vc-2EC&printsec=frontcover&hl=pt-PT&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- KLAMERT, MARCUS, *Judicial Implementation of Directives and Anticipatory Indirect Effect: Connecting Dots*, CMLR, 43, 2006
- MARTINS, ANA MARIA GUERRA, *Manual de Direito da UE*, Almedina, Coimbra, 2012
- MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, 3ª ed., Coimbra, 2000.
- OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011

- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO E PAULA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2005
- QUADROS, FAUSTO DE, *Direito da União Europeia*, Reimpressão da 3.ª Edição de 2013, Almedina, Coimbra, 2018
- QUADROS, FAUSTO DE, Dusan Sidjanski, *The Future of Europe*, AAFDL Editora, 2017
- QUADROS, FAUSTO DE, *Direito Comunitário I*, Almedina, Coimbra, 2000.
- QUADROS, FAUSTO DE, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1995
- QUADROS, FAUSTO DE, *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público - Contributo para o Estudo da Natureza Jurídica do Direito Comunitário Europeu*, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 2018
- Oberthur, Sebastian, Ott, Hermann E., *The Kyoto Protocol – International Climate Policy for the 21st Century*, Springer, Berlin, 1999. Disponível em https://books.google.pt/books?hl=pt-PT&lr=&id=-qp7Wt9GvccC&oi=fnd&pg=PA1&dq=International+Climate+Change+Law+germany&ots=ZHKMhw4LID&sig=VG1LpPd6V6eYhSUG2lWQ9yr3g5M&redir_esc=y#v=onepage&q=International%20Climate%20Change%20Law%20germany&f=false
- PEREIRA, ANDRÉ GONÇALVES e QUADROS, FAUSTO, *Manual de Direito Internacional Público*, Reimpressão da 3.ª Edição, Revista e Aumentada, Almedina, Coimbra, 2015
- SABINO, CASSESE, *Lo Spazio Giuridico Globale*, Volume 343 de Libre del tempo, Laterza, 2003
- SABINO, CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto: un giurista e il suo tempo*, Il mulino, 2008
- SOARES, ALBINO DE AZEVEDO, *Lições de Direito Internacional Público*, Coimbra, 1996
- SOHN, LOUIS, *The Stockholm Declaration on the Human Environment*, in Harvard International Law Journal, Vol 14, Number 3, Summer, 1973, pp. 423 ss.
- SUNKIN, MAURICE, ONG, DAVID E WIGHT, ROBERT, *Sourcebook on Environmental Law*, 2nd ed., Cavendish Publishing, London, 2002.
- MARTINS, ANA MARIA GUERRA, *Estudos de Direito Internacional e da União Europeia/Essays on International and European Union Law*, Almedina, Coimbra, 2019

VANDERHEIDEN STEVE, *Environmental Rights*, 1st Edition, Routhledge, London, 2012
(ebook: 2017). Disponível em
<https://www.taylorfrancis.com/books/e/9781315094427>

VICENTE, DÁRIO MOURA, *Direito Comparado*, Almedina, Coimbra, 2008

ZWEIGERT, KONRAD E HEIN KOTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3^a Ed.,
Oxford University Press, Oxford, 1988

A mudança de paradigma no que tange à isenção de IVA das consultas de nutrição inseridas em ginásios

—

As principais questões colocadas ao Centro de Arbitragem
Administrativa e Tributária (CAAD),
e afirmação do princípio do Primado

Rita Vieira Pires

Mestre em Direito Fiscal

Assessor jurídico na APHORT

Associação Portuguesa de Hotelaria Restauração e Turismo



RESUMO

O presente artigo ocupa-se do tratamento fiscal em sede de IVA a dar às consultas de nutrição quando prestadas em ginásios.

Expõe ainda os contributos oferecidos pela jurisprudência comunitária sobre esta temática, bem como o levantamento das questões mais pertinentes colocadas ao Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária, doravante designado por CAAD.

Analisa igualmente os argumentos trazidos pelo mais recente Acórdão sobre esta matéria, concretamente o caso FRENETIKEXITO – Processo C-581/19-1 de 4 de Março de 2021.

PALAVRAS-CHAVE

IVA – Consultas de nutrição - Isenção

ABSTRACT

This article deals with the VAT tax treatment to be given to nutrition consultations when provided in gyms.

It also presents the contributions offered by EU jurisprudence on this subject, as well as a survey of the most pertinent questions asked to the Administrative and Tax Arbitration Center, hereafter referred to as CAAD.

It also analyzes the arguments brought by the most recent Ruling on this matter, specifically the case of FRENETIKEXITO - Case C-581/19-1 of March 4, 2021.

KEY-WORDS

IVA – Nutrition consultations – exemption.

1. Introdução

O presente estudo debruça-se sobre o tratamento fiscal enquadrável às consultas de nutrição, quando prestadas em estabelecimentos como ginásios ou Heath clubs.

A pertinência do assunto ora em análise, radica no facto de se tratar de um tema que tem sido alvo de discussão controversa, quer no plano nacional, onde se destaca a jurisprudência sob a égide do CAAD, quer no seio da jurisprudência comunitária, travando o caso FRENETIKEXITO – Processo C-581/19, de 4 de Março de 2021, uma mudança de paradigma.

Ocupa-se o tema de tratar sobre a aplicabilidade da isenção do IVA constante do nº 1 do art. 9.º do CIVA, ao aconselhamento nutricional/consultas de nutrição, ainda que prestadas em ginásios.

2. O quadro normativo

Visitando o quadro legal aplicável, dispõe o número 1 do artigo 9.º do CIVA:

“Estão isentas do imposto: As prestações de serviços efetuadas no exercício das profissões de médico, odontologista, psicólogo, parteiro, enfermeiro e outras profissões paramédicas;”

Com efeito, importa considerar que tipo de atividades se enquadram no conceito de profissões paramédicas, cuja solução nos remete para o Decreto-Lei nº 261/93, de 24 de julho. Assim determinam os números 1 e 3 do artigo 1.º do referido diploma:

“Âmbito

1-O presente diploma regula o exercício das atividades profissionais de saúde, adiante designadas por atividades paramédicas, que compreendem a utilização de técnicas de base científica com fins de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento da doença, ou de reabilitação. (...)

3-As actividades paramédicas a que se refere o nº 1 são as constantes da lista anexa ao presente diploma, do qual faz parte integrante.”

Importa notar, que o anexo ao presente decreto, indica no número 5 o seguinte:

“Dietética: aplicação de conhecimentos de nutrição e dietética na saúde na saúde em geral e na educação de grupos e indivíduos, quer em situação de bem-estar quer na doença, designadamente no domínio da promoção e tratamento e da gestão de recursos alimentares”.

Por isso, os serviços de nutrição, ou a nutrição propriamente dita, encontra acolhimento legal no conceito da dietética.

A este propósito, cabe ainda referir que a legislação nacional não deixa de traduzir em matéria de isenção de IVA, o estipulado na Diretiva 2006/112/CE do conselho de 28 de novembro de 2006 relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado (Diretiva IVA), prevendo o artigo 131.º:

“As isenções previstas nos Capítulos 2 a 9 aplicam-se sem prejuízo de outras disposições comunitárias e nas condições fixadas pelos Estados-Membros a fim de assegurar a aplicação correcta e simples das referidas isenções e de evitar qualquer possível fraude, evasão ou abuso.”

Sendo que o artigo 132.º, inserto no Capítulo 2 sob a epígrafe: Isenções em benefício de certas actividades de interesse geral prescreve o seguinte:

“(…)1- Os Estados-Membros isentam as seguintes operações:

b) A hospitalização e a assistência médica, e bem assim as operações com elas estreitamente relacionadas, asseguradas por organismos de direito público ou, em condições sociais análogas às que vigoram para estes últimos, por estabelecimentos hospitalares, centros de assistência médica e de diagnóstico e outros estabelecimentos da mesma natureza devidamente reconhecidos;

c) As prestações de serviços de assistência efectuadas no âmbito do exercício de profissões médicas e paramédicas, tal como definidas pelo Estado-Membro em causa.” (sublinhado nosso) (...)

A este propósito, importa notar, que a Diretiva IVA veio esclarecer qual o âmbito de aplicação constante do artigo 132.º em matéria de isenções, prevendo o preenchimento de dois requisitos:

1) Prestações de serviços de assistência médica;

2) No exercício de profissões médicas e paramédicas definidas de acordo com a legislação de cada estado-membro.

Aqui chegados, parece-nos que a conjugação dos elementos supramencionados, seria suficiente para determinar a aplicabilidade da isenção prevista no nº1 do artigo 9.º do CIVA às consultas de nutrição.

Não obstante, e como adiante se patenteará, a simplicidade da questão ora em crise, é meramente aparente.

3. Questões concretas colocada em sede arbitral: CAAD

Convêm assinalar que na grande maioria dos casos estudados, onde destacamos as: Decisões: 504/2018T (22 de julho de 2019), 159/2019T (5 de Novembro de 2019), 179/2020T (29 de Janeiro de 2021), 408/2020T (21 de Maio de 2021), 152/2020T (18 de Junho de 2021), 335/2020T (31 de Agosto de 2021), a questão central a decidir, e no que aqui releva, resume-se a:

— Aferir da aplicabilidade da isenção prevista no nº1 do artigo 9.º do CIVA, às consultas de nutrição quando inseridas nos ginásios ou Health Clubs, analisando o carácter único da prestação, ou ao invés, aferir se, se trata de uma prestação distinta e independente da prática desportiva, bem como da sua finalidade terapêutica.

A reflexão a que nos propomos, radica não na análise do argumentário tecido em cada uma das decisões mencionadas, mas na mudança de paradigma, a nosso ver, traçada com a decisão proferida em sede de reenvio prejudicial, a propósito da Decisão 504/2018T, que culminou no Acórdão do Tribunal de Justiça da EU: FRENETIKEXITO de 4 de Março de 2021, Processo C-581/19-1.

Acontece que, e com o revés a nosso ver, dada a posição afirmada no caso FRENETIKEXITO, de 4 de Março de 2021, a nossa principal preocupação, centra-se no enquadramento a seguir em questões futuras colocadas ao CAAD, bem como na afirmação “cega” do princípio do primado, enquanto

supremacia do direito europeu sobre o direito nacional, que abordaremos mais adiante.

4. Contributos da jurisprudência europeia no enquadramento dos serviços de nutrição.

Neste âmbito, e percorrendo uma seleção de jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, observa-se que, em muito tem contribuído para a formação e convicção das decisões que têm sido proferidas, concretamente em sede arbitral.

Neste contexto, e analisando o conceito de assistência médica, destacamos o Acórdão Dornier, Processo C- 45/01 de 6 de Novembro de 2003, onde se sublinha o seguinte arresto:

(...) “A Comissão considera igualmente que o conceito de «assistência médica» deve ser entendido em sentido amplo e que não está limitado às actividades médicas propriamente ditas. Em seu entender, as disposições do artigo 13.º, A, n.º 1, alíneas b) e c), visam uniformemente as prestações de cuidados às pessoas na acepção de «prestações médicas relativas à saúde das pessoas», em conformidade com a definição fornecida pelo Tribunal de Justiça nos n.os 17 e 18 do seu acórdão D., já referido.”

*(...) “Decorre das considerações anteriores que a expressão «assistência médica» que figura no artigo 13.º, A, n.º 1, alínea b), da Sexta Directiva deve ser interpretada no sentido de que abrange a totalidade das prestações de serviços de assistência previstas no mesmo número, alínea c), designadamente as prestações efectuadas por pessoas que, não tendo a qualidade de médico, realizam prestações paramédicas como os tratamentos psicoterápicos prestados por psicólogos diplomados.
(...).*

Ainda em torno deste conceito, ressalva-se o Caso do Acórdão Future Health Technologies Ltd contra The Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs, Processo C-86/09, que aponta que as práticas médicas que não visem diagnosticar, tratar ou curar doenças ou anomalias de saúde,

não cabem no conceito de hospitalização e assistência médica, para efeitos de aplicação do artigo 132º n.º 1 alínea b) da Directiva IVA¹.

Julga-se assim pertinente, e neste ponto, ilustrar que o Acórdão Comissão/ França, Processo C-76/99, de 11 de Janeiro de 2001, esclarece:

“(…) Por outro lado, impõe-se concluir que o artigo 13.º, A, n.º 1, alínea b), da Sexta Directiva não contém qualquer definição da noção de operações «estritamente conexas» com a hospitalização ou a assistência médica.

Como salientou o advogado-geral no n.º 23 das suas conclusões, esta noção não reclama, porém, uma interpretação particularmente restritiva na medida em que a isenção das operações estreitamente conexas com a hospitalização ou a assistência médica se destina a garantir que o benefício destas não se torna inacessível em razão do acréscimo de custos que resultaria se elas próprias, ou as operações com elas estreitamente conexas, fossem sujeitas a IVA. (…)”.

No mesmo sentido, e como bem nota o Acórdão L.u.P. GmbH contra Finanzamt Bochum- Mitte, Processo C-106/05:

“(…) A esse propósito, deve recordar-se que, se bem que a «assistência médica» e as «prestações de serviços de assistência» pessoal devam ter uma finalidade terapêutica, daí não resulta necessariamente que a finalidade terapêutica de uma prestação deva ser compreendida numa acepção particularmente restrita. Tal como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, as prestações médicas efectuadas para fins de prevenção podem beneficiar de uma isenção a título do disposto no artigo 13.º, A, n.º 1, alínea c), da Sexta Directiva. Com efeito, mesmo nos casos em que se afigure que as pessoas que são objecto de exames ou de outras intervenções médicas de carácter preventivo não sofrem de qualquer doença ou anomalia de saúde, a inclusão das referidas prestações nos conceitos de «assistência médica» e de «prestações de serviços de

¹ Vide, nº 2 do Acórdão Future Health Technologies Ltd Contra The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Processo C-86/09.

assistência» pessoal é conforme ao objectivo de redução do custo dos cuidados de saúde, que é comum tanto à isenção prevista no artigo 13.º, A, n.º 1, alínea b), da Sexta Directiva como à prevista no mesmo número, alínea c). Portanto, as prestações médicas efectuadas com a finalidade de proteger, incluindo manter ou restabelecer, a saúde das pessoas beneficiam da isenção prevista no artigo 13.º, A, n.º 1, alíneas b) e c), da referida directiva (v., neste sentido, acórdãos de 20 de Novembro de 2003, Unterpertinger, C-212/01, Colect., p. I-13859, n.os 40 e 41, bem como D'Ambrumenil e Dispute Resolution Services, já referido, n.os 58 e 59).

Assim, e aproveitando os contributos da jurisprudência comunitária, também no Acórdão Margarete Unterpertinger e Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter, Processo C-212/01, de 20 de Novembro de 2003, a isenção de IVA é aplicada:

(...) “as prestações médicas efectuadas com objectivo diferente do de proteger, incluindo o de manter ou restabelecer, a saúde das pessoas, não podem, de acordo com essa mesma jurisprudência, beneficiar da isenção prevista no artigo 13.º, A, n.º 1, alínea c), da Sexta Directiva. Importa observar que, atenta a sua finalidade, a sujeição dessas prestações ao IVA não é contrária ao objectivo de reduzir o custo dos cuidados de saúde e de tornar estes últimos mais acessíveis aos particulares.”

Como se constata dos recortes da jurisprudência da UE acabada de explanar, entendemos que para a aplicação da isenção de IVA ao aconselhamento nutricional prestado em ginásios, torna-se necessário a reunião de vários elementos.

Ora, notando que a nutrição enquanto prestação de assistência médica no exercício da atividade paramédica, assegure a finalidade terapêutica, de proteger, incluindo manter ou restabelecer, a saúde das pessoas, pode beneficiar da isenção prevista no artigo 132.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 2006/112.

Na mesma linha, e sobre a aplicabilidade da isenção de IVA, concretamente sobre o enquadramento a dar à prestação de consultas de

nutrição em ginásios, o Acórdão LEVOB VERZEKERINGEN E OV BANK ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA 27 de Outubro de 2005, processo C-41/04, dá-nos algumas pistas importantes:

“(…) Como decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça, quando uma operação é constituída por um conjunto de elementos e de actos, devem tornar-se em consideração todas as circunstâncias em que se desenvolve a operação em questão, para se determinar, por um lado, se se está na presença de duas ou mais prestações distintas ou de uma prestação única, e, por outro, se, neste último caso, esta prestação única deve ser qualificada de prestação de serviços (v., neste sentido, acórdãos de 2 de Maio de 1996, Faaborg-Gelting Linien, C-231/94, Colect., p. I-2395, n.os 12 a 14, e CPP, já referido, n.os 28 e 29). Tendo em atenção a dupla circunstância de que, por um lado, do artigo 2.º, n.º 1, da Sexta Directiva decorre que cada operação deve normalmente ser considerada distinta e independente e que, por outro, a operação constituída por uma única prestação no plano económico não deve ser artificialmente decomposta para não alterar a funcionalidade do sistema do IVA, importa assim, em primeiro lugar, procurar encontrar os elementos característicos da operação em causa para determinar se o sujeito passivo fornece ao consumidor, entendido como um consumidor médio, diversas prestações principais distintas ou uma prestação única (v., por analogia, acórdão CPP, já referido, n.º 29).

A este propósito, o Tribunal já declarou que se está na presença de uma prestação única, designadamente no caso em que um ou vários elementos devem ser considerados a prestação principal, ao passo que, inversamente, um ou vários elementos devem ser considerados prestações acessórias que partilham do tratamento fiscal da prestação principal (acórdão CPP, já referido, n.º 30, e de 15 de Maio de 2001, Primback, C-34/99, Colect, p. I-3833, n.º 45).

O mesmo se passa quando dois ou vários elementos ou actos fornecidos pelo sujeito passivo ao consumidor, entendido como consumidor médio, estão tão estreitamente conexionados que formam, objectivamente,

uma única prestação económica indissociável cuja decomposição teria natureza artificial. No quadro da cooperação instituída por força do artigo 234.º CE, é certo que incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais determinar se é isso o que concretamente se verifica e proceder, a esse respeito, a todas as apreciações factuais definitivas que se imponham. Todavia, cabe ao Tribunal de Justiça fornecer aos referidos órgãos jurisdicionais todos os elementos de interpretação do direito comunitário que possam ser úteis para a decisão do processo que lhes foi submetido”. (sublinhado nosso).

É precisamente sobre este extrato, que nos apraz tecer várias considerações.

A verdade é que entendemos, que a posição que melhor se coaduna com a hermenêutica até aqui exposta em sede de jurisprudência comunitária, é aquela que encontra a razão justificante na aplicabilidade da isenção do IVA às consultas de nutrição prestadas em ginásios.

A nosso ver, e no que respeita à assistência médica, não nos podemos olvidar que a nutrição tem vindo a ser uma área da medicina direcionada para a melhoria da saúde no plano alimentar, tendo claramente o objetivo de a melhorar e contribuir para a saúde humana.

Até porque, trata-se de uma especialidade médica reconhecida pela respetiva ordem dos nutricionistas², que tem uma importância fulcral, particularmente na sociedade em que nos inserimos, designadamente na prevenção e aparecimento de determinadas doenças associadas às más práticas alimentares, como: diabetes, hipertensão, obesidade adulta e infantil.

Por outro lado, cremos que apenas verificado o caso concreto, e atendendo a toda a factualidade subjacente ao caso a decidir, será sempre o juiz nacional, que perante as razões objetivas, conseguirá determinar sobre o carácter da prestação em causa.

² Vide, Regulamento de Inscrição na Ordem dos Nutricionistas, nº308/2016, de 15 de março, publicado no Diário da República, 2ª série, nº 58 de 23 de março.

No mais, e no que concerne à questão da acessoriedade da prestação de serviços de aconselhamento nutricional, em relação à prática desportiva, também aqui nos parece lógico, e acompanhando os considerandos que talhamos da jurisprudência europeia, que desde que “não constitua para a clientela um fim em si, mas um meio de beneficiar nas melhores condições do serviço principal do prestador, as consultas de nutrição ainda que prestadas em centros de bem-estar ou ginásios, desde que prestadas por profissionais habilitados, gozam da isenção de IVA³.

5. Mudança de Paradigma, e afirmação do Princípio do Primado

Em relação ao Acórdão “novidade” que temos vindo a enunciar, e que trava a tal viragem no entendimento que expusemos, foram colocadas as seguintes questões:

“(...) 1) Nas hipóteses em que, como sucede nos autos, uma sociedade;

a) se dedica, a título principal, a atividades de manutenção e bem-estar físico e, a título secundário, a atividades de saúde humana, entre elas nutrição, consultas de nutrição e de avaliação física, bem como realização de massagens;

b) disponibiliza aos seus clientes planos que incluem apenas serviços de fitness e planos que incluem serviços de fitness e nutrição, deverá, para efeito do disposto no artigo 2.º, n.º 1, [alínea c), da Diretiva [2006/112], considerar-se que a atividade de saúde humana, designadamente nutrição, é acessória da atividade de manutenção e bem-estar físico, devendo, assim, ter a prestação acessória o mesmo tratamento fiscal da prestação principal ou deverá considerar-se, ao invés, que a atividade de saúde humana, designadamente nutrição, e atividade de manutenção e bem-estar físico são independentes e autónomas entre si,

³ Cfr., Neste sentido, ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção) 25 de Fevereiro de 1999, n.º 30; (acórdão de 22 de Outubro de 1998, Madgett e Baldwin, C-308/96 e C-94/97, Colect., p. 1-6229, n.º 24).

devendo ser-lhes aplicável o tratamento fiscal previsto para cada uma dessas atividades?

2) A aplicação da isenção prevista no artigo 132.º, n.º 1, [alínea] c), da Diretiva [2006/112] pressupõe que os serviços aí consignados sejam efetivamente prestados ou a mera disponibilização dos mesmos, de forma a que a sua utilização esteja unicamente dependente da vontade do cliente, é suficiente para aplicação desta isenção?»

Importa pois, reter, e na questão que aqui realça, que o TJUE entendeu, (a nosso ver com algumas incongruências) o que a seguir se transcreve:

“(…) Assim, as prestações de natureza médica ou paramédica efetuadas com a finalidade de proteger, incluindo manter ou restabelecer, a saúde das pessoas, podem beneficiar da isenção prevista no artigo 132.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2006/112 [Acórdão de 5 de março de 2020, X (Isenção de IVA para as consultas telefónicas), C-48/19, EU:C:2020:169, n.º 29 e jurisprudência referida].

A isenção prevista no artigo 132.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2006/112 pressupõe, portanto, que estejam preenchidos dois requisitos, o primeiro, relativo à finalidade da prestação em causa, conforme recordada nos n.os 24 a 26 do presente acórdão, e, o segundo, relativo ao facto de essa prestação ocorrer no âmbito do exercício das profissões médicas e paramédicas, tal como definidas pelo Estado-Membro em causa.

Quanto a este segundo requisito, importa determinar, como salientam o Governo português e a Comissão, se um serviço de acompanhamento nutricional, como o que está em causa no processo principal, prestado por um profissional certificado e habilitado para esse efeito em instituições desportivas e eventualmente no âmbito de planos que incluem igualmente serviços de manutenção e bem-estar físico, é definido, pelo direito do Estado-Membro em causa (Acórdão de 27 de junho de 2019, Belgisch Syndicaat van Chiropraxie e o., C-597/17, EU:C:2019:544, n.º 23 e jurisprudência referida), como sendo prestado no exercício de uma profissão médica ou paramédica. Resulta dos elementos constantes da

decisão de reenvio, esclarecidos pelas observações do Governo português, que o serviço em questão era prestado por uma pessoa dotada de uma qualificação profissional que a habilita a efetuar atividades paramédicas como definidas pelo Estado-Membro em causa, o que caberá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

Admitindo que seja esse o caso, há que atender à finalidade de uma prestação como a que está em causa no processo principal, o que corresponde ao primeiro requisito estabelecido no artigo 132.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2006/112. A este respeito, importa ter em consideração, para examinar essa finalidade, que as isenções previstas no artigo 132.º desta diretiva se inserem no capítulo 2, sob a epígrafe «Isenções em benefício de certas atividades de interesse geral», do título IX da referida diretiva. Assim, uma atividade não pode ser isenta, por derrogação ao princípio geral segundo o qual o IVA é cobrado sobre qualquer prestação de serviços efetuada a título oneroso por um sujeito passivo (Acórdãos de 21 de março de 2013, PFC Clinic, C-91/12, EU:C:2013:198, n.º 23, e de 21 de setembro de 2017, Comissão/Alemanha, C-616/15, EU:C:2017:721, n.º 49), se não cumprir a finalidade de interesse geral, comum ao conjunto das isenções previstas nesse artigo 132.º

A este respeito, é pacífico que um serviço de acompanhamento nutricional prestado no âmbito de uma instituição desportiva pode, a médio e a longo prazo ou considerado em termos amplos, ser um instrumento de prevenção de certas doenças, como a obesidade.

Todavia, cumpre notar que o mesmo se aplica à própria prática desportiva, cujo papel é reconhecido, a título de exemplo, para limitar a ocorrência de doenças cardiovasculares. Tal serviço apresenta, portanto, em princípio, uma finalidade sanitária, mas não, ou não necessariamente, uma finalidade terapêutica.

Por conseguinte, na falta de indicação de que é prestado para fins de prevenção, diagnóstico, tratamento de uma doença e regeneração da saúde, e, portanto, com uma finalidade terapêutica, na aceção da jurisprudência referida nos n.os 24 e 26 do presente acórdão, o que incumbe

ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, um serviço de acompanhamento nutricional, como o prestado no processo principal, não preenche o critério da atividade de interesse geral comum a todas as isenções previstas no artigo 132.º da Diretiva 2006/112 e, por conseguinte, não é abrangido pela isenção prevista no artigo 132.º, n.º 1, alínea c), desta diretiva, de modo que está, em princípio, sujeito a IVA. (...)”.

Ora, de acordo com este Acórdão, é nítido que ao mesmo tempo que o TJUE reconhece a importância do nutricionismo enquanto atividade conexas com a prática desportiva, pois ambos visam um objetivo comum: prevenção de doenças, e manutenção do estado de saúde (contribuindo para um estilo de vida saudável), por outro lado, é o mesmo que afirma que faltando a indicação de que as consultas de nutrição são prestadas com a finalidade de prevenção, diagnóstico, ou tratamento, a tal finalidade terapêutica, saem fora do âmbito de aplicação da isenção de IVA prevista no nº1 do artigo 9.º

E completa, ao ir mais longe, indicando que se trata de uma finalidade sanitária e não terapêutica.

Aqui chegados, tal leva-nos a repensar o que é considerado pelo TJUE uma finalidade sanitária?

Parece-nos, e salvo o devido respeito, que o TJUE utilizou uma expressão “aparentemente” diferente, com o propósito de excluir da isenção de IVA as consultas de nutrição, quando prestadas em ginásios sem grandes considerandos.

Até porque, e atendendo ao próprio vocábulo “sanitária”, conduz-nos a incluir nesta expressão, práticas que visem a assegurar a prevenção, e proteção de questões de saúde.

Não obstante o nosso humilde reparo, deparamo-nos, por ora, com outra questão: qual o tratamento fiscal a dar a eventuais pedidos de pronúncia arbitral sobre a mesma temática, atendendo à fundamentação que decorre do suprarreferido Acórdão? Estaremos perante uma afirmação do princípio do primado do Direito da União?

5.1 Princípio do Primado

Como nota introdutória, convém assinalar, que da asserção quanto ao Princípio do primado do Direito da União Europeia, tem-se extraído o sentido, que perante um caso discrepante entre o direito nacional, e o direito da União, prevalecerão as disposições previstas no ordenamento comunitário.

A verdade é que, é esse o sentido do previsto no artigo 8.º da Lei Fundamental, onde se realça a necessidade de conformação do Direito nacional com o Direito da União, concretamente no n.º 4 do referido artigo, e que se transcreve:

“As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

Ora, é consensualmente reconhecido, que o princípio do primado do Direito da União Europeia, serve de linha orientada na formação das decisões nacionais, auxiliando na interpretação de normas que aparentemente são causadoras de casos dúbios quanto à matéria decidenda.

Assim, e à luz do que vem a ser a jurisprudência neste âmbito, destacamos o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 16-11-2012, processo 00278/09.4BEPNF:

“ Conforme vem sendo reiteradamente afirmado pelo TJUE do primado do Direito da União sobre o Direito nacional decorre a recusa de aplicação do direito nacional incompatível com o direito da UE, a supressão ou reparação das consequências de um ato nacional contrário ao direito da União e a obrigação dos Estados-membros o fazerem respeitar, o princípio do efeito direto das normas europeias, o princípio da interpretação conforme e o princípio da responsabilidade do Estado por violação das obrigações europeias.

Em consonância com o princípio da interpretação conforme ou compatível com o Direito da União o intérprete e aplicador do direito

nacional devem atribuir às disposições nacionais um sentido conforme ou compatível com as disposições europeias, sendo que todo o direito nacional aplicável deve ser interpretado em conformidade com o Direito da União.

É que qualquer juiz, no quadro da respetiva competência tem por missão, enquanto órgão dum Estado membro, assegurar e proteger os direitos conferidos aos particulares pelo direito da União, devendo interpretar o direito nacional em conformidade com o direito da União, estando proibido de o interpretar em sua desconformidade, sob pena infração ao princípio do primado e fazer incorrer o Estado em responsabilidade”.

Ainda em torno da afirmação do princípio do primado, enraizou-se a tal ideia vinculadora do juiz nacional, perante a constatação de um caso potencialmente contrário às normas da União.

Neste sentido veja-se:

“(…) A jurisprudência do Tribunal de Justiça incentiva o juiz nacional a aplicar o princípio da interpretação conforme de forma bastante ‘arrojada’, conferindo-lhe um grande alcance. Assim, de forma a garantir uma solução conforme com o resultado prescrito pelo direito da União, os órgãos jurisdicionais nacionais devem tomar em consideração o direito nacional na sua globalidade, e não apenas, por exemplo, as disposições especificamente destinadas à transposição de uma directiva, e recorrer a todos os métodos de interpretação reconhecidos pelo direito nacional. Os órgãos jurisdicionais nacionais estão mesmo obrigados a afastar-se, se necessário, de uma jurisprudência assente, caso esta se baseie numa interpretação do direito interno incompatível com o direito da União. E isto ainda que as decisões emanem de um tribunal superior (...)”⁴.

⁴ *Vide*, Farinhas, Carla, O princípio do primado do direito da união sobre o direito nacional e as suas implicações para os órgãos jurisdicionais nacionais, Revista Julgar- nº 35- 2018, pág 77.

Também o breve excerto retirado do Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 422/2020, Processo nº 528/2017: relator Conselheiro José António Teles Pereira, ilustra bem a ideia que acabamos de expor:

*“(…) Não constituindo a jurisprudência fonte formal de Direito da União Europeia (cfr. o primeiro parágrafo do artigo 288.º do TFUE, que elenca os atos jurídicos da União: regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres), a presença e a projeção, através dos Acórdãos Van Gend en Loos e Costa c. ENEL (e adiante referiremos outras decisões que partilham esta natureza sui generis), de uma forte expressividade identitária do DUE, conferiu uma peculiar base afirmativa criadora a estas situações de desenvolvimento jurisprudencial do Direito, que passaram a integrar um verdadeiro *acquis communautaire*, gerador de um efeito de vinculação decisória a determinados pressupostos interpretativos, definidos e projetados pelo Tribunal como correspondendo à essência significativa do DUE 5(…)”.*

Em face de tudo o que vem de expor-se, e pela sua peculiaridade, não podemos deixar de expressar a nossa surpresa pelo decidido no referido acórdão FRENETIKEXITO, ainda mais, considerando a concertação da jurisprudência comunitária até então conhecida e, que nos induz a uma solução diferente, ou quanto muito, e até aqui, mais “liberal”, quanto à apreciação dos casos concretos.

No nosso entendimento, tal solução é particularmente desajustada face ao contexto em que vivemos, bem como funcionará como itinerário no tratamento a dar a futuros pedidos de pronúncia arbitral sobre a mesma problemática.

Fazendo jus à afirmação do princípio do primado, enquanto princípio estruturante do próprio ordenamento comunitário e orientador das decisões nacionais, particularmente nos casos de reenvio prejudicial, leva-nos a refletir, e neste caso, se não funcionará como um escudo limitador do julgador quanto ao sentido decisório a proferir.

O internamento e o tratamento médico como medidas de coacção (à margem da anomalia psíquica)

UMA REFLEXÃO

Valter Pinto Ferreira
Juiz de Direito

Não nos assalta qualquer rasgo de genialidade se dissermos que as medidas de coacção são um meio processual, de natureza cautelar, que limita a liberdade pessoal do arguido sobre o qual recaiam indícios da prática de um facto ilícito típico, porquanto é isso que resulta do exposto no artigo 191.º, n.º 1, do Código de Processo Penal¹.

Ademais, é igualmente consabido que no momento da aplicação de uma medida de coacção, à excepção do termo de identidade e residência², deve o

¹ «A liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coacção e de garantia patrimonial previstas na lei.»

² Porquanto este é aplicado, por autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal, a «(...) todo aquele que for constituído arguido, ainda que já tenha sido identificado nos termos do artigo 250.º» (cf. o artigo 196.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

juiz³ ter em conta a necessidade e adequação da medida (ou das medidas⁴) às exigências cautelares que o caso requerer, bem como a proporcionalidade à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas⁵, do mesmo passo que tem de atender à verificação, em concreto, de uma ou mais das circunstâncias a que alude o artigo 204.º, alíneas *a*) a *c*), do Código de Processo Penal⁶.

De entre o leque de medidas de coacção existentes⁷, pretendemos aqui destacar o tratamento médico, com ou sem recurso a internamento (ou, se

³ Vide o artigo 194.º, n.º 1, do Código de Processo Penal: «*À exceção do termo de identidade e residência, as medidas de coacção e de garantia patrimonial são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e depois do inquérito mesmo oficiosamente, ouvido o Ministério Público, sob pena de nulidade*» (o negrito é nosso).

⁴ Se aplicadas cumulativamente. Vejam-se os artigos 196.º, n.º 4, 198.º, n.º 2, 199.º, n.º 1, alíneas *a*), e *b*), 200.º, n.º 1, alíneas *a*) a *f*), e 201.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, o artigo 55.º, n.ºs 1, 3 e 5, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e o artigo 31.º, n.ºs 1, alíneas *a*) a *d*), e 3, da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro.

⁵ Cf. o artigo 193.º, n.º 1, do Código de Processo Penal: «*As medidas de coacção e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser necessárias e adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas*» (o negrito é nosso).

⁶ «*Nenhuma medida de coacção, à excepção da prevista no artigo 196.º [termo de identidade e residência], pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida: a) Fuga ou perigo de fuga; b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas.*»

⁷ Termo de identidade e residência, caução, obrigação de apresentação periódica, suspensão do exercício de profissão, de função, de actividade e de direitos, proibição e imposição de condutas, obrigação de permanência na habitação e prisão preventiva (cf., respectivamente, os artigos 196.º, n.ºs 1 a 4, 197.º, n.ºs 1 a 3, 198.º, n.ºs 1 e 2, 199.º, n.ºs 1 e 2, 200.º, n.ºs 1 a 6, 201.º, n.ºs 1 a 3, e 202.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal); obrigação de tratamento à toxicod dependência em estabelecimento adequado (cf. o artigo 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro); não adquirir, não usar ou entregar, de forma imediata, armas ou outros objectos e utensílios que detiver, capazes de facilitar a continuação da actividade criminosa (idêntica à prevista no artigo 200.º, n.º 1, alínea *e*), do Código de Processo Penal),

preferirmos, a regime fechado), o qual *parece*⁸ encontrar assento legal quer nos artigos 200.º, n.º 1, alínea f)⁹, e 201.º, n.º 1, segunda parte¹⁰, do Código de Processo Penal, quer no artigo 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro^{11 12}.

sujeitar, mediante consentimento prévio, a frequência de programa para arguidos em crimes no contexto da violência doméstica, não permanecer nem se aproximar da residência onde o crime tenha sido cometido, onde habite a vítima ou que seja casa de morada da família, impondo ao arguido a obrigação de a abandonar, não contactar com a vítima, com determinadas pessoas ou frequentar certos lugares ou certos meios, bem como não contactar, aproximar-se ou visitar animais de companhia da vítima ou da família e restringir o exercício de responsabilidades parentais, da tutela, do exercício de medidas relativas a maior acompanhado, da administração de bens ou da emissão de títulos de crédito (cf. o artigo 31.º, n.º 1, alíneas a) a d), da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro).

⁸ Com o desenvolver deste estudo, vamos tentar perceber se, de facto, o tratamento médico tem sustento legal em todos os normativos em causa.

⁹ «*Se houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos, o juiz pode impor ao arguido, cumulativa ou separadamente, as obrigações de: [s]e sujeitar, mediante prévio consentimento, a tratamento de dependência de que padeça e haja favorecido a prática do crime, em instituição adequada*» (o negrito é nosso).

¹⁰ «*Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a obrigação de não se ausentar, ou de não se ausentar sem autorização, da habitação própria ou de outra em que de momento resida ou, nomeadamente, quando tal se justifique, em instituição adequada a prestar-lhe apoio social e de saúde, se houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos*» (o negrito é nosso, sendo unicamente a esta parte da norma que nos referimos sempre que, ao longo do texto, façamos alusão ao artigo 201.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

¹¹ «*Se o crime imputado for punível com pena de prisão de máximo superior a três anos e o arguido tiver sido considerado toxicodependente, nos termos do artigo 52.º, pode o juiz impor, sem prejuízo do disposto no Código de Processo Penal, a obrigação de tratamento em estabelecimento adequado, onde deve apresentar-se no prazo que lhe for fixado*» (o negrito é nosso).

¹² À margem deixamos, assumidamente, o internamento preventivo a que se refere o artigo 202.º, n.º 2, do Código de Processo Penal: «*Mostrando-se que o arguido a sujeitar a prisão preventiva sofre de anomalia psíquica, o juiz pode impor, ouvido o defensor e, sempre que possível, um familiar, que, enquanto a anomalia persistir, em vez da prisão tenha lugar internamento preventivo em hospital psiquiátrico ou outro estabelecimento análogo adequado, adoptando as cautelas necessárias para prevenir os perigos de fuga e de cometimento de novos crimes*», porquanto não só entendemos que tal medida de coacção se apresenta com dificuldades de aplicação

Antes de considerações mais profundas, mas com interesse para o que a seguir se vai deixar dito, importa atentar nas dissemelhanças entre as previsões legais relativas ao tema que nos propusemos tratar.

Em primeiro plano, apontamos a problemática do consentimento do arguido. Assim, do passo que a sujeição ao tratamento (com ou sem internamento) de uma qualquer dependência, excluindo a toxicod dependência^{13 14}, que haja favorecido a prática do crime, implica o prévio consentimento do arguido, o que aliás resulta do artigo 200.º, n.º 1, alínea *f*), do Código de Processo Penal¹⁵, já o internamento daquele sujeito processual ao abrigo do artigo 201.º, n.º 1, do mesmo diploma, não carece do

sobremaneira distintas daquelas que fixámos como objecto deste estudo, como igualmente cremos, por em causa estar também a necessária conjugação com a da Lei n.º 36/98, de 24 de Julho, ser a mesma medida digna de estudo autónomo. Não incluímos, igualmente, a medida de coacção a que se refere o artigo 31.º, n.º 1, alínea *b*), da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, uma vez que o apoio psicoterapêutico, assim como o tratamento (que não comporta internamento) de problemáticas aditivas, são componentes meramente eventuais daquele programa (que visa promover a consciência e assunção da responsabilidade do comportamento violento e a utilização de estratégias alternativas ao mesmo, objectivando a diminuição da reincidência), determinados em função de uma intervenção individualizada.

¹³ Como veremos *infra*.

¹⁴ Ao longo deste estudo utilizaremos a expressão «toxicod dependente» ou «toxicod dependência» para nos referirmos, apenas, às situações relacionadas com consumo de produtos estupefacientes, porquanto é esse o alcance com que tais expressões são utilizadas no âmbito do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, contudo, é preciso deixar claro que, de acordo com o «*ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders: Clinical descriptions and diagnostic guidelines*», da Organização Mundial de Saúde, a toxicod dependência, entendida como a dependência de substâncias psicoactivas, não se resume àqueles produtos, englobando o álcool, a caféina ou o tabaco, entre tantas outras substâncias classificadas de F10 a F19. O toxicod dependente é, numa tradução livre, aquele que necessita do tóxico para se sentir bem física e psicologicamente, aquele que necessita do consumo reiterado e sustentado da substância tóxica e, na ausência desta, busca o seu consumo, ansiando a libertação viciante de dopamina.

¹⁵ Por exemplo para problemas de dependência relacionados com o álcool.

aludido consentimento¹⁶, pois que este só se mostra necessário para a fiscalização (ou, se preferirmos, vigilância) da medida de coacção por meios electrónicos¹⁷.

Este desencontro legislativo não é de somenos importância, tanto mais se em conta tivermos o disposto no artigo 80.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal¹⁸. É que quanto a tal tema dissertando, a Jurisprudência tem sido sintomática:

«Se nada obsta a que o internamento em instituição adequada, aplicado ao abrigo do artigo 201.º/1 C P Penal – que não depende do consentimento prévio do arguido – seja descontado, por força do artigo 80.º C Penal, na pena de prisão, já não é de proceder ao desconto do período de tempo de internamento do arguido em regime fechado, aplicado ao abrigo do disposto no artigo 200.º/1 alínea f) C P Penal – que depende do consentimento prévio do arguido»¹⁹.

¹⁶ Assim como não carece de consentimento a medida de coacção aplicada ao abrigo do artigo 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, embora o internamento não seja, neste particular e ao contrário do artigo 201.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, obrigatório, como veremos. De todo o modo, esta medida será tratada *infra*, por razões que melhor se explicarão no local próprio.

¹⁷ Cf. o artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 33/2010, de 02 de Setembro, *ex vi* artigo 201.º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

¹⁸ «1 - A detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação sofridas pelo arguido são descontadas por inteiro no cumprimento da pena de prisão, ainda que tenham sido aplicadas em processo diferente daquele em que vier a ser condenado, quando o facto por que for condenado tenha sido praticado anteriormente à decisão final do processo no âmbito do qual as medidas foram aplicadas. 2 - Se for aplicada pena de multa, a detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação são descontadas à razão de um dia de privação da liberdade por, pelo menos, um dia de multa.»

¹⁹ Cf. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27-09-2017, Processo n.º 693/16.7T8VCD-A.P1 (Élia São Pedro), disponível em www.dgsi.pt, acessado a 05-10-2021.

Dito de outra maneira e para o que interessa, resulta daqui que aplicada uma medida de coação de internamento que não dependa do consentimento do arguido, o tempo de duração de tal medida é, a jusante, descontado na pena de prisão que tenha de ser cumprida; mas se a aplicação de uma idêntica medida de coação depender do consentimento daquele, o período temporal da medida já não será descontado na pena de prisão a cumprir.

Sem prejuízo de *infra* verificarmos se é mesmo assim (pois que falta nesta equação o tema da toxicodpendência), são essencialmente duas as razões apontadas para este tratamento desigual. Por um lado, o elemento literal do artigo 80.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal, o qual se refere, e apenas se refere, à detenção²⁰, prisão preventiva²¹ e obrigação de permanência na habitação²², assim excluindo a imposição de condutas²³, não havendo, tem-se entendido,

«razões para crer que o legislador, na letra do artigo, disse menos do que aquilo que, de acordo com os demais elementos da interpretação, queria dizer (interpretação extensiva)»²⁴.

De outro passo, o facto de

²⁰ Cf. os artigos 254.º, n.ºs 1 e 2, 255.º, n.ºs 1 a 4, 256.º, n.ºs 1 a 3, e 257.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal.

²¹ Veja-se o artigo 202.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal.

²² A que se refere o artigo 201.º, n.ºs 1 a 3, do Código de Processo Penal.

²³ Ver o artigo 200.º, n.ºs 1 a 3, do Código de Processo Penal.

²⁴ Cf. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27-09-2017, Processo n.º 693/16.7T8VCD-A.P1 (Élia São Pedro), disponível em www.dgsi.pt, acessado a 05-10-2021.

«a razão justificativa (do desconto) que serviu para unificar as medidas legalmente previstas - privação da liberdade sem o consentimento do arguido - não se verifica[r] na medida prevista no art. 200º, 1, f) do CPP»²⁵,

de tal sorte que não tem lugar qualquer

«aplicação analógica, desde logo porque as situações previstas e não previstas no C.P não são análogas num elemento essencial: nuns casos (detenção, prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação), o arguido é sujeito a tais medidas, queira ou não queira; no outro caso (medida prevista no art. 200º, 1, f) do CPP), o arguido só é sujeito à mesma com consentimento prévio»²⁶.

E aqui chegados, cabe trazer à discussão o tema da toxicod dependência.

Dissemos acima que esta dependência se encontra excluída do âmbito de aplicação do artigo 200.º, n.º 1, alínea f), do Código de Processo Penal, e dissemo-lo porque o tratamento da mesma como medida de coação é imposto por legislação própria, como seja o artigo 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, independentemente do crime que estiver em causa (desde que verificado o requisito da moldura penal aí referida).

Não estamos sozinhos:

«Este normativo [o artigo 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro], que prevê uma medida de coação especial, aplica-se a

²⁵ *In idem.*

²⁶ *Vide idem.*

*toda a criminalidade **conexa** com o consumo de drogas e não apenas aos crimes previstos nesta lei especial»²⁷.*

Todavia, levantam-se igualmente vozes no sentido de o tratamento da toxicod dependência estar previsto no artigo 200.º, n.º 1, alínea f), do Código de Processo Penal:

«A dependência [referida no artigo 200.º, n.º 1, alínea f), do Código de Processo Penal] pode ser (...) de diversa índole, psíquica ou física, dependência química, dependência de álcool, perturbações de personalidade, adições ao jogo, e tem aplicabilidade a diverso tipo de criminalidade. Será o caso do tratamento de toxicod dependência no crime de tráfico em que o arguido trafica para sustentar o seu consumo»²⁸.

Vejamos então por que motivo julgamos não ser assim.

Diz o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que:

«O presente diploma tem como objecto a definição do regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas».

²⁷ In LOBO, Fernando Gama – *Droga: Notas – Doutrina – Jurisprudência – Legislação Conexa*. Coimbra: Almedina. 2020. (Em anotação ao artigo 55.º). ISBN 978-972-40-8312-4, p. 348 (o negrito é do texto).

²⁸ Cf. *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*. Tomo III (Artigos 191.º a 310.º). Coimbra: Almedina. 2021. (Tiago Caiado Milheiro em anotação ao artigo 200.º). ISBN 978-972-40-9296-6, p. 261, nt. 79.

Assim, em nossa opinião, o diploma citado aplica-se a tudo aquilo que estiver relacionado com o tráfico e o consumo daquele tipo de produto.

Serve dizer: a medida de coacção a que se reporta o artigo 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, é susceptível de aplicação não apenas ao toxicodependente, assim considerado nos termos do artigo 52.º, n.ºs 1 a 3, do mesmo diploma²⁹, a quem seja imputado um crime aí previsto³⁰, mas a todos aqueles que, considerados toxicodependentes nos mesmos termos, se mostrem indiciados da prática de um crime doloso e punível com pena de prisão de máximo superior a três anos.

Abrimos parênteses para tomar nota que, ao contrário das dependências de que trata o artigo 200.º, n.º 1, alínea *f*), do Código de Processo Penal, na toxicodependência não se exige, pelo menos literalmente, que para aplicação da medida de coacção a mesma haja favorecido a prática do crime, porém, pese embora se tratando

«(...) de uma actuação claramente protetora e ressocializadora das autoridades judiciárias»³¹,

²⁹ «1 - Logo que, no decurso do inquérito ou da instrução, haja notícia de que o arguido era toxicodependente à data dos factos que lhe são imputados, é ordenada a realização urgente de perícia adequada à determinação do seu estado. 2 - Na medida do possível, o perito deve pronunciar-se sobre a natureza dos produtos consumidos pelo arguido, o seu estado no momento da realização da perícia e os eventuais reflexos do consumo na capacidade de avaliar a ilicitude dos seus actos ou de se determinar de acordo com a avaliação feita. 3 - Pode ser ordenada, quando tal se revele necessário, a realização das análises a que se refere o n.º 4 do artigo 43.º»

³⁰ Desde que a moldura penal assim o permita – vejam-se os artigos 21.º, n.ºs 1, 2 e 4, 22.º, n.ºs 1 a 3, 25.º, alínea *a*), 28.º, n.ºs 1 a 4, e 30.º, n.ºs 1 a 3, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

³¹ Vide LOBO, Fernando Gama – *Droga... op. cit.*, (em anotação ao artigo 52.º), p. 326.

não pode deixar-se de ter em conta as finalidades das medidas de coacção no âmbito do processo onde se mostram aplicadas, motivo pelo qual cuidamos ser contrário à razão aplicar-se uma medida coactiva, justificando-a com a dependência do arguido, se não existirem fundados motivos para estabelecer qualquer causa-efeito entre essa dependência e o crime pelo qual o mesmo se apresenta indiciado.

Prosseguindo, diríamos que se a medida de coacção prevista no artigo 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, fosse exclusiva para os crimes previstos nesse diploma, o legislador tê-lo-ia consagrado, da mesma forma que restringiu a aplicação de tantos outros normativos ao âmbito daquele Decreto-Lei³².

De igual passo, e se estamos de acordo que a questão se põe na dependência de que padece o arguido, e não no crime pelo qual ele se mostra indiciado (salvaguardando a moldura penal de que depende a aplicação da medida de coacção), não vislumbramos motivo juridicamente válido que sustente a duplicação de medidas coactivas quanto à mesma matéria.

Recuperando o ponto em que estávamos antes da divergência de que até agora tratámos, é tempo de deixar dito que, quanto à toxicodependência,

«(...) estamos em face de uma situação equiparável ao tratamento compulsivo, determinada judicialmente (...)»³³.

³² Cf., a título de exemplo, os artigos 33.º, n.º 1, 33.º-A, 34.º, n.º 2, 35.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, 36.º-A, n.º 1, e 42.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

³³ Assim, MARTINS, A. G. Lourenço – *Droga e Direito*. Lisboa: Aequitas: Editorial Notícias. 1994. (Em anotação ao artigo 55.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro). ISBN 972-46-0657-0, p. 265.

Quer dizer, embora crentes de que ninguém duvida, nem mesmo o legislador, que tanto a toxicod dependência como, por exemplo, o alcoolismo³⁴, são dependências capazes de favorecer a prática de crimes, o certo é que o consentimento do arguido não se exige para o tratamento daquela, mas é necessário para o tratamento deste, recorra-se ou não a internamento, pois que mesmo quanto ao problema da toxicod dependência, como bem diz LOURENÇO MARTINS³⁵:

«Aquele tratamento não significa obrigatoriamente o internamento».

Antes de tomarmos posição a respeito, cumpre reflectir no seguinte: ainda é de coação a medida que o arguido consente que lhe seja aplicada? Se uma medida que se quer impor necessita que o destinatário a ela aceda, ou melhor, nela consinta, assim a transformando numa singular «imposição consentida», então do que falamos não é antes de uma medida como que «negociada» e já não imposta? E desta forma, faz sentido que a lei se refira à possibilidade de o juiz «impor» ao arguido um tratamento quando este tem de consentir que lhe seja aplicado?

Se entendermos, como parece ser de entender, que as medidas de coação visam

³⁴ Exemplo que utilizaremos ao longo deste estudo por uma questão de comodidade, mas que pode aplicar-se a qualquer outra dependência, que não a toxicod dependência.

³⁵ Cf. *Droga e Direito... op. cit.* (em anotação ao artigo 55.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro), p. 265.

«(...) assegurar finalidades de natureza (...) cautelar num concreto processo penal em curso (...)»³⁶,

fica então por perceber o motivo pelo qual, no âmbito da aplicação de uma medida que quer ser coactiva, se verifica a necessidade de obter o consentimento daquele a quem se tem por finalidade sujeitar a um comportamento que visa salvaguardar os fins do processo.

Entendemos, por isso, ser razão para questionar: estando o juiz perante um arguido dependente do álcool, e tendo tal dependência favorecido a prática do crime, não ficam aqueles fins processuais postos em causa se o arguido não consentir no seu tratamento com recurso a internamento quando o julgador entendeu ser essa a medida adequada, necessária e proporcional ao caso concreto? Parece-nos que sim.

Mas é mais que isso. Se o arguido, dependente do álcool, vício esse que favoreceu a prática do crime pelo qual se mostra indiciado, consente na sua sujeição a tratamento médico, com recurso a internamento, motivo pelo qual o juiz lhe *impõe* a medida de coacção a que alude o artigo 200.º, n.º 1, alínea *f*), do Código de Processo Penal, e a jusante decide fugir das instalações onde o tratamento lhe estava a ser ministrado, não comete o mesmo arguido o crime de evasão a que refere o artigo 352.º, n.º 1, do Código Penal³⁷, questão que aliás não divide os pensadores jus-penalistas, aqui representados por MAIA COSTA³⁸:

³⁶ Cf. GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João – *Crime. Medidas de Coação e Prova*. Coimbra: Almedina. 2015. ISBN 978-972-40-6210-5, p. 115.

³⁷ «*Quem, encontrando-se legalmente privado da liberdade, se evadir é punido com pena de prisão até 2 anos.*»

³⁸ Cf. *Código de Processo Penal Comentado*. Coimbra: Almedina. 2014. (Maia Costa em anotação ao artigo 200.º). ISBN 978-972-40-5232-8, p. 872, nt. 3.

«A violação de qualquer das medidas [de proibição ou imposição de condutas] não importa a prática de ilícito criminal (...)».

E se é assim, cremos então estar diante de acentuada incoerência legislativa.

Concretizando: diz-se que esta medida de coacção de tratamento com recurso a internamento, de possível aplicação em face do artigo 200.º, n.º 1, alínea f), do Código de Processo Penal, pode ser imposta ao arguido (se nisso ele consentir), mas não se considera, se não cumprida tal «imposição», que o arguido está «*legalmente privado da liberdade*», para dessa forma se poder concluir pela prática do crime de evasão, ainda que se afirme que as decisões privativas da liberdade são

«(...) todas as decisões que ordenam prisão, detenção ou internamento, quer elas sejam definitivas quer sejam transitórias, quer visem imputáveis adultos ou jovens ou inimputáveis, quer as decisões sejam tomadas no âmbito do processo penal ou do processo de expulsão ou extradição»³⁹.

³⁹ Vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Penal: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2.ª ed. actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2010. (Em anotação ao artigo 349.º). ISBN 978-972-54-0272-6, p. 916, nt. 5. Também assim, GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela – *Código Penal: parte geral e especial com notas e comentários*. Coimbra: Almedina. (Em anotação ao artigo 349.º). 2014. ISBN 978-972-40-5478-0, p. 1180, nt. 3.

Não obstante, pune-se aquele incumprimento com a «*violação das obrigações impostas*» a que alude o artigo 203.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal^{40 41}.

No nosso modo de ver *as coisas*, ou se impõe o internamento e então o arguido está legalmente privado da liberdade, ou não se impõe e a consequência não pode verificar-se, inexistindo outrossim qualquer coacção na medida aplicada.

Se realmente a letra da lei tem conteúdo prático, cabe concluir que depois de imposta a medida de coacção, o arguido, ao ausentar-se do local onde deveria estar confinado para cumprimento daquela medida, viola a custódia oficial, assim desrespeitando a autoridade pública encarregada do sistema de justiça.

Conhecemos a crítica que não só recusa este entendimento (pelo menos tacitamente), como vai mais longe e não o admite mesmo estando em causa a medida de coacção de que trata o artigo 201.º, n.º 1, do Código de Processo Penal:

«O entendimento, segundo o qual a obrigação de permanência na habitação, consiste numa verdadeira detenção domiciliária, ou seja, numa privação da liberdade tipo prisão preventiva domiciliária, parece-nos

⁴⁰ «1 - Em caso de violação das obrigações impostas por aplicação de uma medida de coacção, o juiz, tendo em conta a gravidade do crime imputado e os motivos da violação, pode impor outra ou outras medidas de coacção previstas neste Código e admissíveis no caso. 2 - Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 193.º, o juiz pode impor a prisão preventiva, desde que ao crime caiba pena de prisão de máximo superior a 3 anos: a) Nos casos previstos no número anterior; ou b) Quando houver fortes indícios de que, após a aplicação de medida de coacção, o arguido cometeu crime doloso da mesma natureza, punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos.»

⁴¹ Connosco, GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João – *Crime...*, op. cit., p. 169, nt. 292, e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal* (à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem). 4.ª ed. actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2011. (Em anotação ao artigo 200.º). ISBN 978-972-54-0295-5, p. 588, nt. 9.

indefensável, face ao estabelecido na Lei Fundamental, que não permite uma tal detenção ou privação da liberdade, como claramente resulta do disposto no art. 27º, nº 3, da CRP, devendo, por isso ser rejeitado.

Consequentemente, a violação da obrigação de permanência na habitação não constitui o crime de evasão, p. p. pelo art. 352º do Código Penal (...)»⁴²,

o que de resto tem sustentação na Jurisprudência:

«Não comete o crime de evasão do art. 352º do Código Penal aquele que, tendo-lhe sido aplicada a medida de coacção da obrigação de permanência na habitação, viola essa obrigação, abandonando a casa onde cumpria a medida»⁴³.

Contudo, não aderimos a tal posição.

A razão primeira prende-se com o facto de não entendermos compatível a visão de que o arguido, para efeitos de cometimento do crime de evasão, não está legalmente privado da liberdade, mas entender-se que o está, aceitando-se a disposição do artigo 80.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal (o que aliás é defendido por quem rejeita a existência do crime de evasão naquelas circunstâncias), quando em discussão se mostra o tema do desconto do tempo de duração da medida de coacção na pena de prisão que tenha de ser cumprida:

⁴² In GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João – *Crime...*, *op. cit.*, pp. 158-159.

⁴³ Cf. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16-03-2011, Processo n.º 492/09.2PJPRT.P1 (Moreira Ramos), disponível em www.dgsi.pt, acedido a 07-10-2021.

«Nos termos do artigo 80º, do Código Penal, a detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação são descontadas por inteiro no cumprimento da pena de prisão, ainda que tenham sido aplicadas em processo diferente daquele em que vier a ser condenado (...).»⁴⁴,

o que vai de encontro a parte da Doutrina das decisões:

«No cumprimento da pena de prisão, havendo que proceder ao desconto da detenção e/ou da prisão preventiva e/ou da obrigação de permanência na habitação sofridas pelo arguido, o cômputo do meio da pena, dos 2/3 e dos 5/6 é feito por referência à pena total a que foi condenado e não por referência à pena residual resultante do prévio desconto dos sobreditos períodos»⁴⁵.

É que se consideramos o artigo 80.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal, para efeitos deste desconto, o que julgamos dever fazê-lo porquanto equipara, para o que importa, a obrigação de permanência na habitação à prisão preventiva,

⁴⁴ Ver GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João – *Crime...*, *op. cit.*, p. 164.

⁴⁵ Cf. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02-11-2011, Processo n.º 70/09.6JAPRT-B.P1 (Moreira Ramos), disponível em www.dgsi.pt, acessado a 07-10-2021.

cremos então que os artigos 198.º, n.º 2⁴⁶, 213.º, n.ºs 1 a 5⁴⁷, 214.º, n.º 2⁴⁸, 215.º, n.º 8⁴⁹, e 218.º, n.º 3⁵⁰, do Código de Processo Penal, têm o mesmo papel na equiparação daquelas medidas para efeitos de se considerar que o arguido está, quando a elas sujeito, legalmente privado da liberdade.

Por outra banda,

«(...) no artigo 389.º do CP, como no artigo 352.º do mesmo Código, a expressão “pessoa legalmente presa, detida ou internada em

⁴⁶ «A obrigação de apresentação periódica pode ser cumulada com qualquer outra medida de coacção, com a excepção da obrigação de permanência na habitação e da prisão preventiva.»

⁴⁷ «1 - O juiz procede oficiosamente ao reexame dos pressupostos da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, decidindo se elas são de manter ou devem ser substituídas ou revogadas: a) No prazo máximo de três meses, a contar da data da sua aplicação ou do último reexame; e b) Quando no processo forem proferidos despacho de acusação ou de pronúncia ou decisão que conheça, a final, do objecto do processo e não determine a extinção da medida aplicada. 2 - Na decisão a que se refere o número anterior, ou sempre que necessário, o juiz verifica os fundamentos da elevação dos prazos da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, nos termos e para os efeitos do disposto nos n.os 2, 3 e 5 do artigo 215.º e no n.º 3 do artigo 218.º 3 - Sempre que necessário, o juiz ouve o Ministério Público e o arguido. 4 - A fim de fundamentar as decisões sobre a manutenção, substituição ou revogação da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, o juiz, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público ou do arguido, pode solicitar a elaboração de perícia sobre a personalidade e de relatório social ou de informação dos serviços de reinserção social, desde que o arguido consinta na sua realização. 5 - A decisão que mantenha a prisão preventiva ou a obrigação de permanência na habitação é susceptível de recurso nos termos gerais, mas não determina a inutilidade superveniente de recurso interposto de decisão prévia que haja aplicado ou mantido a medida em causa.»

⁴⁸ «As medidas de prisão preventiva e de obrigação de permanência na habitação extinguem-se igualmente de imediato quando for proferida sentença condenatória, ainda que dela tenha sido interposto recurso, se a pena aplicada não for superior à prisão ou à obrigação de permanência já sofridas.»

⁴⁹ «Na contagem dos prazos de duração máxima da prisão preventiva são incluídos os períodos em que o arguido tiver estado sujeito a obrigação de permanência na habitação.»

⁵⁰ «A medida de coacção prevista no artigo 201.º é correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 215.º, 216.º e 217.º»

estabelecimento destinado à execução das reacções criminais privativas da liberdade” foi substituída pela expressão “pessoa legalmente privada da liberdade” precisamente com o propósito de incluir as pessoas submetidas a medida de segurança privativa da liberdade, a prisão preventiva e a obrigação de permanência no domicílio (...)»⁵¹.

Tempo para o *supra* deixámos pendente a propósito na nossa posição sobre o tema do desconto.

Começamos por relembrar que tanto a aplicação do artigo 200.º, n.º 1, alínea *f*), do Código de Processo Penal, como do artigo 201.º, n.º 1, do mesmo diploma, dependem exactamente das mesmas premissas, como seja a existência de fortes indícios da prática de um crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos⁵². Aliás, o mesmo se passa no artigo 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

Sendo assim, questionamos então se pode concluir-se, como vimos, que o desconto, ou não desconto, do tempo de duração da medida coactiva de internamento na pena de prisão a cumprir resulta, para além do elemento literal do artigo 80.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal, apenas da (des)necessidade do consentimento do arguido na aplicação da medida de coacção. Embora nos parecendo que não, cabe por à prova tal convicção.

⁵¹ Assim, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário... op. cit.*, p. 591, nt. 12.

⁵² Embora se não ignore, por um lado, o disposto no artigo 193.º, n.º 2, do Código de Processo Penal: «2 – A prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação só podem ser aplicadas quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coacção», e, por outra banda, a excepção a que alude o artigo 200.º, n.º 4, do Código de Processo Penal: «As obrigações previstas nas alíneas *a*), *d*), *e*) e *f*) do n.º 1 também podem ser impostas pelo juiz ao arguido, se houver fortes indícios de prática do crime de ameaça, de coacção ou de perseguição, no prazo máximo de 48 horas», isto é, crimes aos quais são abstractamente aplicáveis penas de prisão de máximo igual ou inferior a três anos (cf., com interesse, os artigos 153.º, n.º 1, 154.º, n.º 1, e 154.º-A, n.º 1, do Código Penal).

Em primeiro lugar, entendemos que afirmar-se, ademais como parece poder extrair-se do elemento literal daquela norma, que o consentimento do arguido é a diferença entre o direito, ou a falta dele, ao desconto da duração da medida de coacção de internamento na pena de prisão, é assumir que a questão unicamente se prende com o facto de o arguido padecer, ou não, de uma qualquer dependência⁵³ que o afecte (e que tenha favorecido a prática do crime), pois que essa é, lançando mão do mesmo argumento de interpretação literal da norma, a diferença entre a aplicação do artigo 200.º, n.º 1, alínea *f*), do Código de Processo Penal, ou do artigo 201.º, n.º 1, do mesmo diploma.

Por outro lado, é também desconsiderar que o tempo de duração do tratamento, com recurso a internamento, aplicado ao abrigo do artigo 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, isto é, a arguido que tenha sido considerado toxicodependente, não é descontado (porquanto também não é, para efeitos do artigo 80.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal, detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação) na pena de prisão a cumprir, pese embora não dependa de consentimento.

Em suma, se o arguido:

- padecer de alcoolismo, a aplicação da medida de coacção de tratamento dessa dependência (para o que importa em regime fechado) depende obrigatoriamente do seu consentimento⁵⁴, sendo certo que o período que passar na instituição que o acolher não é descontado no tempo de prisão que poderá vir a cumprir;

- padecer de um qualquer mal de saúde que justifique a imposição de não se ausentar, ou não se ausentar sem autorização, de instituição adequada a prestar-lhe apoio de saúde⁵⁵, não é necessário o seu consentimento, mas o

⁵³ Que não a toxicodependência.

⁵⁴ O mesmo se passando se em ambulatório.

⁵⁵ Ainda que, pelo menos pela letra da lei, não se possa determinar o seu tratamento, pois que tais medidas – internamento e tratamento – não são aqui, como já vimos, cumuláveis.

período que passar na instituição que o acolher é descontado no tempo de prisão que poderá vir a cumprir;

- for toxicodependente, não só o seu consentimento para aplicação de medida de coacção que lhe imponha a obrigação de tratamento em estabelecimento adequado é irrelevante⁵⁶, como igualmente o período que passar na instituição que o acolher não é descontado no tempo de prisão que poderá vir a cumprir.

Percebe-se então, cremos claro, que a questão do desconto não se coloca sob o prisma do consentimento, ou falta dele, antes com uma questão meramente formal e literal do artigo 80.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal.

Ora, não só não concordamos com a opção legislativa, como entendemos que a mesma apresenta fragilidades práticas, desde logo porque a estanquicidade das situações não é uma das características do dia-a-dia dos Tribunais.

Serve dizer: tais desencontros legais não têm em conta, por exemplo, o facto de determinado arguido poder ser, simultaneamente, toxicodependente e alcoólico, ou qualquer um destes e sofrer de enfermidade que justifique a aplicação da medida de coacção do artigo 201.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, o que merecerá uma reflexão *infra* acerca da eventual alteração ao quadro legal vigente.

Ensaaiemos algumas objecções.

Em primeiro plano, pode dizer-se revelador de absoluta inabilidade processual penal a afirmação segundo a qual a medida coactiva a que se refere o artigo 200.º, n.º 1, alínea *f*), do Código de Processo Penal, ou mesmo o artigo 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, é idêntica, pese embora neste particular aqui tratado, àqueloutra de que cuida o artigo 201.º, n.º 1,

⁵⁶ «O que não significa que o juiz antes de a ordenar não indague da eventual adesão do paciente». Cf. MARTINS, A. G. Lourenço – *Droga e Direito... op. cit.* (em anotação ao artigo 55.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, p. 265.

daquele primeiro diploma, desde logo porque tal é não entender que, de todas elas, só esta última medida de coacção é privativa da liberdade.

Na mesma senda, a sujeição do arguido à obrigação de não se ausentar, ou não se ausentar sem autorização, de instituição adequada a prestar-lhe apoio de saúde⁵⁷, só pode aplicar-se «quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coacção»⁵⁸, motivo pelo qual tem já de ter sido excluída, para o que importa, a medida de coacção de que trata o artigo 200.º, n.º 1, alínea f), do Código de Processo Penal.

Por conseguinte, equiparáveis, eventualmente, só poderiam ser as medidas de coacção a que se refere este último normativo e o artigo 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, todavia, nem tampouco tal se pode aceitar, porquanto seria ignorar-se que aquela primeira se reporta a uma dependência lícita, do passo que a razão subjacente à aplicação desta última será, se não sempre configurável como crime, pelo menos como contra-ordenação, pois que ninguém sustenta a dependência de produtos estupefacientes e substâncias psicotrópicas sem o fazer à margem da lei⁵⁹.

Relativamente à primeira questão, já acima fomos deixando dito que, em nosso entender, também a medida de coacção do artigo 200.º, n.º 1, alínea f), do Código de Processo Penal, se sujeita a internamento, é privativa da liberdade, não lhe sendo retirada essa qualidade pelo consentimento do arguido.

Pode até argumentar-se que, pelo menos no quadro legal actual, o arguido tem o direito de retirar o consentimento a qualquer instante⁶⁰, passando, automaticamente, a não ser obrigado a permanecer na instituição

⁵⁷ Nos termos do artigo 201.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

⁵⁸ Cf. o artigo 193.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

⁵⁹ Vejam-se os artigos 21.º, 25.º, 26.º, 28.º e 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e os artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.

⁶⁰ Também assim: *Comentário Judiciário... op. cit.*, (Tiago Caiado Milheiro em anotação ao artigo 200.º), p. 262, nt. 82.

que se encontrar⁶¹, mas tal não invalida nem o tempo que aí esteve, nem o facto de, durante esse mesmo período, ter sido privado da sua vida tal como a conhecia até então, isto é, em liberdade, até porque pode consentir na aplicação dessa medida, não por a desejar efectivamente, mas para dessa forma tentar evitar que lhe seja aplicada qualquer outra.

Ainda que sobre tema diverso, mas conexo com o consentimento, ninguém coloca em causa que o arguido cumpre a pena a que foi condenado se cumprir as horas de trabalho a favor da comunidade determinadas, ainda que, para tanto, tenha de o aceitar⁶², oferecendo-se a essa forma de cumprimento o mesmo valor e tratamento de qualquer outra, como seja a extinção da pena⁶³.

E sendo assim, não se compreende por que razão o consentimento, ou a desnecessidade dele, para aplicação de uma medida de coacção de internamento merece visão processual tão desigual, com as consequências que já conhecemos, mormente ao nível do (não) desconto na pena de prisão a cumprir.

Aliás, esse argumento fica ainda mais fragilizado quando à colação se traz o tema da toxicoddependência, porquanto, como já estudámos, não só não é necessário o consentimento para aplicação da medida de coacção a que se refere o artigo 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (para o que importa, com internamento), como igualmente não há lugar a desconto na pena de prisão a cumprir.

Quanto à inadequação ou insuficiência das demais medidas de coacção antes de aplicada aquela a que se reporta o artigo 201.º, n.º 1, do Código de

⁶¹ Ainda que isso tenha como natural consequência a aplicação de outra(s) medida(s) coactiva(s).

⁶² Cf. o artigo 58.º, n.º 5, do Código Penal.

⁶³ *Vide* o artigo 475.º do Código de Processo Penal.

Processo Penal, tal afirmação corresponde à verdade se analisada em abstracto, mas já não o será totalmente no caso que temos vindo a estudar.

Diremos que tanto uma como outra, em qualquer caso e muito além do objecto do nosso trabalho, não pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida, uma ou mais das circunstâncias a que alude o artigo 204.º, alíneas *a*) a *c*), do Código de Processo Penal.

Da mesma forma, ambas as medidas, quando aplicadas,

«(...) devem ser necessárias e adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas»⁶⁴.

Ora, tudo considerado, não vislumbramos, além do consentimento do arguido e do facto de o artigo 200.º, n.º 1, alínea *f*), do Código de Processo Penal, se reportar à dependência de que aquele padeça e que haja favorecido a prática do crime (o que, diga-se, não tem qualquer influência no que aqui estamos a tratar – inadequação e insuficiência das outras medidas, antes de aplicada a do artigo 201.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), diferenças que sustentem a posição de o internamento em qualquer das situações ser mais gravoso, necessário, adequado ou proporcional do que o outro.

Já quanto às dissemelhanças (i)legais entre as demais dependências e a toxicod dependência, cuidamos que em causa está o

«(...) debelar, ou atenuar, a dependência e, com isso, lograr evitar os perigos cautelares enunciados no art. 204.º. Sendo certo que, com esse tratamento, também se almeja uma melhor reintegração do agente na

⁶⁴ Veja-se o artigo 193.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

sociedade, e uma atenuação das necessidades de prevenção especial, se o mesmo tiver sucesso»⁶⁵,

o que em nada se confunde com a legalidade, ou falta dela, da dependência, antes tem que ver com o fim que se pretende na sujeição do arguido ao tratamento daquela.

Se mais concretos fôssemos e aludíssemos à comparação entre o álcool (que ninguém põe em causa ser uma das dependências a que alude o artigo 200.º, n.º 1, alínea *f*), do Código de Processo Penal) e a toxicodependência, diríamos ficar por perceber a razão pela qual haviam tais situações de ser tratadas diferentemente aquando da aplicação das medidas de coacção se, na aplicação das penas, é a própria lei que as equipara^{66 67}, justificando-se o tratamento que lhes é dado com o

«(...) importante papel readaptador (...) reeducativo e regenerador da pena relativamente indeterminada (...)»⁶⁸.

⁶⁵ *In Comentário Judiciário... op. cit.*, (Tiago Caiado Milheiro em anotação ao artigo 200.º), p. 261, nt. 80.

⁶⁶ Cf. os artigos 86.º a 88.º do Código Penal.

⁶⁷ Não se trata aqui de saber, porque tal extravasa o objecto de estudo deste trabalho, se é correcta a ideia que resulta da lei e que, segundo a qual, os alcoólicos e aqueles que *«abusarem de estupefacientes»*, deverão punidos mais severamente do que os demais; trata-se apenas, isso sim, de dar conta daquilo que julgamos ser nova incoerência legislativa, neste particular comparando o tratamento oferecido a uma e outra dependências no âmbito da aplicação das medidas de coacção e das penas.

⁶⁸ Assim, GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela – *Código Penal... op. cit.*, (em anotação ao artigo 86.º), p. 404, nt. 1.

A propósito, de resto, pronunciou-se já o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 549/94⁶⁹, de 19-10-1994, Processo n.º 646/92 (Alves Correia), que assim decidiu:

«Nos termos e pelos fundamentos expostos, decide-se:

Não julgar inconstitucional a norma constante do artigo 88º do Código Penal de 1982, enquanto torna aplicável, com as devidas adaptações, aos delinquentes que abusem de estupefacientes o disposto para os alcoólicos no artigo 86º do mesmo Código, isto é, a punição com pena relativamente indeterminada (com um mínimo correspondente a metade da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido e um máximo correspondente a esta pena, acrescida de 4 anos) do delincente que abuse de estupefacientes e, relacionado com este abuso, pratique um crime a que devesse aplicar-se concretamente prisão;

(...)».

Donde, e para concluir esta parte, entendemos não haver, igualmente, motivo justificativo para qualquer tratamento desigual ao nível da aplicação das medidas de coacção.

Retomando assunto já superficialmente aludido, dissemos que o tratamento médico, com ou sem recurso a internamento, *parece* encontrar assento legal nos normativos que ali identificámos. Desde aí, repararam já os eventuais leitores no cuidado da aplicação dos termos ao longo da exposição que fomos fazendo, sendo este o espaço para clarificar: será que corresponde, efectivamente, à verdade, que o artigo 201.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, prevê o tratamento do arguido? Parece-nos que não.

⁶⁹ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt, acedido a 07-10-2021.

É que uma coisa é dizer-se que o arguido fica sujeito à obrigação de não se ausentar, ou não se ausentar sem autorização, de instituição adequada a prestar-lhe apoio de saúde; mas outra, bem diferente, é dizer-se que isso implica que o arguido seja submetido a qualquer tratamento, até porque, de contrário, está então *aberta a porta* a que o julgador, se não obtiver o consentimento do arguido para lhe aplicar a medida de coacção de tratamento (com ou sem internamento) a que alude o artigo 200.º, n.º 1, alínea *f*), do Código de Processo Penal, o sujeite ao mesmo tratamento (e agora com internamento obrigatório), mas ao abrigo do artigo seguinte do mesmo diploma (sede onde já não é necessário consentimento), tanto mais que ambas as medidas de coacção dependem, para a sua aplicação, exactamente das mesmas premissas, como já verificámos.

Ademais, cremos que tal visão sai reforçada pelo facto de o artigo 201.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, apenas prever a cumulação da obrigação de permanência na habitação com «*a obrigação de não contactar, por qualquer meio, com determinadas pessoas*»⁷⁰, já não prevendo a cumulação com a medida de coacção de sujeição «*a tratamento de dependência de que padeça e haja favorecido a prática do crime*»⁷¹.

Dito de outra maneira: quer os artigos 200.º, n.º 1, alínea *f*), e 201.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, quer o artigo 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, prevêm a possibilidade de aplicar ao arguido uma medida de coacção de internamento, mas apenas aquele primeiro e este último sustentam que tal internamento seja acompanhado de tratamento.

Outrossim, ambos permitem também a aplicação de tratamento sem internamento, embora o arguido necessite sempre de dar o seu consentimento quando aplicado o primeiro normativo citado.

⁷⁰ Medida de coacção a que alude o artigo 200.º, n.º 1, alínea *d*), do Código de Processo Penal.

⁷¹ A qual se mostra no artigo 200.º, n.º 1, alínea *f*), do Código de Processo Penal.

E é, também por isto, que se impõe tecer algumas considerações.

Dissemos que o tratamento, com ou sem recurso a internamento, assim como este que não englobe aquele, depende, salvo as excepções a que alude o artigo 200.º, n.º 4, do Código de Processo Penal, da existência de fortes indícios da prática de um crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos, cabendo aqui a nossa discordância em relação ao actual quadro legislativo.

Se estamos de acordo, e não vislumbramos razão para não estarmos, que o objectivo do tratamento de uma dependência (seja ela qual for) é fazer com que o dependente dela se liberte, ou consiga de algum modo atenuar a presença da mesma na sua vida, assim iniciando, ou retomando, o caminho dos valores do Direito e da vida em sociedade (não praticando crimes), precisamos então de alargar a possibilidade de aplicação desta medida de coacção a todo o tipo de criminalidade⁷², não ficando limitados aos tipos de crime actualmente previstos.

Consideramos, aliás, e a título meramente exemplificativo, contrário à razão que possa ser aplicada ao arguido a medida de coacção de sujeição a tratamento de dependência de que padeça e haja favorecido a prática do crime, em instituição adequada (mediante consentimento prévio), se o mesmo ameaçar outra pessoa com a prática de crime contra a integridade física, mas já se não possa aplicar-lhe tal medida se o arguido efectivamente cumprir a ameaça⁷³.

Da mesma forma, não descortinamos motivo para não se prever possível aplicar-se aquela medida de coacção ao arguido sobre o qual recaiam indícios fortes de ter cometido crime cuja verificação depende obrigatoriamente de

⁷² Embora salvaguardando e respeitando sempre os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade a que se refere o artigo 193.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, bem como os requisitos gerais de que trata o artigo 204.º, alíneas *a)* a *c)*, do mesmo diploma.

⁷³ Cf. o artigo 200.º, n.ºs 1, alínea *f)*, e 4, do Código de Processo Penal, e os artigos 143.º, n.º 1, e 153.º, n.º 1, do Código Penal.

um estado de embriaguez ou da influência de substâncias psicotrópicas⁷⁴, como seja a condução perigosa de veículo rodoviário (em uma das suas modalidades) ou a condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas⁷⁵.

Já se nos reportarmos apenas à toxicodependência, é ainda mais singular que possa aplicar-se uma medida de coação de tratamento em estabelecimento adequado se o arguido for traficante (e considerado toxicodependente), mas já não possa aplicar-se a mesma medida se o arguido for exclusivamente consumidor e houver indícios fortes de ter praticado o crime de consumo⁷⁶.

Conforme fizemos notar, somos do entendimento que a medida de coação de sujeição a tratamento de uma qualquer dependência deve ser possível aplicar-se seja qual for o crime que em causa estiver, conquanto seja obrigatória a realização de perícia médico-legal antes da aplicação de tal medida, perícia essa que deve pronunciar-se, além do mais, pelos

*«(...) reflexos na capacidade do arguido avaliar as situações e de se determinar ao nível da consciência da ilicitude. Enfim, o perito deve equacionar todos os dados úteis para se poder concluir além do mais, sobre o grau de **imputabilidade** do arguido (...)»⁷⁷.*

⁷⁴ O que, não sendo necessariamente dependência, sempre caberia aferir.

⁷⁵ Cf. os artigos 291.º, n.º 1, alínea *a*), e 292.º, n.º 1, do Código Penal.

⁷⁶ Cf. os artigos 21.º, n.º 1, 22.º, n.º 1, 25.º, n.º 1, 40.º, n.º 1, e 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

⁷⁷ Vide LOBO, Fernando Gama – *Droga... op. cit.*, (em anotação ao artigo 52.º), p. 327 (o negrito é do texto).

Na nossa opinião, em causa deve estar a razão que facilita ou leva a pessoa a cometer o crime, como seja a dependência, e não, como actualmente, o concreto crime cometido e a sua moldura penal.

De todo o modo, consideramos poder aceitar-se a distinção, umbilicalmente ligada às penas de prisão abstractamente aplicáveis, entre o tratamento em regime fechado e o tratamento em regime de ambulatório, ainda que este, se não cumprido, possa eventualmente vir a transformar-se naquele⁷⁸.

E por considerarmos que um possa dar lugar ao outro em caso de incumprimento, é tempo para uma palavra sobre o consentimento.

Têm sido apontadas três razões essenciais para a exigência do consentimento:

«Primeiro, o próprio sucesso de um tratamento depende da cooperação da pessoa que irá ser tratada. Segundo, o tratamento poderá envolver um encargo financeiro para o arguido. Terceiro, envolve invasão na vida pessoal do arguido, que o legislador apenas considerou proporcional comprimir existindo uma declaração de consentimento nesse sentido»⁷⁹.

Por uma questão de honestidade intelectual, não cabe neste particular fazer a crítica à desnecessidade do consentimento quando se trata de um arguido toxicodependente, invalidando os argumentos apontados, na medida em que o Autor da passagem de texto acima é da opinião que a toxicodependência se insere nas dependências a que alude o artigo 200.º, n.º

⁷⁸ Tendo em conta o artigo 203.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

⁷⁹ Vide *Comentário Judiciário... op. cit.*, (Tiago Caiado Milheiro em anotação ao artigo 200.º), p. 262, nt. 82.

1, alínea *f*), do Código de Processo Penal, sendo assim necessário o consentimento⁸⁰.

Não obstante, ainda assim, temos opinião distinta.

É certo que a necessidade do consentimento do arguido toca matérias tão sensíveis como os direitos, liberdades e garantias, estando em causa, desde logo, o direito à integridade física do mesmo, contudo, importa lembrar que, no âmbito da aplicação daquela medida de coação, em causa está um arguido que padece de uma dependência.

Ora, ser dependente é ser subordinado, é estar sujeito à necessidade, por exemplo, de consumir contínua e repetidamente álcool ou droga, é não ser autónomo, é não ser livre. E esta, cremos convictos, é a *pedra de toque*.

Se o consentimento, para ser válido, tem de ser informado, livre e esclarecido⁸¹, arriscar-nos-íamos a dizer que inexistente consentimento válido de um arguido dependente.

Dito de outra forma: alguém a quem lhe falta a liberdade, porque sujeito a uma dependência que não controla (e a própria expressão é já de si uma redundância), é alguém que não possui, salvo eventuais momentos de lucidez⁸², o discernimento necessário para, em consciência, ou se preferirmos, livremente, consentir, ou não consentir, na sujeição ao tratamento adequado daquela dependência.

Mas ainda que por isso não fosse, a necessidade do consentimento do arguido sempre teria de ceder perante os fins que se pretendem alcançar com a aplicação da medida de coação de sujeição a tratamento de dependência,

⁸⁰ Cf. citação à qual dá origem a nota [28].

⁸¹ Assim, entre tantos outros: *Comentário Judiciário... op. cit.*, (Tiago Caiado Milheiro em anotação ao artigo 200.º), p. 262, nt. 82.

⁸² Que ainda assim necessitariam sempre de validação médica.

uma vez que em causa está toda uma sociedade sujeita aos comportamentos-consequências derivados dessa mesma dependência.

Por conseguinte, e ainda que pudesse considerar-se sempre conveniente tentar obter-se o consentimento do arguido, buscando, por hipótese, aqueles eventuais momentos de lucidez, cuidamos que se o juiz, de forma fundamentada, e tendo sempre em conta os resultados da perícia prévia que entendemos dever ser obrigatória, considerar que a sujeição a tratamento é imprescindível no caso concreto, o consentimento deve mostrar-se desnecessário.

Já no que diz respeito à possibilidade de o tratamento se consubstanciar em encargo financeiro para o arguido, lembramos que, numa qualquer situação actual, não é a falta de meios financeiros que suportem aquele tratamento que sustenta a não aplicação de tal medida, sob pena de, sendo, se atentar contra o princípio da igualdade a que se refere o artigo 13.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa⁸³.

Por ser assim, cremos que também numa situação como aquela que propomos o problema se não colocaria, sendo de resto do interesse do próprio Estado assegurar tal tratamento em nome do afastamento de dois problemas conviventes: a dependência e os crimes por ela favorecidos.

Para finalizar, uma palavra sobre o artigo 80.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal.

Dissemos, pelos motivos deixados em local próprio, que o período de tratamento em regime fechado deveria ser descontado na pena de prisão que o arguido tenha de cumprir, posição essa que, assumida no quadro legislativo actual, mantemos por maioria de razão, uma vez que entendemos que o

⁸³ «1 - Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2 - Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.»

consentimento do arguido com vista à sujeição a tratamento de dependência de que padeça e haja favorecido a prática do crime, deve poder ser dispensado.

Assim, e em jeito de sugestão à alteração daquela norma, consideramos que seja em que circunstância for que o arguido se mostre sujeito a internamento, todo o período que o mesmo passar na instituição que o acolher deve ser descontado na pena de prisão a que eventualmente seja condenado.

VALTER PINTO FERREIRA

Principais Princípios do Registo Predial

Mercília Pereira Gonçalves

Investigadora do JusGov - Centro de Justiça e Governação da Escola de Direito da Universidade do Minho;

Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa;
Notária Estagiária.

São vários os princípios que regem o registo predial no nosso ordenamento jurídico, pelo que os estudaremos com ênfase em seguida.

1. Princípio da obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade foi introduzido pelo DL n.º 116/2008, de 4 de julho, que aditou os artigos 8.º A a 8.º D, estabelecendo deste modo, a obrigatoriedade do registo (artigo 8.º A). Este Decreto-Lei foi alterado pelo DL 125/2013, de 30 de agosto. Os factos do artigo 2.º do referido diploma são obrigatórios submeter a registo com exceção dos pressupostos enumerados no art. 8.º A.

Perguntemo-nos então, pelo seguinte: em que consiste a obrigatoriedade legal de registar?

Trata-se do dever de levar ao registo os factos elencados no Código do Registo Predial e já não todas as situações jurídicas relativas a prédios, máxime a de proprietário¹. Isto é, continua a não ser obrigatório inscrever no registo predial a condição de se ser proprietário ou titular de outros direitos submetidos a registo ou titular de outros direitos submetidos a registo, só é obrigatório levar ao registo factos elencados no Código do Registo Predial que vão simplesmente acontecendo. Por sua vez, resulta do art. 8.º B os destinatários da obrigação de promover o registo não são os sujeitos dos factos relevantes, mas antes as entidades que os documentam.

A esta obrigatoriedade direta acrescenta-se uma obrigatoriedade indireta que resulta do artigo 9.º do Código do Registo Predial, do artigo 54.º, n.ºs 2 e 3 do Código do Notariado e do artigo 5.º do Código do Registo Predial. Diz-nos o artigo 9.º do Código do Registo Predial que os factos de que resulte transmissão de direitos ou constituição de encargos sobre imóveis não podem ser titulados sem que os bens estejam definitivamente inscritos a favor da pessoa de quem se adquire o direito ou contra quem se constitui o encargo. Resulta por outro lado, do artigo 54.º n.ºs 2 e 3 do Código do Notariado que salvas determinadas exceções, não podem ser lavrados instrumentos de constituição ou transmissão de direitos sobre prédios se os mesmos não estiverem inscritos a favor do constituinte ou alienante do direito. Diz-nos ainda o art. 5.º do Código do Registo Predial que os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiro depois da data do respetivo registo.

2. Princípio da legalidade do conservador

Os pedidos de registo não conformadores com a lei são recusados pelo conservador de registo, sendo feita uma avaliação formal e substancial (arts.

¹ DUARTE, Rui Pinto – *O registo predial*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 46.

68.º e 69.º do Código do Registo Predial). Isto é, o conservador apenas regista aquilo que é conforme com a lei. Trata-se de um poder-dever². Em Portugal, existem situações em que o conservador regista sem qualificar, mais propriamente na área do registo comercial: os registos feitos por depósito, nos termos do artigo 53.º A do referido Código. Muito se discutiu até então, o controlo da legalidade levado a cabo pelo conservador, o certo é que há casos como no registo comercial em que o conservador somente transcreve o registo que lhe é solicitado, não controlando a legalidade do ato formal e substancialmente.

Esta operação é distinta daquela que efetua o notário, que qualifica sempre, formal e substancialmente o ato notarial, exercendo um controlo da legalidade, que a nosso ver deve ser duplo, ou seja, realizado em primeira mão pelo notário e em segunda mão, pelo conservador. O princípio da legalidade que o notário se pauta está explícito no artigo 11.º do Estatuto do Notariado. Tal como o notário tem o poder de recusar a prática do ato notarial nos termos dos artigos 11.º n.º 2 e 173.º do Código do Notariado, o conservador pode recusar o registo nos termos do artigo 69.º do Código do Registo Predial.

Apesar de existirem registos por depósito, o controlo da legalidade levado a cabo pelo conservador deve ser um controlo formal e substancial, tal como resulta do artigo 68.º do Código do Registo Predial. Nos termos deste artigo, o conservador deve apreciar a viabilidade do pedido de registo à luz das normas legais aplicáveis e por isso gerando, certeza jurídica, cabendo-lhe examinar os documentos apresentados e os registos anteriores, de forma a verificar, entre outros fatores, a identidade entre o prédio a que se refere o ato a registar e a correspondente descrição, a legitimidade dos interessados, a regularidade dos títulos e a validade substancial dos atos que deles constam. É

² DUARTE, Rui Pinto...*op.cit.*, p. 53.

bem claro o artigo 68.º do Código do Registo Predial: o registo deve ser qualificado formal e substancialmente.

O poder de qualificação do conservador deve se independente e idêntico ao poder judicial, sendo extensível à apreciação de todos os documentos independentemente da sua origem, quer seja administrativa, notarial ou judicial³. Bem se compreende que assim seja, porque ao conservador chegam todos e quaisquer documentos independentemente da sua natureza. A decisão do conservador só é possível ser alterada em sede de recurso hierárquico ou impugnação judicial de acordo com os artigos 140.º e seguintes do Código do Registo Predial.

O conservador é visto como o “guardião da legalidade”⁴ e bem se entende que assim seja, pois é o último com esse poder-dever a proferir uma decisão antes dos tribunais e a controlar a legalidade do ato. Não quer dizer que o notário não o seja. É claro que é. Mas, o conservador é a entidade decisória, aquela que qualifica em segundo lugar. O conservador pauta-se no exercício da sua função, por critérios de estrita legalidade, exercendo a sua atividade de forma independente, imparcial e com autonomia. Também o notário detém estas características, por isso é que ambos controlam a legalidade do ato notarial, pois tem poderes-deveres para o fazer rigorosamente.

Depois do exame do conservador, nos termos do art. 68.º do Código do Registo Predial, o conservador tem de proferir uma decisão: 1) efetuar o registo requerido em termos definitivos; 2) efetuar o registo provisório por natureza, ou por dúvidas ou, simultaneamente, por natureza e por dúvidas; ou 3) recusar o registo parcial ou totalmente.

³ GERALDES, Isabel Ferreira Quelhas - *Código do Registo Predial: Anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 198.

⁴ GERALDES, Isabel Ferreira Quelhas...*op.cit.*, p. 199.

Como dissemos, a recusa é feita mediante o art. 69.º do Código do Registo Predial, devendo o registo ser recusado quando padece de alguns vícios enumerados neste artigo.

3. Princípio da prioridade

O princípio da prioridade traduz-se no facto de que o direito inscrito em primeiro lugar prevalece sobre os que lhe seguirem relativamente aos mesmos bens, por ordem da respetiva data e se esta for igual, pela ordem temporal das apresentações correspondentes (artigo 6.º, n.º 1 do Código do Registo Predial). Um exemplo concreto desta situação é a de que A pode ter onerado um imóvel seu com duas hipotecas sucessivas a favor de pessoas diferentes, a hipoteca inscrita em primeiro lugar no registo prevalece sobre a outra, pelo que o crédito que garanta será satisfeito prioritariamente⁵. É de salientar que o princípio da prioridade só tem aplicação no campo dos direitos pessoais de gozo, se estiverem sujeitos a registo, por força da remissão efetuada pela parte final do artigo 407.º do Código Civil⁶.

4. Princípio da legitimação

O princípio da legitimação (formal) refere-se aos factos de que resulte transmissão de direitos ou constituição de encargos sobre imóveis não poderem ser titulados sem que os bens estejam definitivamente inscritos a favor da pessoa de quem se adquire o direito ou contra a qual se constitui o encargo (artigos 9.º, n.º 1 do Código do Registo Predial e artigo 54.º, n.º 2 do Código do Notariado).

⁵ MASCARENHAS, Rui Ataíde - *Estudos de Registo Predial: Noções fundamentais, efeitos substantivos do registo predial*. Lisboa: AAFDL, 2018, p. 36.

⁶ Mascarenhas, Rui Ataíde...*op.cit.*, p. 36.

Trata-se de um princípio que constitui um comando para as entidades competentes em lavrar os títulos: advogados, câmaras de comércio e indústria e solicitadores, devendo os outorgantes fazer prova da existência do registo legitimante a favor do disponente ou da pessoa que onera o prédio⁷. Caso não seja feito, devem aquelas entidades recusar-se a intervir no ato em causa, sob pena de sanções disciplinares e de eventual responsabilidade civil nos termos gerais do artigo 483.º do Código Civil.

Ficam excetuados da aplicação do princípio da legitimação, os casos elencados no artigo 9.º, n.º 2 do Código do Registo Predial.

5. Princípio do trato sucessivo

O registo estabelece uma cadeia interrupta de transmissões e onerações do bem, tendo as inscrições que ser contínuas entre si e não se podendo fazer qualquer inscrição a favor de um adquirente do bem, sem que exista uma inscrição prévia a favor do transmitente (artigo 34.º do Código do Registo Predial). Se se efetuar a primeira inscrição, a lei exige que se satisfaça o princípio do trato sucessivo, mesmo que o prédio não esteja descrito⁸. Estando o prédio omissa, a lei estabelece a sua prévia inscrição a favor do disponente.

O adquirente do bem terá que efetuar o registo das inscrições intermédias, caso o trato sucessivo seja interrompido, em ordem a obter o seu reatamento⁹. Caso não seja possível, o adquirente terá que realizar uma escritura de justificação notarial ou no âmbito do processo administrativo de justificação previsto nos artigos 116.º e seguintes. O registo definitivo lavrado

⁷ MASCARENHAS, Rui Ataíde ...*op.cit.*, p. 35.

⁸ Mascarenhas, Rui Ataíde...*op.cit.*, p. 34.

⁹ Mascarenhas, Rui Ataíde...*op.cit.*, p. 35.

em violação do princípio do trato sucessivo é nulo (artigo 16.º, alínea e), devendo ser aceite provisoriamente por dúvidas.

MERCÍLIA PEREIRA GONÇALVES

BIBLIOGRAFIA

DUARTE, Rui Pinto – *O registo predial*. Coimbra: Almedina, 2020.

GERALDES, Isabel Ferreira Quelhas - *Código do Registo Predial: Anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2020.

MASCARENHAS, Rui Ataíde - *Estudos de Registo Predial: Noções fundamentais, efeitos substantivos do registo predial*. Lisboa: AAFDL, 2018.

Meios de vigilância à distância: A CÂMARA DE VIDEOVIGILÂNCIA

Mercília Pereira Gonçalves

Investigadora do JusGov- Centro de Justiça e Governação da Escola de Direito da Universidade do Minho;

Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa;
Notária Estagiária.

SUMÁRIO:

Introdução.

— Capítulo I- Os meios de vigilância à distância: a câmara de videovigilância. 1-Breve análise dos artigos 20º e 21º do CT.

— Capítulo II- O tratamento e recolha de dados pessoais através da videovigilância. 1- A captação da imagem e do som do trabalhador.

— Capítulo III- A videovigilância como um meio de prova. 1- A admissibilidade das imagens e sons captados. 2-A proibição do art. 20º, nº1 do CT como fundamento do meio de prova não admissível.

— Conclusão.

Introdução

O relatório que ora, nos propomos a apresentar remete para o controlo do empregador e a sua faculdade de utilizar meios de vigilância à distância. Pela extensão do tema entendemos delimitar a nossa investigação à câmara de videovigilância e nessa medida, quando nos referirmos aos meios de vigilância à distância, é a videovigilância que será sempre tratada. É um tema que

estabelece o seu domínio no Direito do Trabalho e no Direito Processual do Trabalho.

De maneira, a facilitar-mos o nosso estudo, dividimos o presente trabalho em capítulos. O primeiro capítulo diz respeito ao estudo dos artigos 20º e 21º do CT relativo aos meios de vigilância à distância e sua utilização¹.

O segundo capítulo aponta para o tratamento e recolha de dados pessoais através da videovigilância. A visualização e consequente gravação de imagens e som pelo sistema de videovigilância são dados sensíveis, na medida em que o direito de privacidade das pessoas está a ser exposto. Nesse sentido, devem estar protegidos, não podendo o empregador limitá-los como bem entender, a menos que os sacrifícios que o empregador correria pela sua não limitação ou utilização dos mesmos para a finalidade pretendida, fossem superiores ao motivo de os não sacrificar. Tal dependerá sempre do caso em concreto, tratando-se de uma questão de proporcionalidade que deve ser assegurada.

O terceiro e último capítulo remete para a videovigilância como um meio de prova. Após a leitura e estudo de alguma jurisprudência consideramos interessante incluí-la no nosso relatório. Segundo ALBERTO DE SÁ E MELLO² é importante conhecer se o equipamento tecnológico utilizado como meio de vigilância à distância de forma lícita, no caso em concreto, a câmara de videovigilância e a recolha de imagens e sons através desse equipamento podem servir como prova em juízo, para registar acidentalmente uma conduta disciplinarmente punida de um trabalhador. Assim, procuramos demonstrar

¹Desnecessário será referir novamente que é a câmara de videovigilância o centro da nossa análise.

²MELLO, Alberto de Sá - *Direito do Trabalho para Empresas*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2019, p. 66.

de que forma estes dados pessoais (imagem e som) poderão servir como prova em tribunal e por outro lado, de que maneira tal não poderia suceder.

No final, será apresentada a conclusão do nosso tema. Procuraremos esclarecer com rigor o conteúdo do mesmo, as nossas ideias, o contributo da doutrina e da jurisprudência.

Capítulo I

MEIOS DE VIGILÂNCIA À DISTÂNCIA: A CÂMARA DE VIDEOVIGILÂNCIA

1. Breve análise dos artigos 20º e 21º do CT

Na verdade, na relação laboral, o empregador tem o poder diretivo de dar ordens, instruções e diretrizes ao trabalhador de maneira a coordenar a atividade laboral. É no exercício do seu poder que o empregador controla o trabalhador, no sentido de este cumprir o fim para o qual se obrigou contratualmente. O empregador não pode usar o poder diretivo de forma arbitrária. Muito embora, o contrato de trabalho empregue uma subordinação jurídica, o trabalhador jamais se poderá sentir amarrado nas mãos do empregador.

O art. 20º do CT trata dos meios de vigilância à distância. A norma é ampla, no sentido de englobar a câmara de videovigilância que ora, nos propomos a tratar em concreto, mas também outros como a geolocalização³.

Centremo-nos na análise do art. 20º do CT de forma a inserirmos a videovigilância nestes meios de vigilância à distância. Após uma leitura atenta do artigo conseguimos entender que logo no seu nº1 está prevista uma

³Para maiores desenvolvimentos sobre aquilo que se entende por geolocalização, veja-se, neste sentido, MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *Estudos de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2016, Vol II, pp. 89-117.

proibição: os meios de vigilância à distância não podem ser usados pelo empregador com o fim de controlar a atividade profissional que o trabalhador desempenha. De facto, se o empregador controlasse o trabalhador a este ponto o local de trabalho tornava-se um ambiente de desânimo, stress e até pressão. Ninguém gosta de ser observado desta maneira, os trabalhadores são pessoas e como tal, tem tantos direitos quanto as outras. O direito à reserva da intimidade da vida privada e de autodeterminação informativa são os direitos que mais colidem numa situação destas. No entendimento de TERESA MOREIRA⁴, falamos de um controlo potencial, no sentido em que poderá acontecer que a atividade profissional do trabalhador venha a ser controlada, ainda que a mesma não tivesse sido.

O art. 20º, nº1 do CT não é absoluto, uma vez que a proibição não se estende, limita-se. O empregador não pode controlar o trabalhador nos termos indicados anteriormente, mas ainda assim, pode usar uma câmara de videovigilância para zelar pela proteção e segurança de pessoas e bens no seu local de trabalho. A segurança no trabalho está consagrada desde logo, no art. 59º, nº1, al. c) da CRP. Não podemos negar que o trabalhador tem este direito e no fundo, o empregador o dever de manter a ordem e segurança do seu estabelecimento. Compreendemos que existem locais de trabalho, tais como: um Banco, Relojoaria, Casinos, entre outros que devem ter vigilância por vídeo, pois são locais propícios a assaltos e desordem pelas quantidades avultadas de dinheiro que estes guardam⁵. Assim, o nº2 do art. 20º do CT

⁴Neste sentido, MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: Contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, maio de 2010, p. 504.

⁵Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães [em linha], de 25-06-2015 (proc. nº 522/14.6TTGMR-A.G1), relatado pelo Conselheiro Moisés Silva [consult. 18/12/2019]. Disponível em www.dgsi.pt. O acórdão apresentado envolve a atividade bancária e por isso, justifica-se a videovigilância, pois, como já referimos, estão em causa quantias avultadas e o próprio património do banco e das pessoas que depositam lá o seu dinheiro. Sem um sistema

apresenta-nos uma exceção, acrescentando ainda que “quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem” a câmara de videovigilância, pode ser utilizada. Segundo TERESA MOREIRA⁶, a videovigilância é um sistema indispensável, pois permite à distância, poupando custos, controlar a atividade produtiva. Justifica-se por outro lado, em locais de trabalho, onde o trabalhador se encontre isolado.

Trata-se de colocar numa balança os interesses que se visam proteger e neste sentido, ir ao encontro do resultado mais vantajoso. Quer isto dizer que analisado o custo-benefício, os prejuízos que poderiam resultar e os perigos que se poderiam correr por o empregador não recorrer a meios de videovigilância, quando pode e tem legitimidade para o fazer, então rapidamente se percebe que o seu direito prevalecerá sobre tudo o resto.

O empregador não pode servir-se da legitimidade que tem para usar estes meios, para defraudar a lei e mais do que isso, violar os direitos fundamentais dos trabalhadores, utilizando o meio de videovigilância para controlar o desempenho profissional dos trabalhadores. A proibição é expressa e tal situação não pode acontecer de uma maneira ou de outra. Os trabalhadores devem estar sempre protegidos. A exposição a que estes estão sujeitos na admissibilidade da instalação de um sistema como este é clara, mas deve ser suportável, para que se contornem situações de perigo. Nas palavras de TERESA MOREIRA⁷, o controlo não é intencional, é acidental, não é desejado, mas possível e lícito.

de segurança como este, os perigos e transtornos graves que pudessem ocorrer seriam devastadores para a entidade empregadora.

⁶Para maiores desenvolvimentos sobre esta matéria, veja-se, MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação...*, *op. cit.*, p. 519.

⁷Cfr. MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação...*, *op. cit.*, p. 507. Trata-se de um controlo aparente.

É questionável como se sabe a verdadeira intenção de alguém, neste caso, a entidade empregadora. Como se prova que o fim visado é considerado lícito e não ilícito? O caminho seguido pelo empregador foi o certo e não o errado? Será o empregador assim tão boa pessoa ao ponto de não procurar observar o desempenho profissional dos seus trabalhadores e no alcance de detetar algum comportamento faltoso, despedir o trabalhador, com o motivo de este ter sido vigiado e controlado sem que disso se apercebesse, porque estava exposto. Quanto à admissibilidade como prova da imagem e som captado pela câmara de videovigilância vejamos mais à frente, já que precisaremos de sustentar tal análise de acordo com a doutrina e jurisprudência mais recente, uma vez que pretendemos no nosso relatório demonstrar sempre uma visão atualista, sem descurar o outro lado que estamos sempre tão habituados, face a uma divergência doutrinal e jurisprudencial decorrente também nesta matéria.

O empregador terá de pedir uma autorização à Comissão Nacional de Proteção de Dados, para que possa fazer uso de uma câmara de videovigilância (art. 21º, nº1, do CT). Esta autorização tem de respeitar o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) (art. 21º, nº2, do CT). Os dados pessoais gravados através de vídeo são guardados durante o período de tempo que se julgue necessário para a prossecução dos fins que se visam atingir, tal informação é eliminada logo que o trabalhador seja transferido para outro local de trabalho ou cesse o contrato de trabalho (art. 21º, nº3 do CT), a violação do disposto neste nº3 implica uma contra-ordenação grave (art. 21º, nº5 do CT). O pedido de autorização a que se refere o nº1 não se basta por si, tem, pois, de se fazer acompanhar de parecer da comissão de trabalhadores ou, caso este não esteja disponível, no prazo de

O controlo nunca foi o fim para a instalação do sistema de vigilância, porque se na sua base se suspeitasse que fosse, seria desde logo, proibido pela norma do art. 20º, nº1 do CT.

10 dias após a consulta, de comprovativo do pedido de parecer, conforme resulta do nº4 do presente artigo.

O Regulamento (EU) 2016/679 de 27 de abril de 2016⁸ tem um importante voto nesta matéria. Assim, o tratamento de dados pessoais só poderá ocorrer de acordo com o considerando 47, nas circunstâncias dos interesses dos responsáveis pelo tratamento constituírem um fundamento para o seu tratamento, “desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais do titular.”

O direito à intimidade da reserva da vida privada do trabalhador pode bem prevalecer, tratando-se de um direito de personalidade, sensível e fundamental consagrado constitucionalmente e deve ser o mais respeitado possível. Concordamos com este considerando, já que o nosso ordenamento jurídico visa proteger os direitos fundamentais. São direitos primários que se afirmam por si, tendo uma forte proteção na Constituição da República Portuguesa (arts.12º e ss). E essa proteção estará mais que salvaguardada, ao anular-se o direito do empregador de utilizar um meio de videovigilância, como a câmara de videovigilância e proteger a pessoa e os seus direitos em causa. A norma não podia ser mais digna, mais humana.

Conforme defende, TERESA MOREIRA⁹, a aplicação do art. 20º, nº2 do CT implica que estejam em causa infrações graves, já que a vigilância de forma continuada com vista a prevenir infrações menores, poderá ser ilícita, no sentido do empregador estar sujeito à proibição contida no nº1 deste artigo, porque teve a intenção de controlar o trabalhador nesse sentido e não outra.

⁸Trata-se do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) Da União Europeia (EU) e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Neste âmbito, destacamos a Lei nº58/2019 de 8 de agosto que assegura a execução, na ordem jurídica nacional deste Regulamento.

⁹Neste sentido, MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação...*, *op. cit.*, p. 517.

Podemos afirmar que o fim tem de ser legítimo e sujeito ao princípio da proporcionalidade. Este princípio encontra-se no art. 5º, nº1, al. c) do RGPD, mas também no já mencionado art. 21º, nº2, do CT. Deste modo, terá de se analisar se a medida em causa (a utilização de uma câmara de videovigilância pelo empregador e sujeição dos trabalhadores à sua privacidade exposta) é adequada no sentido em que é idónea ao fim que se visa atingir. Ultrapassando o crivo da adequação, passar-se-á à fase seguinte: a necessidade. Assim, tem de se considerar se a medida é realmente necessária, se dadas as circunstâncias, não existirá uma outra que não seja tão excessiva e onerosa. Deve ser, pois, a mais necessária de todas. No que se refere à proporcionalidade em sentido estrito, temos de analisar se as desvantagens que irão resultar da instalação de sistemas de videovigilância não serão superiores às vantagens da não instalação.

Aceitamos que o empregador tem o seu direito de proteger as pessoas e bens e que o deve cumprir, no entanto, se tal empregar uma violação de direitos fundamentais que prevaleça, tal como já afirmamos supra, as desvantagens serão claramente superiores, na medida em que se ofendem direitos fundamentais e nesse sentido, a medida caía passando o teste da proporcionalidade, por não se encontrar preenchido o requisito da proporcionalidade em sentido estrito.

O trabalhador deve ser informado que o empregador irá instalar um sistema de videovigilância no seu local de trabalho, explicando-lhe a finalidade visada, de acordo com o nº3 do art. 20º do CT. O dever de informação sobre “aspetos relevantes do contrato de trabalho” é um dever consagrado desde logo, no art. 106º do CT. O empregador deverá fixar em locais visíveis por escrito que existe um sistema de vídeo, além de um símbolo identificativo, conforme referido neste nº3.

O direito de informar o trabalhador que os seus dados estão a ser recolhidos por um sistema de captação de imagens e som, no caso, a câmara de vídeo, também consta dos artigos 13º e 14º do RGPD.

O princípio da transparência está aqui implícito e assume uma enorme preponderância nesta matéria. A necessidade de transparência da informação é um requisito essencial, para que o empregador possa utilizar um meio de vigilância como este, a transparência está, pois, ao lado das exigências do princípio da proporcionalidade. A transparência preenche-se, desde logo, com a informação dada pelo responsável do tratamento de dados pessoais (no caso em concreto, o empregador). Tal como refere TERESA MOREIRA¹⁰ o facto de o trabalhador estar informado e muitas vezes, consentir não significa que o trabalhador aceite este controlo, o consentimento¹¹ do trabalhador neste sentido, não é livre, nem nunca será. O trabalhador estará sempre dependente de condicionalismos, pois não quer perder o emprego e sente que deve obedecer ao empregador, já que a relação de trabalho implica uma subordinação jurídica.

Uma vez informado, o trabalhador poderá reagir mediante os seus direitos que se tutelam, se assim o entender e for o caso. O trabalhador pode assim, fazer valer os seus direitos fundamentais, procurando defender a sua privacidade e ao mesmo tempo, liberdade, se assim, realmente for, o que depende muito da situação em concreto quais os direitos que mais estarão comprometidos numa relação como esta.

O tratamento de dados pessoais deve respeitar o princípio da proporcionalidade, da transparência e ser legítimo o consentimento dos trabalhadores e, na medida em que se respeitarem, só assim se pode considerar

¹⁰MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação...*, op. cit., p. 479.

¹¹O art. 6º, nº1, al. a) do RGPD invoca este consentimento como sendo um pressuposto essencial para o tratamento de dados pessoais.

que a recolha e tratamento de dados pessoais é legítima, lícita e legal. Após análise de alguma jurisprudência sobre esta matéria, deparamo-nos com outros princípios que devem ser tidos em consideração e que alguns de uma maneira ou de outra, derivam destes princípios base, é o caso do princípio da intromissão mínima que acaba por resultar do princípio da proporcionalidade, de que falaremos mais à frente.

Capítulo II

O TRATAMENTO E RECOLHA DE DADOS PESSOAIS ATRAVÉS DA VIDEOVIGILÂNCIA

1. A captação da imagem e do som do trabalhador

Os dados pessoais encontram-se protegidos constitucionalmente desde logo, pelo art. 35º da CRP e pelo art. 17º do CT. O RGPD trata da sua definição no art. 4º, nº1. Comporta uma noção ampla, mas esclarecedora daquilo que se entende por dados pessoais. Dados pessoais serão o nome de identificação da pessoa, o NIF, o seu estado civil, a sua naturalidade, a sua residência, titularidade do número do seu cartão de cidadão, entre outros, que digam respeito à possível identificação da pessoa. O art. 26º da CRP aponta para os direitos pessoais que também são dados pessoais¹².

O tema da proteção de dados pessoais é extenso e tem sido objeto de alterações legislativas e repercussões diretas na doutrina e jurisprudência, uma vez que é um tema que sofre pelo seu carácter atualista¹³.

¹²Cfr. MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação...*, *op. cit.*, p.469.

¹³Referimo-nos aos dados pessoais de forma breve, para concretizarmos melhor o nosso estudo e objeto de investigação.

Observamos que os dados pessoais são tratados e recolhidos por uma câmara de videovigilância. Nesta lógica, a imagem e o som captados permitem a recolha de dados pessoais, uma vez respeitados os princípios exigidos¹⁴.

Através da imagem e o som, uma pessoa pode ser identificada. As características pessoais de um ser humano, o seu modo de ser, estar, agir, reagir, enfim, a sua personalidade, são dados que são detetados através de um sistema como este.

Ao ser visualizada uma imagem, uma voz que permitem identificar e determinar um comportamento que aponta para uma personalidade distinta de cada ser, afetam-se direitos que deviam estar protegidos e parece que aparentemente não estão, pela intromissão, apesar de consentida de uma pessoa. Falamos certamente de direitos de personalidade consagrados nos artigos 14º a 22º do CT: “Liberdade de expressão e de opinião” (art. 14º do CT), “Integridade física e moral” (art. 15º do CT), “Reserva da intimidade da vida privada” (art. 16º do CT), “Proteção de dados pessoais” (art. 17º do CT), “Dados biométricos” (art. 18º do CT), “Testes e exames médicos” (art. 19º do CT), “Meios de vigilância à distância” (art. 20º do CT), “Utilização de meios de vigilância à distância” (art. 21º do CT). Os direitos de personalidade não se esgotam no Código do Trabalho, existem outros que por este não foram regulados. Assim, encontram-se tutelados juridicamente também nos artigos 24º e ss. da CRP e artigos 70º e ss. do CC.

É neste contexto linear que fazemos corresponder os meios de vigilância à distância tratados no art. 20º do CT e sua especial utilização no art. 21º do CT, aos direitos de personalidade. A dignidade da pessoa humana é um princípio basilar da nossa Constituição e por isso, aos cidadãos tem de ser atribuídos direitos de personalidade, porque as pessoas são dignas de os ter e ninguém pode afetá-los ou restringi-los. Na relação laboral em que nos

¹⁴Neste sentido, MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *Estudos de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 230.

deparáramos com a subordinação jurídica propiciada pelo contrato de trabalho, os direitos de personalidade são muitas vezes, reduzidos.

Sem descurar o nosso tema em análise no que diz respeito aos meios de vigilância à distância, no caso em concreto, através de um sistema de videovigilância, rapidamente entendemos que com a utilização de um meio desta natureza que os direitos de personalidade do trabalhador são diminutos e são-no independentemente do conhecimento ou consentimento de quem está a ser filmado. Uma pessoa singular tem um círculo de direitos de personalidade mais abrangente e protegido quando se sente livre.

Ao longo da apresentação do nosso estudo e investigação, aludimos uma vez ou outra, à intervenção feita na vida privada do trabalhador, concordamos nesse sentido, como sendo o direito da reserva da intimidade da vida privada, o direito mais afetado. Recordamos que nos referimos a uma autodeterminação informativa que se trata de um conjunto de informações que o trabalhador não quer que sejam conhecidas do domínio público, porque pertencem à sua simplicidade e natureza forma de estar na sua esfera jurídica privada, a que tem direito.

Segundo, mais uma vez, TERESA MOREIRA¹⁵, o trabalhador tem um envolvimento pessoal maior na relação de trabalho do que o empregador, daí que haja uma atenção especial aos direitos de personalidade do trabalhador que acabam por funcionar como uma limitação dos poderes do empregador.

¹⁵Neste sentido, MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *Direitos de personalidade*. Separata de Código do Trabalho- A revisão de 2009. Coimbra: Coimbra Editora, p. 103.

Capítulo III

A VIDEOVIGILÂNCIA COMO UM MEIO DE PROVA

1. A admissibilidade das imagens e sons captados

No seio da doutrina e jurisprudência existe uma divergência quanto à admissibilidade como prova dos dados pessoais tratados e recolhidos.

Após o nosso estudo e leitura de alguns acórdãos, conseguimos entender e concordamos com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO¹⁶ que no âmbito da jurisprudência mais recente admite-se a videovigilância, para fazer prova num processo disciplinar.

A título exemplificativo, apresentamos o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 07.12.2018¹⁷. Neste caso, permitiu-se a visualização de imagens da autora para fins disciplinares. A autora trabalhava numa bomba de gasolina e tinha comportamentos impróprios com o seu namorado (cliente), o que causava uma má imagem para a entidade empregadora, assim como para os demais clientes e público dirigido.

Na nossa honesta opinião, concordamos com a decisão da Relação, uma vez que o comportamento da trabalhadora é contínuo e por isso, grave. Ela não pode estar protegida pelo art. 20º, nº1 do CT, uma vez que o empregador não instalou o sistema de videovigilância, para controlar profissionalmente a trabalhadora, mas para proteger a segurança de pessoas e bens, à luz do art. 20º, nº2 do CT. Trata-se de uma bomba de gasolina, é compreensível que deva ter uma câmara de videovigilância para manter a segurança. E é precisamente

¹⁶Cfr. CORDEIRO, António Menezes - Direito do Trabalho - Direito Europeu, dogmática geral, direito coletivo. Coimbra: Almedina, 2018, Vol I, p. 573.

¹⁷Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto [em linha], de 07-12-2018 (proc. nº 159/18.0T8PNF-A.P1), relatado pelo Conselheiro Domingos Morais [consult. 21/12/2019]. Disponível em www.dgsi.pt.

pela finalidade do art. 20º, nº2 do CT que não se pode permitir que uma trabalhadora perturbe e prejudique não só o local de trabalho, mas também a entidade empregadora que a poderá levar à perda de clientes e à ruína do seu negócio, se a situação se mantivesse, até porque a trabalhadora sabia que estava a ser exposta a filmagens e por isso, “expôs-se gratuitamente.”

Entendemos que o seu direito à reserva da intimidade da vida privada não deve sobrepor-se ao direito do empregador, já que os prejuízos que resultariam desta infração grave ao não ser punida, seriam muito maiores para o empregador do que para a trabalhadora. É um facto que a autora sabia e consentiu na exposição a vídeo e nada o fez para evitar. O direito privado não pode ser protegido e prevalecer sobre todos os outros direitos dignos de proteção, quando numa situação como estas, já se está a colocar em causa a própria reserva da vida privada em si.

Apesar de considerarmos o trabalhador como a parte mais débil no contrato de trabalho, porque subordinado, não podemos sempre ver o seu lado, o empregador é uma pessoa e também tem os seus direitos que não podem deixar de ser protegidos, quando tiver razões para isso.

Centremo-nos também no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26.06.2017¹⁸ que ilustra uma situação em A foi despedida e vem alegar ao processo que o foi ilicitamente sem justa causa. Contudo, a Ré apresenta entre as várias causas, a agressão de uma colega sua cujas imagens são retratadas e reproduzidas numa câmara de videovigilância. Estas imagens serviram como prova para o seu despedimento, após a decisão do Tribunal da Relação do Porto, dado que esta decisão foi objeto de um recurso de apelação, por se ter

¹⁸Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto [em linha], de 26-06-2017 (proc. nº 6909/16.2T8PRT.P1), relatado pelo Conselheiro Jerónimo Feitas [consult. 21/12/2019]. Disponível em www.dgsi.pt

reprovado em primeira instância, a possibilidade de tais dados pessoais auxiliarem como prova para o fim disciplinar apresentado.

A agressão a alguém constitui uma infração grave de relevo. Compreendemos que não se permite na relação de trabalho, desordem, falta de segurança, violência. A entidade empregadora deve por isso, estar atenta a comportamentos deste género no seu local de trabalho. Este não deve ser um local de agressão, pelo contrário, deve ser um local em que as pessoas procurem dar-se bem, já que é nele que passam a maior parte do seu tempo. Porém, nem sempre isso acontece, tal como na situação apresentada.

A nossa opinião coincide com a do Tribunal da Relação. Não se verificando a proibição contida no art. 20º, nº1 do CT ora, mencionada, mas tão só a instalação do sistema de vídeo ao abrigo do art. 20º, nº2 do CT, o meio de vigilância é lícito, uma vez verificando-se os seus pressupostos de admissibilidade, nomeadamente os princípios subjacentes e respetiva autorização à CNPD. Para além disso, é importante revelar que também neste caso, a autora sabia que estava a ser exposta a filmagens, já que esta tem de ser devidamente informada.

Reparamos como a jurisprudência dos últimos anos procura constituir como prova as imagens e o som captados da câmara de videovigilância, conforme referimos anteriormente. Concordamos com TERESA MOREIRA¹⁹ quando nos diz que perante infrações disciplinares graves, as captações de tais situações gravosas podem servir como prova. Seguindo este entendimento, as infrações penais de menor relevo, não poderão considerar-se.

No que se refere à possível admissibilidade da câmara de videovigilância como um meio de prova para um ilícito disciplinar, o princípio da

¹⁹Neste sentido, MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *Estudos de Direito do Trabalho...*, op. cit., p. 297.

proporcionalidade²⁰ deve ser desde logo, respeitado de maneira, a apurar se a instalação da câmara é uma medida proporcional, ainda que haja uma autorização de instalação por parte da CNPD.

TERESA MOREIRA²¹ refere que o princípio da intromissão mínima deve ser atendido nestas situações. Este princípio revela que os direitos fundamentais dos trabalhadores devem ser restringidos o mínimo possível, só na medida em que sejam necessários, o que é aferido pelo princípio da proporcionalidade.

Conforme refere a autora²², a captação através do sistema de videovigilância deve ser a menor possível, no sentido em que muitas vezes, basta a visualização sem ser necessário a gravação, assim como poderá ser suficiente as imagens ao invés da gravação do som. Nunca os dois, se apenas um se afirmar necessário para satisfazer as necessidades visadas ab initio. O modelo da câmara em si, também deve ser tido em atenção, porque pode ter menores consequências relativamente aos efeitos do direito de privacidade dos trabalhadores.

A localização das câmaras e as modalidades de registo²³ também devem ser tidas em conta. No acórdão da Relação do Porto de 23.01.2013²⁴ realiza-se a localização, pelo facto de a câmara de vídeo não se poder instalar junto às

²⁰Já aludimos ao princípio da proporcionalidade e aos seus requisitos, pelo que remetemos supra, p. 5 do nosso relatório.

²¹Neste sentido, MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *Estudos de Direito do Trabalho...*, op. cit., p. 278.

²²Cfr. MOREIRA, TERESA Alexandra Coelho - *Estudos de Direito do Trabalho...*, op. cit., p. 278.

²³Cfr. MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *Estudos de Direito do Trabalho...*, op. cit., p. 279.

²⁴Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto [em linha], de 23-01-2013 (proc. nº 932/07.5TAVRL.P1), relatado pela Conselheira Lígia Figueiredo [consult. 22/12/2019]. Disponível em www.dgsi.pt.

caixas registadoras do estabelecimento comercial, dado que se visa proteger os clientes no ato de pagamento, quando utilizem os seus cartões de débito ou crédito. São dados pessoais sensíveis que jamais podem ser gravados por uma câmara de vídeo e como tal, devem ser protegidos. Também o refere o art. 19º, nº2 al. b) da LPD²⁵, “as câmaras não podem incidir sobre a zona de digitação de códigos de caixas de multibanco ou outros terminais de pagamento ATM.”

Deve ainda ter-se em atenção a atividade em causa²⁶.

O controlo não deve ser contínuo e permanente, se a necessidade não se verificar, a menos que se entenda que o deve ser por razões de segurança de pessoas e bens (art. 20º, nº2 do CT). A conservação de imagens e/ou som deve ser, pois, limitada no tempo, se tal não for justificado pela medida do estritamente necessário, para que se satisfaça o fim legítimo.

O princípio da finalidade legítima encontra-se no art. 5º, nº1, al. b), do RGPD. É um princípio que também deve ser tomado em conta aquando da análise de admissibilidade dos dados pessoais recolhidos através de videovigilância para servirem como meio de prova. Este princípio significa como o próprio nome indica que tem de existir uma finalidade ou um motivo para a intervenção da instalação de um sistema como este, finalidade essa que deve ser legítima.

O princípio da compatibilidade com a finalidade prevista está previsto também no mencionado art. 5º, nº1, al. b), do RGPD. Este princípio diz-nos que o empregador não pode usar a informação recolhida do sistema de videovigilância como bem entende, ou seja, se o fim indicado inicialmente para o uso deste sistema foi um, não pode agora aproveitar-se de certas informações recolhidas para visar um outro que não tenha sido a razão inicial

²⁵Este art. 19º, nº2 da LPD aponta para a localização das câmaras, indicando-nos onde estas não podem incidir.

²⁶Cfr. MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *Estudos de Direito do Trabalho...*, op. cit., p. 279.

da sua adoção. Na verdade, quando o fim legítimo é a proteção de segurança de pessoas e bens (art. 20º, nº2 do CT) e ocasionalmente se descobre um ilícito do trabalhador, que o poderá levar a um processo disciplinar, tal ocorrência poderá ser tomada em conta, desde que seja uma infração de natureza grave.

Uma vez que procuramos apresentar o caminho que deve ser percorrido, para que se possa considerar admissível os dados pessoais recolhidos através de videovigilância, não nos podemos esquecer também da importância que o princípio da transferência denota nesta sede. A este já nos referimos anteriormente, pelo que assim, remetemos. A necessidade deste princípio é fundamental, dado que sem a informação dada ao trabalhador e o seu conhecimento de que está a ser filmado ou gravado, implica que a prova seja nula (art. 32º, nº8, da CRP e art. 167º, nº1 do Código do Processo Penal).

A possibilidade de um controlo oculto por parte do empregador, não nos parece admissível, pelo caráter indispensável de transparência na recolha e tratamento de dados pessoais. Poderia sê-lo, se não existisse outra forma que satisfizesse ou justificasse a finalidade legítima pretendida, que pelo seu caráter gravoso e até oneroso implicasse negar o princípio da transparência, para que só assim se pudesse fazer prova de suspeitas de ilícitos penais graves, que jamais de outra forma se conseguiriam.

Como já referimos anteriormente, a jurisprudência mais recente e até a doutrina têm vindo a apresentar um voto nesta matéria positivo. Mas, não nos podemos esquecer que a prova não é considerada sempre que esteja em causa a proibição do art. 20º, nº1 do CT. Consideramos interessante incluir jurisprudência exemplificativa neste sentido, para concretizarmos de forma mais objetiva e elucidativa o trabalho que ora, nos propomos a apresentar.

2. A proibição do art. 20º, nº1 do CT como fundamento do meio de prova não admissível

Primeiramente, propomos-mos a comentar de forma breve a situação ocorrida no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19.11.2008²⁷.

Sucede que a autora foi despedida e considera que os factos foram insuficientes para justificar a justa causa e por isso, vem alegar a ilicitude do seu despedimento. A autora trabalhava num supermercado. A ré vem juntar ao processo disciplinar um DVD com imagens que fundamentam o seu despedimento. Contudo, a proibição do art. 20º, nº1 do CT é clara e proíbe que se controle o desempenho profissional do trabalhador, pelo que tal como consta do acórdão, as câmaras do supermercado não devem ter esses efeitos. O efeito útil destina-se a abranger a proteção conferida pelo art. 20º, nº2 do CT, o que se compreende pelo facto de o supermercado ser um espaço do domínio público, de maneira a proteger e evitar em certo sentido, a ocorrência de delitos.

Sucede que o empregador não demonstrou a autorização para a instalação de um sistema como este e por isso, toda a prova daí produzida é desde logo, ilícita²⁸. Nas palavras de PINTO HESPANHOL²⁹ no acórdão do STJ de

²⁷ Acórdão da Relação de Lisboa [em linha], de 19-11-2008 (proc. nº 7125/2008-4), relatado pelo Conselheiro Ramalho Pinto [consult. 23/12/2019]. Disponível em www.dgsi.pt.

²⁸O facto de a prova ser ilícita, não significa que todo o processo é nulo, mas tão somente que as imagens e gravação de som captado pela câmara de videovigilância não servirão de base à fundamentação da justa causa de despedimento, tal é sustentado pelo acórdão do STJ de 14-05-2008. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [em linha], de 14-05-2008 (proc. nº 08S643JSTJ000), relatado pelo Conselheiro Pinto Hespanhol [consult. 23/12/2019]. Disponível em www.dgsi.pt.

²⁹Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [em linha], de 22-05-2007, (proc. nº 07S054 JSTJ000), relatado pelo Conselheiro Pinto Hespanhol [consult. 23/12/2019]. Disponível em www.dgsi.pt. Na verdade, outras decisões jurisprudenciais seguem o mesmo entendimento, o que se compreende. Destacamos também aqui o acórdão do STJ de 08.02.2006, relatado pelo Conselheiro Fernandes Cadilha. Disponível em www.dgsi.pt.

22.05.2007 a prova será sempre ilícita, mesmo que a autorização tenha sido concedida, quando o seu fim seja o de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

Na realidade, está em causa um ilícito criminal, pela leitura do acórdão presume-se que tenha ocorrido uma suspeita de furto pela descrição e fundamentação apresentada. A ré defende que quando estão em causa ilícitos criminais, já não está em causa o controlo do trabalhador e por isso, a prova deve ser considerada. Não se concede qualquer razão à ré, uma vez que o controlo do trabalhador abrange todos os seus atos praticados.

Consideramos que o Supremo Tribunal de Justiça andou bem nesta decisão, pois, conforme referimos, a lei é clara na sua proibição expressa no art. 20º, nº1 do CT. E não há forma de a contornar, a legitimidade para o meio de prova teria de abranger o art. 20º, nº2 do CT.

Da nossa parte não poderíamos deixar de referir que se a infração penal é menor, isto é, não constitui uma infração penal de maior relevo, as filmagens resultantes da videovigilância não podem servir como prova, na medida em que está a controlar-se o desempenho profissional do trabalhador, o que nos parece mais evidente no caso concreto. A própria instalação das câmaras nas caixas e em todo o espaço que seja visível a atividade do trabalhador, compromete a situação. Ao controlar-se o trabalhador neste sentido, os seus direitos de personalidade, nomeadamente a sua privacidade é posta em causa e por isso, numa situação como estas, os seus direitos fundamentais devem prevalecer.

Por último, os princípios relativos à proteção de dados deveriam ter sido respeitados, para que a prova pudesse ser sustentada.

CONCLUSÃO

O presente relatório incidiu em torno de uma reflexão sobre os meios de vigilância à distância, em especial a câmara de videovigilância.

Começamos por analisar o art. 20º do CT- “Meios de vigilância à distância” em que se insere a videovigilância. O princípio geral do art. 20º, nº1 do CT consagra conforme observamos uma proibição, no sentido de proibir a instalação de um sistema de videovigilância como um meio de controlar o desempenho a nível profissional do trabalhador. A jurisprudência é fiel a esta proibição, não existindo formas de a contornar. O controlo deve ser desde logo, evidente, para que uma utilização de prova com base nas imagens e gravação de som captados, seja desconsiderada.

A proibição não é absoluta, uma vez que o art. 20º, nº2 do CT vem permitir que a utilização de um sistema de videovigilância seja lícita quando se visa proteger a segurança de pessoas e bens, o que se compreende que seja uma mais-valia em determinados postos de trabalho: Bancos, Relojoarias, Ourivesarias, Casinos, Supermercados, entre outros, que possam levar à ocorrência de delitos. O trabalhador deve estar informado de que está a ser filmado e exposta a sua imagem, privacidade (art. 20º, nº3 do CT), não se considerando o seu consentimento propriamente livre, porque limitado à subordinação jurídica que tanto caracteriza a relação laboral. Os direitos de personalidade do trabalhador devem ser protegidos e devem prevalecer se implicarem uma lesão forte para o seu círculo de direitos bem superior à limitação do poder diretivo do empregador.

O tratamento e recolha de dados pessoais está sujeito a princípios que devem ser respeitados: proporcionalidade; finalidade legítima; transparência; intromissão mínima, compatibilidade com a finalidade prevista inicialmente. Analisamos outros requisitos importantes nomeadamente, a modalidade da câmara, a sua localização, modalidades de registo, a atividade em causa. O desrespeito destes pressupostos e princípios constitui um entrave à prova de

dados recolhidos através de videovigilância face a um ilícito disciplinar ou criminal.

Nos últimos anos, a jurisprudência tem aceitado a imagem e som gravados captados através da videovigilância como meio de prova. A própria doutrina tem sido mais recetiva. Concordamos com TERESA MOREIRA quando na sua imensa e generalizada bibliografia reitera várias vezes, que as infrações penais de relevo descobertas ainda que acidentalmente devem ser consideradas para meio de prova. Contudo, o fim terá de ser sempre legítimo ao abrigo do art. 20º, nº2 do CT e nunca a proibição abrangida pelo art. 20º, nº1 do CT, pelo que quando assim for baseada na proibição estabelecida jamais a prova pode ser admissível.

Em suma, o tema é atualista e interessante, pelo que é enriquecedor da nossa formação.

MERCÍLIA PEREIRA GONÇALVES

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

Acórdão da Relação de Lisboa [em linha], de 19-11-2008 (proc. nº 7125/2008-4), relatado pelo Conselheiro Ramalho Pinto [consult. 23/12/2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/Jtrl.nsf/0/ab2bf2d57c99bd0680257514003a6ea2?OpenDocument>>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [em linha], de 08-02-2006, (proc. nº 05S3139JSTJ000), relatado pelo Conselheiro Fernandes Cadilha [consult. 23/12/2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/65e859e4729cc7688025712d00421026?OpenDocument>>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [em linha], de 14-05-2008 (proc. nº 08S643JSTJ000), relatado pelo Conselheiro Pinto Hespanhol [consult. 23/12/2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bf086a28e6f63b408025744a00301656?OpenDocument>>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [em linha], de 22-05-2007, (proc. nº 07S054JSTJ000), relatado pelo Conselheiro Pinto Hespanhol [consult. 23/12/2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1771be8dfd54aa72802572e40034640f?OpenDocument>>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães [em linha], de 25-06-2015 (proc. nº 522/14.6TTGMR-A.G1), relatado pelo Conselheiro Moisés Silva [consult. 18/12/2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/51296bb510548a9580257eb60055f9d6?OpenDocument>>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto [em linha], de 07-12-2018 (proc. nº 159/18.0T8PNF-A.P1), relatado pelo Conselheiro Domingos Morais [consult. 21/12/2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/cc2a4b78e8ec279d8025839800517f79>>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto [em linha], de 23-01-2013 (proc. nº 932/07.5TAVRL.P1), relatado pela Conselheira Lígia Figueiredo [consult. 22/12/2019].

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto [em linha], de 26-06-2017 (proc. nº 6909/16.2T8PRT.P1), relatado pelo Conselheiro Jerónimo Feitas [consult. 21/12/2019]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/213e51a9c28137de80258169003b373d?OpenDocument>>.

BIBLIOGRAFIA

CORDEIRO, António Menezes - Direito do Trabalho - Direito Europeu, dogmática geral, direito coletivo. Coimbra: Almedina, 2018, vol. I. ISBN 978-972-40-7684-3.

MELLO, Alberto de Sá - *Direito do Trabalho para Empresas*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8102-1

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: Contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, maio de 2010. ISBN 978-972-40-4208-4.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *Direitos de personalidade*. Separata de Código do Trabalho - A revisão de 2009. Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *Estudos de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4630-3.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *Estudos de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2016, vol. II. ISBN 978-972-40-6617-2.

Litígio entre utente e concessionária de autoestrada: Conflito de consumo?

Carlos Filipe Costa*

Licenciado em Direito

Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas

Imagine-se o seguinte caso prático¹:

“A” pretende a condenação de “B” à restituição total ou, pelo menos, parcial de quantia pela mesma cobrada, a título de “taxa de portagem”, com fundamento na passagem do último pórtico da autoestrada “C” (próximo de Vilar Formoso) – objeto de concessão (concessão “X”) atribuída pelo Estado Português a “B” –, estribando a sua pretensão no facto de o troço final da “C” se encontrar em obras desde o início do mês de julho de 2021, as quais determinam que os utilizadores da referida autoestrada apenas possam

* Licenciado em Direito e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Advogado (com inscrição voluntariamente suspensa). Juiz-Árbitro no TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, no CIAB (Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo de Braga) – Tribunal Arbitral de Consumo e no CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo.

¹ Inspirado na Sentença do CNIACC de 23.10.2020, Processo n.º 966/2020, disponível em <https://www.cniacc.pt/pt/documents/download/803d20a51bb580aa5c83c45307481cf7>.

transitar pela faixa da esquerda, donde conclui “A” que, em rigor, não está a usufruir de uma autoestrada ou via equiparada.

Para tanto, apresenta uma reclamação de consumo através do sítio da internet do CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo.

É o CNIACC materialmente competente para conhecer da relação controvertida, tal como configurada por “A”?

Nos termos e para os efeitos dos artigos 2.º e 14.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho², do artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro³, e dos artigos 3.º e 4.º, n.ºs 1 e 2 do Regulamento do CNIACC⁴, a fim de aquilatar se o litígio dos presentes autos reveste a natureza de “conflito de consumo”, importa:

1) apurar se existe ou não um vínculo negocial que ligue “A” e “B”, investidos nas qualidades de utente e concessionária da exploração da autoestrada “C” – questão que vem sendo discutida pela doutrina e resolvida pela jurisprudência sobretudo por causa do regime de responsabilidade civil aplicável em caso de violação de deveres de segurança por parte da concessionária;

2) aquilatar qual a natureza da contraprestação paga por “A” pela utilização daquela via pública de trânsito rápido – questão de que a literatura

² Lei de Defesa do Consumidor, sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro.

³ Lei da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo, sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro. Transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, estabelece o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo, e revoga os Decretos-Leis n.ºs 146/99, de 4 de maio, e 60/2011, de 6 de maio.

⁴ Disponível em <https://www.cniacc.pt/pt/regulamentos>.

jurídica e a jurisprudência vêm tratando a respeito da qualificação que o crédito relativo a taxas de portagem (e os seus juros) deve merecer em sede de processo de execução, singular ou universal.

Quanto à primeira questão acima posta em destaque, identifico uma orientação dominante até à adoção da Lei n.º 24/2007, de 18 de julho (mormente, o regime do seu artigo 12.º)⁵, que recusa a existência de qualquer relação contratual entre utente e concessionário, com base nos seguintes fundamentos enunciados pelo Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28.09.2010⁶ e que, aqui, sintetizo: as estradas são bens do domínio público (artigo 84.º, n.º 1, alínea d) da CRP), afetos a finalidades de interesse público, a tal não se opondo o facto de, no caso particular de uma autoestrada, a sua construção, conservação e exploração ter sido entregue, em regime de concessão, a um parceiro privado, vinculado ao exercício temporário, por sua conta e risco, de um ou mais direitos exclusivos que permanecem, quanto à sua titularidade, na esfera de certa pessoa coletiva de direito público; a concessionária não goza da faculdade de recusar a utilização da autoestrada a nenhum utente, pelo que carece de sentido a convocação, neste caso, do princípio da liberdade contratual, nomeadamente a dimensão e corolário de liberdade de contratar ou não contratar; a taxa de portagem é uma receita coativa unilateralmente fixada pelo Estado como forma de repartir as despesas contraídas com a abertura e a conservação da autoestrada pelos utentes. E uma outra corrente, que advoga a existência de vínculo negocial que liga utente e concessionário, ainda que a partir de diferentes construções: 1) a tese do contrato nominado e de consumo, expressamente contemplado nos n.º 1 e 2

⁵ Define direitos dos utentes nas vias rodoviárias classificadas como autoestradas concessionadas, itinerários principais e itinerários complementares.

⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28.09.2010, Processo n.º 803/2001.P1, Relator: João Proença, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

do artigo 2.º da Lei n.º 24/96⁷; 2) a doutrina do contrato inominado e afloração de relevância das *relações contratuais de facto* – que não têm na sua base um acordo de declarações de vontade convergentes das partes outorgantes, mas radica em puras atuações de facto, concludentes quanto ao seu sentido –, assente no ensinamento de ANTUNES VARELA⁸: «um contrato inominado em que o utente tem como prestação o pagamento de uma taxa e a (...) [concessionária] a contraprestação de permitir que o utente “utilize” a autoestrada, com comodidade e segurança, sendo certo que o conteúdo da prestação da concessionária (...) deriva de um dos princípios fundamentais em que assenta toda a disciplina legislativa dos contratos: «o princípio da confiança» assente no *stare pactos*, segundo o qual cada contraente deve responder pelas expectativas que justificadamente cria, com a sua declaração, no espírito da contraparte»⁹; 3) a figura do contrato com eficácia de proteção a terceiro, considerando que algumas das Bases que regulam o contrato de concessão concluído entre concedente e concessionário gozam de carácter normativo e, por isso, de eficácia externa em relação às partes outorgantes, protegendo interesses tuteláveis do utente em caso de inobservância de deveres acessórios (ou laterais) de conduta, por via de indemnização reparatória¹⁰.

Já no que respeita à segunda questão acima enunciada, em coerência com cada uma das grandes compreensões em oposição acerca da existência (ou

⁷ Defendida, nomeadamente, por ARMANDO TRIUNFANTE no estudo *Responsabilidade civil das concessionárias das autoestradas*, publicado na revista “Direito e Justiça”, vol. XV (2001), Tomo I, pp. 45 e seguintes, em especial p. 73.

⁸ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9.ª edição, Coimbra, Almedina, pp. 231-238.

⁹ *Vide*, por todos, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.02.2000, Processo n.º 99B1092, Relator: Miranda Gusmão, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

¹⁰ *Vide*, por todos, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 26.04.2007, Processo n.º 494/07-2, Relatora: Rosa Tching, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

não) de uma relação jurídica de natureza privada (diferente da relação contratual de direito público que, por força do contrato de concessão, se constitui entre concedente e concessionário) que estabelece um nexo entre utente e concessionário, verifico que: para a tese negacionista do contrato, as portagens constituem verdadeiras taxas, devidas a título de contrapartida da utilização de um bem público (artigo 4.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária¹¹) e subordinadas ao poder regulamentar do Estado, de tal modo que a sua cobrança só é admitida em determinados troços e nunca o seu montante pode exceder os valores máximos fixados pelo ente público maior, o que é reforçado pelo facto de o seu não pagamento constituir contraordenação, punível com coima, e poder desencadear processo de execução fiscal, promovido pela administração tributária, para cobrança coerciva (tudo conforme previsto na Lei n.º 25/2006, de 30 de junho¹², *maxime* arts. 5.º a 18.º do diploma); já para a teoria do contrato, as portagens não revestem natureza tributária, antes se assumem como um preço, ou seja, uma contrapartida pecuniária devida pelo utente por força da utilização de autoestrada, ao abrigo de uma relação de direito privado, constituindo tal preço receita exclusiva do concessionário no âmbito daquela relação de que o concedente não é parte¹³.

Pela minha parte, posiciono-me ao lado da tese negacionista do contrato, exaltando que a construção da relação negocial, embora pudesse encontrar arrimo na figura do contrato de adesão (pela ausência de liberdade de modelação do conteúdo do contrato pelo utente), esbarra no facto de, na verdade, inexistir sequer liberdade de contratar “tanto para a concessionária,

¹¹ Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro, sucessivamente alterado e atualmente com a redação que lhe foi conferido pela Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro.

¹² Aprova o regime sancionatório aplicável às transgressões ocorridas em matéria de infraestruturas rodoviárias onde seja devido o pagamento de taxas de portagem. Sucessivamente alterado, encontra-se em vigor com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 51/2015, de 8 de junho.

¹³ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 02.05.2016, Processo n.º 1749/14.GTBVCT-B.G1, Relator: Miguel Morais, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

que não pode excluir condutor algum, como, na prática, para o próprio particular, sujeito ao pagamento de uma taxa de trânsito quanto tem necessidade imperiosa de utilizar estrada em que essa taxa é exigida”¹⁴, não se verificando, assim, qualquer das liberdades em que se decompõe o princípio da liberdade contratual, trave basilar e estruturante do Direito dos Contratos. De resto, e para além do que já deixei consignado *supra* acerca da tese que merece o meu acolhimento, cumpre acrescentar, com o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02.12.2019¹⁵, que o montante que é cobrado com a utilização de uma autoestrada, a título de portagem, constitui uma taxa e não um preço, resultando a obrigação de pagar da verificação de um pressuposto legal – prestação concreta de um serviço público, correspondente à utilização privativa de bens de domínio público – e não de um acordo de vontades entre as partes, e o respetivo valor não deve exceder (i.e., deve ser proporcional) quer o custo efetivo do serviço prestado, quer o benefício retirado pelo particular da atividade pública desenvolvida pelo concessionário (princípio da equivalência jurídica). Neste sentido, vale o disposto no artigo 420.º do Código dos Contratos Públicos¹⁶, nos termos do qual “constituem direitos do concedente, a exercer nos termos e condições do contrato ou da lei e com os efeitos que destes resultem: a) estabelecer as tarifas mínimas e máximas pela utilização das obras públicas ou dos serviços públicos”.

Em suma, e ainda com o mesmo acórdão do Tribunal da Relação do Porto, porque o serviço prestado pelo concessionário conserva a natureza de serviço público e a contrapartida paga pelo utente surge como uma forma de o concedente proceder à remuneração do parceiro privado pelo serviço

¹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.10.2004, Processo n.º 04B2885, Relator: Oliveira Barros, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

¹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02.12.2019, Processo n.º 425/18.5T8AMT-A.P1, Relatora: Ana Paula Amorim, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

¹⁶ Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, sucessivamente alterado e atualmente com a redação que lhe foi conferida pela Declaração de Retificação n.º 25/2021, de 21 de julho.

público que o mesmo presta, forçoso é concluir que o litígio do caso prático não constitui um “conflito de consumo”, antes revestindo a natureza de relação jurídica tributária, pelo que o Tribunal Arbitral devia julgar verificada exceção dilatória de incompetência material para apreciar e decidir a pretensão de “A”, absolvendo “B” da instância, e, por via disso, ordenar o encerramento do processo (artigos 278.º, n.º 1, alínea a), 576.º, n.ºs 1 e 2, e 577.º, alínea a), todos do CPC, e artigo 44.º, n.º 1, 2.ª parte e n.º 2, alínea c) da LAV¹⁷).

CARLOS FILIPE COSTA

¹⁷ Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, que conserva, até à presente data, a sua redação originária.

Pornografia real infantil: Unidade ou pluralidade de crimes?

João Pedro Pereira Cardoso
Juiz Desembargador

RESUMO: O presente estudo recorta os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais mais relevantes na esfera do crime de pornografia real de menores, traçando no seu domínio dogmático uma análise crítica das diferentes perspetivas do bem jurídico violado e do problema da unidade ou pluralidade de crimes.

PALAVRAS-CHAVE: pornografia infantil, bem jurídico, crime continuado, trato sucessivo, infância, concurso de crimes, consentimento, dignidade humana, liberdade sexual, autodeterminação sexual.

1. Introdução

A questão desenvolvida neste estudo consiste unicamente em saber se na pornografia real de menores, prevista no nº1, do art.176º, do Código Penal¹, existe um único crime ou se haverá que sancionar cada ato isolado em função do número dos potenciais lesados, e mesmo se é de considerar cada ato individualmente concretizado, concretamente cada imagem ou vídeo importado, detido e partilhado, correspondente a uma nova resolução

¹ Diploma a que se referem os normativos legais adiante citados, sem indicação da respetiva origem.

criminosa que preencha os elementos típicos do crime, hipótese em que haverá tantos crimes quanto as condutas determinadas.

A unidade ou pluralidade de crimes identifica-se com a unidade ou pluralidade de resoluções criminosas pelo mesmo agente.

Dispõe o n.º1 do art.30.º, que *o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efetivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.*

É comum distinguir-se entre *concurso heterogéneo*, que corresponde à violação plúrima de vários tipos de crime, e *concurso homogéneo*, que corresponde à violação plúrima do mesmo tipo de crime.

O concurso de crimes consiste na subsunção dos factos a uma pluralidade de tipos de crimes com um desvalor jurídico autónomo, sendo que a concretização do que é um *tipo de crime* faz-se «por referência ao critério da identidade do bem jurídico protegido pelo tipo, corrigido pelo critério da “conexão situacional” entre diversas situações típicas homogéneas» (cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *in* Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2010, 2ª ed., anot. art.30º, pg.158).

O critério determinante do concurso é «o que resulta da consideração dos tipos legais violados. E efetivamente violados, o que aponta decisivamente para a consagração de um critério teleológico referido ao bem jurídico». Neste sentido, haverá «concurso real quando o agente pratica vários atos que preenchem autonomamente vários crimes ou várias vezes o mesmo crime (pluralidade de ações)» (cfr. Ac STJ de 27/05/2010 (Henriques Gaspar), processo n.º 474/09.4PSLSB.L1.S1, disponível em *www.dgsi.pt*).

No que concerne à figura do crime continuado, dispõe o n.º 2 do art.30.º, que *constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem*

jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente.

A Lei n.º 40/2010, de 03/09, veio alterar o disposto no n.º 3 do art. 30.º, que passou a dispor o seguinte: “*O disposto no número anterior [crime continuado] não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais*”.

Com a entrada em vigor da referida Lei, o legislador pôs fim à figura do crime continuado que atinja bens essencialmente pessoais, mesmo quando a vítima dos diversos atos é a mesma pessoa ². Assim, a figura do crime continuado encontra-se restringido à violação plúrima de bens não eminentemente pessoais.

Os bens jurídicos iminentemente pessoais são os que constam do Título I da Parte Especial do Código Penal, composto pelos artigos 131.º a 201.º, incluindo, assim, o tipo de ilícito em causa nos presentes autos, previsto e punido pelo art.176.º.

Mas, vejamos, o interesse protegido pela incriminação da pornografia real infantil.

² Na versão originária do art. 30.º do Código Penal, não se fazia qualquer distinção relativamente à violação de bens jurídicos pessoais ou não pessoais. Posteriormente, a Lei n.º 59/2007, de 04/09, introduziu o n.º 3 ao art. 30.º do Código Penal, que veio excluir do regime do crime continuado os crimes relativos a bens jurídicos iminentemente pessoais, *salvo tratando-se da mesma vítima*. Esta exceção da aplicação do crime continuado foi bastante contestada, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, o que motivou a que o legislador suprimisse a referida ressalva, através da Lei n.º 40/2010, de 03/09.

2. O bem jurídico tutelado pelo crime de pornografia real infantil.

O bem jurídico é, nas palavras de Figueiredo Dias, “*expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*”³.

O crime de pornografia de menores é praticado, no tipo base, por quem:

- utilizar menor em espetáculo, fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim (al.s a) e b), do nº 1, cit. art.176º);

- produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, os referidos materiais (al. c) do nº 1, cit. art.176º); e

- adquirir ou detiver tais materiais com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder (al. d) do nº 1, cit. art.176º).

A este respeito, lê-se no Ac STJ de 13.03.2019 (Vinício Ribeiro) www.dgsi.pt: «As Nações Unidas definem pornografia infantil como sendo qualquer representação por qualquer meio de uma criança em actividades sexuais explícitas, reais ou simuladas ou qualquer representação das partes sexuais, de onde resulta que o conceito de pornografia infantil é amplo (cfr. art.º 2 .º, c), do Protocolo Adicional à Convenção dos Direitos da Criança sobre o Tráfico de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia, de 2002),

³ Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2ª edição, pg. 114 e 120. Neste sentido, do mesmo Autor, in *O Direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito*, R. L. J. Ano 145, maio-junho 2016, nº3998, pg. 266, “o objeto da tutela tem-se como critério legitimador da incriminação: um valor transistemático à incriminação, mediatizado pelo texto constitucional, politicamente orientado e reconhecido pelo sistema social como condição essencial da realização individual ou coletiva”.

inexistindo pois qualquer distinção entre objecto pornográfico e erótico-sensual ⁴.

O bem jurídico tutelado não é apenas a autodeterminação sexual, mas, essencialmente, o direito do menor a um desenvolvimento físico e psíquico

⁴ A Lei nº40/2020, de 18 de agosto, veio inserir no nº8, do art.176º, uma definição de material pornográfico para o efeito do artigo em questão, considerando como tal “todo o material que, com fins sexuais, represente menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo”.

Como sublinhado por Paulo Pinto de Albuquerque, ob. cit., pág. 487, a fonte da disposição (art. 176.º do CP, introduzido pela reforma de 2007) é o Protocolo facultativo de 25.5.2000 à Convenção sobre os direitos da criança, relativo à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2003, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 14/2003 (in D.R. I Série-A de 05.03.2003), “conferindo à pornografia infantil o significado, segundo o seu art. 2.º, alínea c), de qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de actividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais, relativamente ao que se deveria garantir abrangência pelo direito criminal ou penal de actos de produção, distribuição, difusão, importação, exportação, oferta, venda ou posse (seu art. 3.º, n.º 1, alínea c))” (cfr. ac STJ de 5-9-2007, in www.dgsi.pt).

Também, acolhendo o que a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22.12.2003 (in *Jornal Oficial* de 20.01.2004), relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, definiu como pornografia infantil com crianças reais, reportada, segundo o seu art. 1.º, alínea b)/i, a qualquer material que as descreva ou represente visualmente envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes públicas, o que foi reafirmado pela Directiva 2011/92/EU, de 27.10.2011 (in *Jornal Oficial* de 17.12.2011), que entretanto veio substituir aquela, definindo pornografia infantil, nos termos do seu art. 2.º, alínea c), como: i) materiais que representem visualmente crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou ii) representações dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais, iii) materiais que representem visualmente uma pessoa que aparente ser uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, real ou simulado, ou representações dos órgãos sexuais de uma pessoa que aparente ser uma criança, para fins predominantemente sexuais, ou iv) imagens realistas de crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou imagens realistas dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais.

harmonioso, presumindo-se que este estará sempre em perigo quando a idade se situe dentro dos limites definidos pela lei.

“A gravidade destas condutas para o desenvolvimento dos menores, na esfera sexual, aliada à sua frequência, muitas vezes com finalidades lucrativas (de exploração económica), assim como a sua ligação a outros crimes (como o tráfico de menores), de carácter transfronteiriço, fundamentam esta preocupação e as imposições de criminalização neste domínio” – cfr. Maria da Conceição Ferreira da Cunha, in *Crimes sexuais contra crianças e adolescentes*. Revista Jurídica Luso Brasileira, ANO 3 (2017), N° 3, pg.362.

No entendimento de Maria João Antunes e de Cláudia Santos, in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Coimbra Editora, Tomo I, 2012, Artigo 176º, p. 880, o bem jurídico protegido pela criminalização da pornografia de menores é “o livre desenvolvimento da vida sexual do menor de 18 anos de idade face a conteúdos ou materiais pornográficos”.

Luciana Oliveira Costa, in “A Difusão de pornografia infantil pela internet: sentido e limites de uma incriminação”, Universidade de Lisboa, 2006, p. 45-47 e 66, defende que o bem jurídico protegido com a criminalização da pornografia de menores é o interesse pessoal da sua autodeterminação sexual e não a liberdade sexual porque conceptualmente esta pressupõe “a capacidade de atuar livremente, isto é, de consentir ou não intromissões na esfera sexual individual, o que não se verifica quanto aos menores”.

Na opinião de Vanessa Vicente Bexiga, in “O direito à imagem e o direito à palavra no âmbito do processo penal”, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2013, p.35 e 37, os bens jurídicos ofendidos neste crime são “(...) direitos à liberdade de autodeterminação sexual, à reserva da intimidade da vida privada e à imagem”.

Reconhecendo o papel da sexualidade no desenvolvimento da personalidade humana, o legislador pretende proteger aqueles que, devido à sua imaturidade, ainda não têm capacidade para se autodeterminar nesta vertente ⁵.

O crime de pornografia de menores visa, como se apontou, de forma mais direta ou indireta, defender a autodeterminação sexual de crianças e jovens, ou o seu livre desenvolvimento, de outro ponto de vista, bens jurídicos, de qualquer modo, de carácter eminentemente pessoal e consequentemente não subsumível à figura do crime continuado, por força do disposto no art.30.º, n.º3.

Dizer-se com Miguez Garcia e Castelo Rio, in Código Penal, Parte geral e especial, Almedina 2014, art.176º, pg.731, que as quatro variantes da ação prevista no art.176º, nº1, têm “todas em vista sobretudo a proteção da juventude e indiretamente, enquanto crimes de perigo abstrato, o facto de concorrerem para a redução do número de destinatários e do chamado turismo sexual em prejuízo de menores”, em nada descaracteriza o carácter eminentemente pessoal do bem jurídico tutelado, que assim não protege, pelo

⁵ “O bem jurídico reside mais directamente na protecção da personalidade em desenvolvimento dos menores, entendida tanto numa dimensão interior (psico-física ou moral) como noutra exterior (social ou relacional), embora não deixando de atentar, ainda que remotamente, na sua autodeterminação sexual, opção neocriminalizadora justificada no reforço da tutela das pessoas particularmente indefesas” - Cfr. Pedro Soares de Albergaria/Pedro Mendes Lima, in “O crime de detenção de pseudopornografia infantil – evolução ou involução?” e Maria João Antunes, in “Crimes contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos Menores”, ambos na Revista Julgar, Especial, n.º 12, Set./Dez.2010).

Também José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, in Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual, Edições Almedina, 3ª edição, 2021, pp. 252, explicam que: «Este crime consubstancia um reflexo das políticas de neocriminalização no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual pretendendo-se essencialmente atacar a utilização de crianças nos circuitos cinematográficos (e videográficos) de cariz pornográfico, criminalizando a difusão dessas imagens num circuito pedófilo cuja extensão é já conhecida”.

menos não protege de forma dominante, um bem jurídico de matriz supraindividual ou difuso.

Daí a nossa frontal discordância em relação ao defendido no acórdão do STJ 17-05-2017 (Pires da Graça), processo n.º 194/14.8TEL.SB.S1, in www.dgsi.pt, nenhuma similitude havendo com o crime de tráfico de estupefacientes, onde o bem jurídico protegido - a saúde pública - tem carácter coletivo.

A compra e detenção de drogas para consumo pessoal não impõe o prévio sofrimento de outrem, ao contrário do que ocorre na aquisição e posse de pornografia infantil que evidentemente pressupõe o aproveitamento sexual de uma pessoa reconhecidamente vulnerável.

Nem aqui se trata de evitar a transmissão dos objetos possuídos com o fim de evitar que o adquirente não seja prejudicado.

Daí que não deva ser dado o mesmo tratamento jurídico penal ao cedente ou traficante de pedopornografia e de drogas.

A posse de pornografia infantil, quando acompanhada do dolo específico de divulgação a que se refere a alínea d), n.º 1, do art. 176º, traduz-se “num aproveitamento ilegítimo de um abuso sexual ou da intimidade sexual de uma pessoa em desenvolvimento, cuja vulnerabilidade autoriza a tutela penal”⁶.

Não é tanto a proteção e defesa da dignidade dos menores em geral, na produção de conteúdos pornográficos e divulgação ou circulação destes pela comunidade, mas a sua tutela eminentemente pessoal ou individual que está em causa no crime de pornografia infantil.

⁶ Felipe Soares Tavares Morais, “Internet, Pornografia e Infância: a Criminalização da Posse de Pornografia Infantil”, in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro n.º 64, abr./jun. 2017, pg.124.

Nem a dignidade humana dos menores pode ser reduzida à categoria de bem jurídico penal, o qual deverá centrar-se num valor absoluto do próprio indivíduo (concreto menor) e não da comunidade, do grupo ou da classe onde se insere ⁷.

Estando em causa a obtenção, posse e divulgação de materiais pornográficos, por diversos meios, a infração surge relacionada com as circunstâncias e os conteúdos respetivos em relação a cada uma das vítimas.

O tipo legal de pornografia de menores pode revestir, no que ora releva, qualquer ato que se enquadre nas quatro modalidades caracterizadoras, correspondentes às diferentes alíneas do n.º 1, do art.176.º, em que transparece uma escala de valoração, embora punível de forma idêntica, desde a utilização de menor à detenção de materiais pornográficos com propósito legalmente definido.

Se o exercício da liberdade sexual pressupõe e depende antes de tudo da plena capacidade de autodeterminação sexual, do ponto de vista da dogmática da determinação do comportamento antinormativo, ao ordenamento criminal cabe proteger, de forma fragmentária, o bem jurídico pessoal da liberdade e da autodeterminação sexual, dos ataques mais graves, intoleráveis e perigosos de que se reveste cada uma das modalidades típicas de ação previstas no n.º 1, do cit. art.176º - cfr. Maria do Carmo Dias, in *Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos «crimes contra a liberdade sexual»*. Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º 8 (Esp:2008), p. 219.

⁷ A dignidade da pessoa humana (adulto ou menor) não constitui em si um bem jurídico penalmente relevante, antes configura, no modo fragmentário do direito penal, uma preposição ideológica que pode e deve concretizar-se em concretos bens jurídicos como é o caso da liberdade e autodeterminação sexual – cfr. com amplas citações da doutrina neste domínio, João Pedro Pereira Cardoso, in *O dever de dignidade da pessoa humana - A inconstitucionalidade do crime de lenocínio*”, pg.252 ss, disponível em https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao11/datavenia11_p199_391.pdf.

Trata-se de crime de perigo abstrato (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido verifica-se uma antecipação da tutela penal) e de mera atividade (quanto à forma de consumação do ataque ao objeto da ação), conforme Paulo Pinto de Albuquerque, ob. cit., pág.487, sendo que a utilização de material pornográfico com representação realista de menor e a mera detenção de materiais pornográficos merecem atenção punitiva.

No sentido de desmotivar os próprios consumidores de pornografia infantil, a tutela ampla daquele bem jurídico abrange a proibição da utilização direta e indireta de menores, no reforço da proteção das crianças e adolescentes, objetivando a sua validade preventiva.

Nas alíneas a) e b) do n.º 1 criminaliza-se a *utilização direta de menores* de 18 anos, ou o seu aliciamento, para espetáculos, fotografias, filmes ou gravações pornográficas. “Neste caso é a liberdade e autodeterminação sexual dos menores envolvidos que é posta em causa, através da atividade do agente, seja na intervenção direta nos factos seja no seu aliciamento pessoal para participarem nos mesmos. A natureza «pornográfica» dos atos referidos abrange menores em atividade sexuais, exibindo órgãos sexuais, ou em pose, posturas ou comportamentos suscetíveis de causar estímulo, excitação ou impulso sexual (José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, in ob. cit. pg.253). O menor será utilizado, segundo os mesmos Autores (ob. cit. pg.254), “quando é fotografado, filmado, gravado ou objecto de registo, independentemente do suporte em que fique registado (câmara fotográfica, telemóvel, computador, *i-pad*, *tablet*, etc) em situações configuradas como pornográficas ou participa no espetáculo pornográfico. Aliciar será todo o comportamento de que se socorre o agente do crime para motivar o menor a participar nos espetáculos, fotografias, filmes ou gravações pornográficas (dinheiro, prendas, promessas de trabalho ou outras promessas, ainda que falsas, entrega de bens em espécie, toda a conversa que convença o menor,

mesmo que sem qualquer entrega ou promessa se bens monetários ou não monetários, incitamento, seduzir o menor, etc)”.

Nas alíneas c) e d) do n.º 1 criminaliza-se *a utilização indireta de menores* de 18 anos, através de condutas que não comportam uma violação direta do bem jurídico liberdade e a autodeterminação sexual de um menor. Seguindo os mesmos Autores (ob. cit. pg.255) trata-se de “travar a proliferação da divulgação de condutas que atentam contra a liberdade e autodeterminação sexual de crianças, elas sim violadoras de bens jurídicos pessoais. Figueiredo Dias ⁸, a propósito da alínea d) da versão decorrente da reforma de 2001 do artigo 172.º, fala numa “criminalização (...) que não pode deixar de ser iluminada por um bem jurídico supra individual diverso do da liberdade e autodeterminação sexual de uma pessoa”. Afigura-se-nos que para além de uma tutela da liberdade e autodeterminação sexual do menor, proibindo todo o mercado de produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, cedência de material pornográfico, também se procura através da incriminação evitar danos na esfera pessoal do menor, que decorre da sua associação ao mercado pornográfico, com as sequelas físicas, emotivas, de reputação e honra que daí advêm. Existe uma tutela antecipada do interesse superior da criança, e do seu direito a ser acautelado o seu bem-estar físico e psíquico. Ora, todas as atuações ali descritas são suscetíveis de causar tais danos, pela expansão do conhecimento de tal material pornográfico”.

Quanto ao *modus operandi*, a ação típica da alínea c) do n.º 1 pretende cobrir:

- por um lado, “todo o tipo de disseminação, sem contrapartidas, dos referidos materiais, aí se englobando a venda, o empréstimo, o aluguer ou qualquer outra forma de transmissão dos mesmos”;

⁸ Cfr. Comentário Conimbricense ao Código Penal, pg.548.

- por outro lado, “a divulgação dos materiais referidos por todos os meios de comunicação conhecidos, sejam publicações escritas, meios audiovisuais, mas também a divulgação por via telemática, ou seja, através de computadores, redes digitais (v.g.) internet), e telemóveis (v.g. envio de material pornográfico por e-mail, telemóvel, partilha no *facebook*, divulgação em *blogs* ou *youtube* etc). Assim, qualquer aparelho que registe o som e/ou imagens de fotografias, filmes ou gravações pornográficas contendo menores é um meio adequado a configurar o modo de praticar o crime” (idem, pg.255-6).

Quanto ao *modus operandi*, a ação típica da alínea d) do n.º 1 refere-se à aquisição, detenção ou alojamento de fotografias, filmes ou gravações pornográficas, com o propósito e só de virem a ser distribuídas, importadas, exportadas, divulgadas, cedidas ou exibidas.

Cumprindo então aferir se nas quatro modalidades de ação típica é predominantemente o mesmo o bem jurídico protegido e se estamos perante um único crime ou uma pluralidade de crimes quando nos deparamos com várias vítimas.

A este respeito a jurisprudência tem-se dividido quanto à qualificação do trato sucessivo, sendo, contudo, esmagadora a maioria que afasta a figura da continuação criminosa, apontando mais recentemente, parte dela, para a existência de um bem jurídico supraindividual.

3. O crime continuado

O crime continuado constitui uma exceção ao princípio, segundo o qual o número de crimes se determina pelo número de tipos de crimes efetivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de

crimes for preenchido pela conduta do agente (nº1 do art.30º), cuja principal justificação radica numa diminuição considerável da culpa do agente ⁹.

O que quer dizer que, se relativamente a cada um dos crimes existe uma resolução criminosa autónoma, haverá um concurso real de crimes, ainda que esteja em causa o mesmo ilícito criminal e a mesma vítima. É, pois, imperiosa a reformulação do desígnio criminoso, surgindo este de modo autónomo em relação ao propósito criminoso anterior.

Em contrapartida, estaremos perante um só crime (não sendo o mesmo permanente ou de execução continuada) se existir apenas uma só resolução criminosa.

⁹ No crime continuado existe uma pluralidade de ações, que constituem o *corpus* de uma pluralidade de crimes, tantos quantas as ações, mas que a lei unifica e trata como um só crime (cfr. Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, 2015, p. 424).

O crime continuado consiste, portanto, numa unificação jurídica de um concurso efetivo de crimes, que protegem o mesmo bem jurídico, fundada numa culpa diminuída do agente (cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *ob cit.*, p. 221).

São elementos constitutivos do crime continuado (cfr. Germano Marques da Silva, *ob. cit.*, p. 429-433; Paulo Pinto de Albuquerque, *ob cit.*, p. 221-224): 1) A realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime, isto é, a existência de um conjunto de ações, que individualmente consideradas preenchem um facto típico previsto na lei; 2) A identidade do bem jurídico protegido, isto é, o bem jurídico protegido pelo tipo ou tipos plurimamente realizado deve, em princípio, ser o mesmo, pelo que quando forem diversos os tipos incriminadores preenchidos com as várias condutas do agente, terão todos de proteger essencialmente os mesmos interesses; 3) O bem jurídico protegido pelo tipo ou tipos plurimamente realizado não pode tratar-se de um bem jurídico pessoal; 4) A execução de forma essencialmente homogénea, que supõe a similitude do *modus operadi* do agente e, designadamente, dos meios utilizados na prática do crime; 5) A execução num quadro de solicitação de uma mesma situação exterior, o que supõe a proximidade espaço-temporal das violações plúrimas; 6) A diminuição sensível da culpa do agente, que supõe a existência de um circunstancialismo que facilita a repetição criminosa, que conduz a uma menor exigibilidade de conduta diversa por parte do agente.

Pese embora uma pluralidade de ações, naturalisticamente falando, concorda-se com a exclusão das figuras do crime continuado e do trato sucessivo.

Quanto ao crime continuado, o art.30º, nº3, não consente na sua verificação ante o reconhecimento da natureza eminentemente pessoal do bem jurídico tutelado pelo crime de pornografia infantil.

Mas, ainda que assim não fosse, o que só em tese se aceita, concorda-se que não se verifica qualquer circunstância exterior ao agente que diminua consideravelmente a sua culpa mesmo no quadro da sua atuação em relação a cada uma das vítimas.

De todo podemos assentir que estejamos sequer perante vários crimes continuados, um em relação a cada uma das vítimas. Não se vislumbra que diminuição da culpa possa existir, por atos que se sucedem no tempo, em que, muito pelo contrário, a gravidade da ilicitude e da culpa se acentua à medida que tais atos se repetem.

A facilidade de acesso às vítimas não pode significar uma solicitação ou facilitação exterior conducente a diminuir a culpa do agente. Antes pelo contrário, usualmente é o agente que insiste em repetir a prática dos descritos atos sexuais com os menores, aproveitando as oportunidades por ele criadas e precisamente para satisfazer a sua lascívia em cada momento bem distinto de voluntariedade.

Como se pode ler no acórdão do STJ 17-05-2017 (Pires da Graça), processo n.º 194/14.8TEL.SB.S1, in www.dgsi.pt, ainda que a *internet* represente para o utilizador uma diminuição considerável da culpa, ao fazer os *uploads* e *downloads* dos sites pornográficos, pela facilidade em eles aceder e utilizar, essa ação não é situação exógena à ação do agente, já que esta se traduz na utilização consciente e querida de tais *sites*, sem que haja uma

situação exterior que a motive, pelo que, também por tal atuação, não procede o crime continuado ¹⁰.

Habitualmente é o utilizador que cria as condições, procura e promove as oportunidades, renovando sempre o desígnio criminoso. As condições não surgem por acaso, antes são conscientemente procuradas e criadas por si para levar a cabo os seus desígnios criminosos.

Em cada atuação, o agente renovou o propósito criminoso, pelo que se está perante resoluções distintas, e a repetição tem a ver com circunstâncias próprias da sua personalidade e não exteriores.

Porém, perante uma sucessão de crimes praticados ao longo de um período longo de tempo, alguma jurisprudência tem configurado o crime de trato sucessivo.

4. O crime de trato sucessivo

Quando estão em causa crimes sexuais contra menores, a conduta criminosa é, normalmente, exercida de forma reiterada e repetida durante um período de tempo mais ou menos longo, e muitas vezes a única prova existente é a decorrente das declarações do(a) ofendido(a), que nem sempre se consegue recordar com exatidão dos momentos em que ocorreram os abusos.

Com tais constrangimentos, não raras vezes, o Tribunal conclui que o crime foi praticado várias vezes, mas não consegue contabilizar de forma precisa o número de crimes cometidos.

¹⁰ Como salienta Paulo Pinto de Albuquerque, ob. cit., p. 139, nota 29: “A diminuição sensível da culpa só tem lugar quando a ocasião favorável à prática do crime se repete sem que o agente tenha contribuído para essa repetição. Isto é, quando a ocasião se proporciona ao agente e não quando ele activamente a provoca.”

Ora, para combater estas dificuldades de prova, alguma jurisprudência tem, nestes casos, em que existe uma sucessão de crimes idênticos contra a mesma vítima, e num certo e delimitado período temporal, optado por considerar que houve apenas um crime sexual praticado diversas vezes ao longo do tempo e, por isso, habitualmente designado como *crime de trato sucessivo*.

A figura do *crime de trato sucessivo* é uma criação doutrinal e jurisprudencial «em que se convencionou que há só um crime — apesar de se desdobrar em várias condutas que, se isoladas, constituiriam um crime - tanto mais grave [no quadro da sua moldura penal] quanto mais repetido» (cfr. Ac STJ de 22/03/2018 (Souto Moura), processo n.º 467/16.SPALSB.L1-S1, disponível em www.dgsi.pt).

Contudo, abordando a questão da possibilidade da integração da conduta de um agente que relativamente a uma mesma vítima pratica vários factos ao longo do tempo, na figura do crime de trato sucessivo, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça vem afastando-se desta figura jurídica, designadamente quando entre os respetivos factos existe um lapso temporal que permite uma ponderação do arguido quanto ao comportamento que lhe era exigível ter.

Seguindo este entendimento encontramos o Acórdão do STJ de 06.04.2016 (Santos Cabral), processo 19/15.7JAPDL.S1, in www.dgsi.pt ¹¹,

¹¹ Na doutrina deste aresto: “I- A conduta do arguido que, desde Julho de 2014 e até Janeiro de 2015, altura em que a vítima era menor de 13 e 14 anos, respectivamente, manteve com esta, relações sexuais, com cópula completa, com uma regularidade de 1 vez por semana, nos dois primeiros meses, e de 2 a 3 vezes por semana, nos meses subsequentes até à data da detenção do arguido, em Janeiro de 2015, é demonstrativa de uma renovação de vontade, que tem na sua génese a satisfação dos instintos sexuais, evidenciando-se pelo facto de entre a prática das mesmas relações mediar um lapso temporal mais do que suficientemente para que emergisse uma ponderação da conduta do recorrente à face daquilo que lhe era exigível no cumprimento de regras básicas de convivência e de conduta de vida e impostas legalmente. II - Mesmo

podendo consultar-se no mesmo sentido (entre outros) os Ac.s STJ de 18.01.2018 e 22.03.2018, disponíveis in www.dgsi.pt.

Especificamente sobre o crime de pornografia real de menores, alinhando na mesma solução dogmática, encontramos o Ac STJ 20-02-2019 (Júlio Pereira), processo 234/15.3JA AVR.S1, www.dgsi.pt¹².

existindo uma unidade de resolução, a mesma não concede automaticamente a configuração de crime de trato sucessivo, pressupondo a afinidade desta figura com a do crime habitual, pois que somente a estrutura do respectivo tipo incriminador há-de supor a reiteração. III - Em face de tipos de crime como os imputados no caso vertente - crime de abuso sexual de crianças, p. e p. pelo art. 171.º, n.º 1 e 2 e 177.º, n.º 4, do CP - não nos encontramos perante uma «multiplicidade de actos semelhantes» realizados numa forma reiterada sob o denominador duma unidade resolutive pois que cada um dos vários actos do arguido foi levado a cabo numa policromia de contextos separados por um hiato temporal e comandadas por uma diversas resoluções, traduzindo-se cada uma numa autónoma lesão do bem jurídico protegido. IV - Cada um destes actos não constituiu um segmento ou parcela duma globalidade factual desdobrando-se como parte duma única actividade, mas constitui por si mesmo facto autónomo. Deve por isso entender-se que, referentemente a cada grupo de actos existe, pluralidade de crimes. V - Se o resultado prático pretendido pelo legislador foi a supressão da benesse do crime continuado em caso de condutas contra bens eminentemente pessoais, também é inadmissível a punição dos crimes contra bens eminentemente pessoais como um único crime «de trato sucessivo», ficcionando o julgador um dolo inicial que engloba todas as acções. Tal ficção constituiria uma fraude ao propósito do legislador. VI - É evidente que o apelo à figura de trato sucessivo permite ultrapassar uma outra questão que é o da determinação concreta do número de actos ilícitos que devem ser imputados. Porém, esse é um tema que convoca a forma como se faz a investigação criminal e a diligência acusatória e não uma questão de dogmática penal. VII - Perante a realização repetida do mesmo tipo de crime de abuso sexual de crianças, p. e p. pelo art. 171.º, n.º 1 e 2 e 177.º, n.º 4, do CP, num espaço temporal de 6 meses, encontramos-nos perante uma situação de pluralidade de crimes, sendo certo que tal dessintonia não pode assumir relevância jurídica no caso concreto (em que o arguido recorrente foi condenado pela prática de um único crime) face ao princípio da proibição da "reformatio in pejus" na medida em que o recurso foi interposto unicamente pelo arguido".

¹² Seguindo o mesmo entendimento encontramos o Ac STJ 20-02-2019 (Júlio Pereira) proferido no processo 234/15.3JA AVR.S1: "I - O chamado crime de trato sucessivo mais não é do que uma tentativa de ampliar a nossa construção jurídica do crime continuado, despojando-o da marca essencial que assume no nosso ordenamento jurídico-penal, que é a realização plúrima da acção típica no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente (art. 30.º, n.º 2 do CP). II - A categoria de

Para que o *crime de trato sucessivo* exista, a jurisprudência exige «uma “unidade resolutive”, realidade que se não deve confundir com “uma única resolução”», «deverá haver uma homogeneidade na conduta do agente que se prolonga no tempo, em que os tipos de ilícito, individualmente considerados são os mesmos, ou, se diferentes, protegem essencialmente um bem jurídico semelhante, sendo que, no caso dos crimes contra as pessoas, a vítima tem de ser a mesma» (cfr. Ac STJ de 29/11/2012, proc. n.º 862/11.6TAPFR.S1, *apud* Ac STJ de 04/05/2017, processo n.º 110/14.7JASTB.E1.S1, disponível em www.dgsi.pt).

São os assim denominados crimes prolongados, protelados, protraídos, exauridos ou de trato sucessivo, onde se convencionam um só crime, tanto mais grave, quanto mais repetido. E, ao invés dos crimes continuados, nos crimes prolongados há um progressivo agravamento da culpa, à medida que se reitera a conduta. A gravidade da ilicitude e da culpa acentuam-se com a prática reiterada.

O crime prolongado traduz uma unidade resolutive (o que não é o mesmo que uma única resolução), na qual o essencial é que o agente atue no âmbito de uma conexão temporal, sem ter de renovar o seu processo de motivação. A homogeneidade da conduta repercute-se no tempo, com a

crime de trato sucessivo, não vem, com essa designação, contemplada na lei, que prevê o crime permanente [art. 119.º, n.º 2, al. a), do CP], o crime continuado [arts. 119.º, n.º 2, al. b), 30.º, n.ºs 2 e 3, e 79.º] e o crime habitual [art. 119.º, n.º 2, al. b)], bem como o crime que se consuma por actos sucessivos ou reiterados [art.º 19º, n.º 2, do CPP]. III - Dado que os crimes praticados pelo arguido [1 crime de abuso sexual de criança, p. e p. pelo art. 171.º, n.ºs 1 e 2 do CP e de 9 crimes de pornografia de menores agravado, p. e p. pelos arts. 176.º, n.º 1, al. b) e 177.º, n.º 5, do CP (na redacção dada pela Lei 59/2007, de 04-09)], protegem bens jurídicos de natureza eminentemente pessoal e, para além disso, cada um dos crimes ofendeu uma diferente vítima, e porque a conduta do arguido não se enquadra em qualquer das designações supra mencionadas tem a mesma que ser punida de acordo com as regras do concurso efectivo constantes do art. 30.º, n.º 1 do Código Penal.

prática de ilícitos idênticos ou, se diferentes, protegem um bem jurídico semelhante, apenas com a condição de a vítima ser a mesma ¹³.

A jurisprudência que admite a aplicação da figura do *crime de trato sucessivo*, em situações de crimes de índole sexual é minoritária, sendo que, atualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça é praticamente unânime, ao afastar a aplicação desta figura dos casos de crimes de natureza sexual, nomeadamente nos crimes contra a autodeterminação sexual.

Com efeito, em face deste tipo de crimes não nos encontramos perante uma “multiplicidade de atos semelhantes” realizados numa forma reiterada, sob o denominador numa unidade resolutive, pois que cada um dos vários atos do arguido foi levado a cabo sobre vítimas distintas e, ademais, numa policromia de contextos separados por um hiato temporal e comandadas por diversas resoluções, traduzindo-se cada uma numa autónoma lesão do bem jurídico protegido. Cada um destes atos não constituiu um segmento ou parcela numa globalidade factual desdobrando-se como parte numa única atividade, mas constitui por si mesmo facto autónomo» (cfr. Ac STJ 06/04/2016 (Santos Cabral), processo n.º 19/15.7JAPDL.S1, disponível em www.dgsi.pt).

Unificar diversos comportamentos individuais que têm subjacente uma resolução distinta, sem que a lei tenha procedido a essa unificação, constitui uma clara violação do princípio da legalidade, pois em parte alguma os tipos legais de crime sexuais permitem que se possa entender apenas como um único crime a prática repetida em diversos dias, ao longo de vários anos, em

¹³ Segundo Figueiredo Dias, in *Direito Penal Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime – Tomo I*, página 1028, são “propósitos político-criminais que estão na base desta construção normativa de uma unidade de facto: por um lado as numerosas realizações típicas, como no caso dos crimes sexuais, levaria a dificuldades práticas de comprovação judicial e por outro, este irrepitível número de condutas seria insustentável em termos de punição, com consequências desproporcionadas”.

momentos temporalmente distintos, e fundada em sucessivas resoluções criminosas, de diversos atos sexuais (cfr. Ac STJ 16.01.2020 (processo nº283.17.7JDLSB.L1.S1¹⁴) e STJ 04/05/2017 (processo n.º 110/14.7JASTB.E1.S1), ambos relatados pela Cons. Helena Moniz, disponíveis em *www.dgsi.pt*).

Ainda que as condutas criminosas estejam próximas temporalmente, ou sejam sucessivas, não podemos considerar estarmos perante um único crime.

A punição de uma certa conduta a partir da reiteração, sem possibilidade de análise individual de cada ato, apenas pode decorrer da lei ou, melhor dizendo, do tipo legal de crime.

Não estamos perante um crime prolongado ou de trato sucessivo, quando a conduta do agente não se apresenta como uma unidade resolutive, posto que para tal se impunha uma conexão temporal que em regra, e de harmonia com os dados da experiência psicológica, levasse a aceitar que o agente executou toda a sua atividade, sem ter de renovar o respetivo processo de motivação, ou seja, um dolo inicial que englobasse toda a atividade relativa aos identificados ofendidos.

5. A terceira via (alternativa) do bem jurídico supraindividual

Após a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça ter abandonado, esmagadoramente, o entendimento da *continuação criminosa e do trato sucessivo* nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, uma terceira via (alternativa) vem sendo desenvolvida para a unificação de

¹⁴ Concluindo, outrossim, pela verificação de um concurso efetivo entre o crime de ato sexual com adolescente e de pornografia infantil previsto no art.176º, nº1, al.b), ambos do Código Penal. Do mesmo modo, o ac RE 21-09-2021 (Moreira das Neves) *www.dgsi.pt*, concluiu pela existência de concurso efetivo entre o crime de abuso sexual de crianças e o crime de pornografia da mesma menor.

repetidas condutas de pornografia infantil, nas modalidades previstas nas alíneas c) e d), do nº1, do art.176º (já que em relação à ação típica das alíneas a) e b), do nº1, do mesmo art. 176º, é pacífico o entendimento da liberdade e autodeterminação sexual do menor como bem jurídico protegido).

Essa solução doutrinal consiste na tentativa de encontrar, no caso, um bem jurídico supraindividual ou transpessoal.

Como tal, vem sendo apresentado na jurisprudência o interesse público de proteção e defesa da dignidade dos menores em geral, na produção de conteúdos pornográficos e divulgação ou circulação destes pela comunidade (ac STJ 17-05-2017 (Pires da Graça), processo n.º 194/14.8TEL.SB.S1, in www.dgsi.pt) ou o interesse da comunidade no combate ao tráfico de material pornográfico infantil (ac RP 17.11.2010, processo 5/04.2AILS.B.P1).

A jurisprudência seguida pelo acórdão da RE 23-06-2020 (Ana Brito) www.dgsi.pt, embora sem identificar o bem jurídico supraindividual protegido, defendeu que na(s) vertente(s) em apreciação - obtenção, posse e divulgação desses materiais, por via informática - raramente o agente-tipo do n.º 1 al. c) e do n.º 5 do art. 176.º do CP pratica um só ato isolado.

Na argumentação deste aresto, “a escala a que esta actividade delituosa é comumente desenvolvida, alimentando verdadeiros circuitos de pedofilia, não pode ter deixado se ser considerada pelo legislador, aquando da tipificação da pornografia de menores, mormente nos números e alínea aqui em causa.(...) E na lógica da previsão do crime de pornografia de menores na vertente agora em apreciação (de uso e divulgação de materiais pornográficos), já estará pensada uma pluralidade de ficheiros e de vítimas, no sentido de que a realidade social equacionada pelo legislador já a abrange, constituindo como que um padrão de normalidade delincente. Esta pluralidade encontra-se já ponderada e enquadrada na norma-critério, ou seja, no tipo, o qual aliás faz referência a “materiais pornográficos” e, não, a material pornográfico. Por outro lado, sendo o crime de pornografia de menores um

crime de perigo (perigo abstracto), norteado por uma lógica de perigo, a “divulgação”, o acto de divulgar ou partilhar os ficheiros em causa (modalidade do art. 176.º, n.º 1, al. c) do CP), representa um estágio mais avançado dessa lógica de perigo ¹⁵.

Reconhecendo que a criminalização deste comportamento não pode deixar de ser iluminado por um bem jurídico supraindividual, diverso da liberdade e autodeterminação sexual de uma pessoa (de uma criança), encontramos na doutrina Figueiredo Dias, in Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, 1ª ed., 1999, Coimbra Editora, Tomo I, anot. artigo 172º, p. 548, posteriormente acompanhado em anotação ao art.176º, por Maria João Antunes e Cláudia Santos, ob.cit., tomo 1, 2012, 2ª edição, pg.880.

Ao invés das alíneas a) e b), do nº1, do art.176º, cujo número de crimes coincide com o número de vítimas, usadas ou aliciadas, José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, in ob. cit. pg.267, defendem igualmente que nas alíneas c) e d) do nº1, os nºs 4, 5 e 6 do art.176º, a atuação ilícita se reconduz à produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição, cedência, aquisição, detenção, acesso, obtenção e facilitação de acesso dos materiais pornográficos. “A utilização no plural (materiais), aliado ao facto de que estas atividades são uma forma de tutela indireta da liberdade e autodeterminação sexual, determinam que se conclua que o número de materiais pornográficos em causa releva para a escolha e medida da pena., mas não para a individualização de crimes consumados. Assim, existirá um só crime, independentemente do número de fotografias, filmes ou gravações”.

Também na perspetiva de Ana Paula Rodrigues, in Pornografia de menores: Novos desafios na investigação e recolha de prova digital - Revista

¹⁵ Defendendo nesta lógica a existência de um concurso aparente entre o n.º 1 e o n.º 5 do art.176.º do Código Penal, a resolver pela aplicação do número que prevê a pena mais grave.

do Centro de Estudos Judiciários, nº15, 2011, pg.271 e 274, o crime de pornografia infantil tutela “bens jurídicos traduzidos no interesse da comunidade”, não se configurando “uma violação direta do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual de um menor, ainda que, indiretamente, este ainda se possa entender aqui abrangido”.

Assim, por considerar que o bem jurídico protegido é supraindividual e não exclusivamente pessoal, havendo uma multiplicidade de atos ou de ações (ex. filmagens e gravações) que se prolongam no tempo ou contendo as imagens várias vítimas, comete um único crime quem as detém, exhibe ou cede e não tantos crimes quanto o número de vítimas” – cfr. ob. cit., pg. 274.

Segundo Ana Rita Alfaiate, in “A Relevância penal da sexualidade dos menores”, Coimbra Editora, 2009, p. 112-114, o crime de pornografia de menores visa o bem jurídico supraindividual da proteção da infância e da juventude ¹⁶, por referência aos artigos 69º (infância) e 70º (juventude) da C.R.P., de tal modo que “(...) estas condutas [produção, distribuição, importação, exportação, divulgação exibição, cedência e aquisição de pornografia de menores] surgem numa relação de ofensividade subordinada relativamente ao comportamento do que utilizou ou aliciou o menor”.

Também assim Diana Tomé Borrego, in “O crime de pornografia de menores: evolução, modalidades de ação típica, detenção e bem jurídico”, Coimbra, 2019, pg.70, para quem a previsão das alíneas c) e d), do nº1, do art.176º, deve ser encarada como uma proteção, não do menor em concreto, cuja liberdade e autodeterminação sexual foi violada com a sua utilização (alíneas a) e b), do nº1, do art.176º), “mas sim numa lógica de proteção dos menores contra as condutas que contribuam para a difusão de materiais onde

¹⁶ Posição que vemos acompanhada por Mariana Isabel Biguino Tavares in Pornografia de Menores: Um crime parcialmente moralista?”, 2019, pg.40-4.

os mesmos são representados, tendo em vista salvaguardar o seu desenvolvimento físico e psíquico”.

Contudo, não se concorda com este entendimento, mais impressionado pela abstração da norma incriminadora na proteção avançada do bem jurídico do que no seu verdadeiro objeto (a personalidade integral do menor).

O reforço da validade preventiva do tipo de ilícito, quer do ponto de vista da reincidência do agente, quer ainda do alerta social gerador do reconhecimento do desvalor e da intolerância para com todas essas condutas, impõe que se contrarie com clara veemência a tradição e o conformismo de grande parte da jurisprudência que, a passos, tem insistido na negação dramática da autonomia pessoal do bem jurídico protegido nos crimes sexuais¹⁷.

Mais uma vez a solução encontrada, ao imputar um único crime à pornografia reiterada de menores no caso das alíneas c) e d), do nº1, do art.176º, independentemente do número de vítimas, lançando mão do bem jurídico supraindividual, não se afigura correta do ponto de vista da determinação dogmática do ilícito típico.

A indeterminação relativamente ao número de crimes cometidos em determinado período de tempo, ainda que porventura elevado, não deve ser colmatada com o recurso à figura do crime continuado ou de trato sucessivo, nem ao transgénico bem jurídico coletivo que agora se diz protegido¹⁸.

De outro jeito, legitima-se a incriminação com o argumento da dificuldade de prova, com indiferença sobre o verdadeiro bem jurídico que

¹⁷ Maria Fernanda Palma, in Conceito material de crime e reforma penal. Anatomia do Crime, nº0, 2014, p. 21.

¹⁸ Ac STJ de 13.03.2019 (Vinício Ribeiro) www.dgsi.pt

aqui se pretende proteger (a liberdade/autodeterminação sexual e o desenvolvimento da personalidade integral da criança ou adolescente).

*Pune-se – mais uma vez - o que se consegue provar por não se conseguir provar o que se quer punir*¹⁹ e, assim, o bem jurídico deixa de pretender exprimir, na sua plenitude, aquilo em que o crime se mostra verdadeiramente ofensivo (a liberdade e autodeterminação sexual do menor) para valorizar aspetos acidentais da violação da norma incriminadora (infância e juventude), perdendo-se a necessária equivalência entre a realização típica (em sentido amplo) e a ofensa do bem jurídico essencial protegido (a liberdade e desenvolvimento pessoal do menor).

Tal ficção, alavancada por dificuldades processuais que escapam ao critério dogmático-material, constitui uma fraude ao propósito do legislador quanto aos crimes que tutelam bens jurídicos de natureza pessoal, assim alimentando ainda mais o alarme e intranquilidade social associados, quer à frequência, quer às dificuldades de investigação determinadas muitas vezes pela fragmentariedade e intimidade das ocorrências, tudo constituindo fatores acrescidos de interiorização negativa e insegurança comunitariamente presentida (cfr. STJ 05-11-2020, Clemente Lima, processo 114/18.2TELSB.S1) www.dgsi.pt.

A proteção de natureza supraindividual não se sobrepõe, nem pode contender com a da autodeterminação sexual do menor em concreto.

A determinação concreta do número de atos ilícitos que devem ser imputados é um tema que convoca a forma como se faz a investigação criminal e a diligência acusatória e não uma questão de dogmática penal entre a unidade e pluralidade de crimes – cfr. ac STJ 06-04-2016 (Santos Cabral) www.dgsi.pt.

¹⁹ Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima, in *O Crime de Lenocínio entre o Moralismo e o Paternalismo Jurídicos* in RPCC, ano 22, nº2, pg.209.

A utilidade probatória da unidade criminosa, vista a partir do bem jurídico supraindividual, apesar da reiteração de atos com estreita conexão temporal, permite ultrapassar as contingências processuais associadas à determinação da unidade ou pluralidade de crimes, com as questões substantivas inerentes à determinação do número de crimes e do princípio *ne bis in idem*.

Contudo, o útil não acompanha o justo, conduzindo a soluções inaceitáveis do ponto de vista substantivo.

Assim, por exemplo, se A utilizar dez menores em fotografias pornográficas comete dez crimes de pornografia infantil (al. b), do nº1); mas se enviar essas fotos a B e este partilhar todas elas, através da internet, nas redes ou grupos sociais, B apenas comete um crime (alínea c), do nº1), ainda que os bens pessoais colocados em perigo e merecedores de proteção penal sejam os mesmos, contribuindo A para a criação do material pornográfico e B para a divulgação massificada e perpetuação dos conteúdos individuais.

Se em relação a uma vítima de um ato isolado das alíneas c) e d) do nº1, do cit. art.176º, é claro o bem jurídico eminentemente pessoal protegido (autodeterminação sexual e desenvolvimento da personalidade integral), não será a difusão de atos e a profusão de vítimas que desvirtuará esse sentido dominante do desvalor do comportamento antinormativo.

No caso apresentado, a resposta ao problema dogmático da determinação do(s) ilícito(s) deixa a descoberto a assimetria e incoerência das soluções legais, ainda que nos dois casos sejam equivalentes o sentido de justiça e o conteúdo social valorativo (negativo) do ilícito cometido.

Também a circunstância de se tratar de um crime de perigo abstrato e de mera atividade não exclui, mesmo nas modalidades típicas das alíneas c) e

d), nº1, do art.176º, a natureza eminentemente pessoal do bem jurídico protegido ²⁰.

Nos crimes de perigo abstrato, o bem jurídico protegido pode ser individual ou coletivo, variando a antecipação da sua proteção de acordo com a amplitude das ações típicas descritas.

Presumindo-se que a formação e desenvolvimento da personalidade global dos menores é colocada em perigo pela pornografia infantil, o legislador, através das diferentes modalidades de ação típica previstas no nº1, do art.176, estabeleceu diferentes barreiras da proteção contra essas práticas lesivas da infância ou a adolescência dos menores, perturbando um desenvolvimento harmonioso da sua personalidade (cfr. ac STJ 19.02.2020 (Nuno Gonçalves), www.dgsi.pt).

Mas, essa antecipação mais alargada da tutela penal nas alíneas c) e d), do nº1, do art.176º, própria dos crimes de perigo abstrato e mera atividade, não exclui o caráter individual da proteção da pessoa ou personalidade integral dos menores enquanto destinatários, mas sobretudo sujeitos de direitos fundamentais.

A perigosidade pressuposta pelo tipo legal, própria dos crimes de posse, nada nos diz sobre a natureza pessoal ou não dos bens jurídicos protegidos, por se tratar de classificações diferentes dos tipos legais de crimes.

Argumenta alguma doutrina que “as condutas de produção, distribuição, importação exportação, divulgação, exibição, cedência, assim como a aquisição ou detenção para esses fins, não violam certamente a

²⁰ A «*pornografia infantib*», afirma-se no ac STJ 19.02.2020 (Nuno Gonçalves), www.dgsi.pt, prejudica, sem dúvida, a formação e o desenvolvimento da personalidade integral, incluindo a sexualidade do próprio menor – componente essencial da personalidade da pessoa humana –, mas também coloca em perigo, ainda que abstrato, o bem-estar e o desenvolvimento harmonioso das crianças em geral, do coletivo que está na idade da infância e da juventude, e que a sociedade entende ser igualmente importante e do interesse geral proteger.

liberdade do menor uma vez que esta já foi violada *ab initio* com o uso do mesmo nos materiais pornográficos. Não será possível estabelecer umnexo causal entre a conduta do agente que divulga os materiais pornográficos com a conduta que lesa a liberdade sexual, logo não nos é possível afirmar que se pretenda tutelar esta liberdade e/ou autodeterminação. Este bem jurídico é violado em momento anterior à produção e divulgação. Pelo que, já não estamos perante a violação de um bem jurídico individual como a liberdade sexual”²¹.

Discordando, diremos que não é pelo facto de nas alíneas c) e d), do nº1, do art.176, a antecipação da tutela dos interesses ser adicional ou mais forte do limiar da proteção penal, incluindo a utilização indireta dos menores, que o bem jurídico protegido, nesta modalidade típica, deixa de abranger a liberdade/autodeterminação sexual e, portanto, os interesses pessoais que estão em causa na ilicitude²².

Quem utiliza os menores, independentemente dessa utilização ser direta ou indireta, viola em estádios diferentes o direito fundamental à plena capacidade de autodeterminação (livre formação da vontade²³) no domínio da sexualidade²⁴.

²¹ Mariana Isabel Biguino Tavares in Pornografia de Menores: Um crime parcialmente moralista?”, 2019, pg.40.

²² Neste sentido alinhou a doutrina defendida no Ac RP 7.06.2017 (Cravo Roxo, Processo 481/14.5JABRG.P1) www.dgsi.pt. Também *Stefano Delsignore*, ob. cit. pg.40.

²³ Podendo identificar-se com Karl Binding, citado por Natscheradetz, Direito Penal Sexual, conteúdo e limites, Almedina, Coimbra, 1985, pg. 151, três formas de violação da liberdade sexual: 1) liberdade de formação da vontade (que seria o correspondente ao conceito de autodeterminação); 2) liberdade de decisão de vontade; 3) liberdade de execução da vontade.

²⁴ Por referência ao art. 189º, do Código Penal Espanhol, Julia Roper Carrasco, in La protección y seguridad de la persona en internet: Aspectos sociales y jurídicos, Scientia Iuridica, Madrid 2014, pg.152, defende que o bem jurídico protegido em todos os delitos de pornografia infantil é a indemnidade sexual dos menores e incapazes, entendida como o direito a um

A referida utilização indireta mais não é do que o reforço ou “a continuação da lesão ao bem da liberdade ou autodeterminação sexual que teve início na produção do material”²⁵.

A antecipação avançada da tutela da perigosidade associada à simples divulgação doméstica, tráfico ou mesmo posse do material pornográfico visa evitar a perpetuação e desenvolvimento do dano anterior ao mesmo bem jurídico tutelado com a sua produção.

Por esta razão, não colhe o argumento de que nestas condutas já não se protege o bem jurídico pessoal da autodeterminação sexual, porque verificadas depois da lesão ocorrida com a produção do material pornográfico, dado que o risco de ofensa ao desenvolvimento da personalidade da criança, em particular na formação da esfera íntima da sua sexualidade, se mantém posteriormente com a circulação daquele material.

Daí que o âmbito da incriminação inclua a repressão de comportamentos, como a divulgação e a posse com dolo específico de difusão (alíneas c) e d), do nº1, do art.176º), que são o resultado final da produção de material pornográfico através da utilização de menores.

desenvolvimento físico e psíquico em condições de normalidade, com ausência de dano ou eventos traumáticos.

No que respeita à indemnidade sexual, Díez Ripollés, “*Comentarios al Código Penal, Parte Especial II, Títulos VII- XII y faltas correspondientes*”, (coords. Díez Ripollés/Romeo Casabona), Tirant lo Blanch, 2004, pp. 221 y ss, sublinha que este bem jurídico tem por finalidade proteger os menores e incapazes dos danos que lhes podem causar qualquer tipo de ato sexual, tutelando estas pessoas tão vulneráveis. O Autor define a indemnidade sexual, na sua dimensão negativa, como “*el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad*”, equiparando-o ao bem-estar psíquico daqueles sujeitos.

²⁵ Pedro Soares de Albergaria/Pedro Mendes Lima, in “O crime de detenção de pseudopornografia infantil – evolução ou involução?”, na Revista Julgar, Especial, n.º 12, Set./Dez.2010, pg.208.

Neste sentido, a afetação da autodeterminação sexual, enquanto processo de formação de vontade livre, esclarecida e autêntica até à maioridade, não se esgota na produção do material, antes persiste com a sua divulgação.

À semelhança do que sucede no crime de recetação, protegendo, após a subtração, o mesmo bem jurídico tutelado pelo furto, roubo, etc, também na incriminação da pornografia real infantil pretende-se evitar a ofensa reflexa ou indireta do mesmo menor, após o aproveitamento ou exploração direta da sua sexualidade (estamos perante condutas que pressupõem a prévia existência do material pornográfico), tratando-se em qualquer dos casos de uma antecipação adicional da tutela penal em relação aos delitos originários ²⁶.

O detentor, cedente ou traficante de material pornográfico mais não faz do que cancelar o dano causado originariamente ao menor utilizado nas filmagens ou imagens, ofendendo o mesmo bem jurídico violado aquando da exploração ou abuso do menor ali representado ²⁷.

Identificando a perspetiva ofensiva da detenção e circulação de material pornográfico, quem detém ou divulga as imagens sexuais do menor, ainda que não tenha uma relação direta com o produtor, aproveita-se da produção desse material e associa-se à colocação em perigo do desenvolvimento psicofísico da

²⁶ Nas palavras de Claus Roxin, “Crimes de posse”, Revista *Liberdades* - nº 12 - janeiro/abril de 2013 I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, o crime de posse de publicações de pornografia infantil “pode ser entendido como um “tipo de conexão” e, certamente, como um tipo autônomo que reúne partes dos crimes de receitação (§ 259 do StGB) e de favorecimento real (§ 257 do StGB), além de ser caracterizável como “promoção da produção de pornografia infantil”.

²⁷ Cfr. Enrique Gimbernat Ordeig, La reforma de los delitos sexuales, in Prólogo a la quinta edición del Código Penal Espanho, Barcelona, Tecnos, 1999, pg.18.

criança, no desenvolvimento psicológico, relacional e esfera social, perpetuando conscientemente esse risco ²⁸.

Neste caso, a simples posse (detenção do poder de fato) de material pornográfico, acompanhada do dolo específico previsto na alínea d), nº1, do art.176º, à semelhança das armas, explosivos e drogas, deve ser interpretada como uma manifestação característica da personalidade do agente suficiente para o conceito jurídico penal de comportamento ²⁹.

Um comportamento passível de reprovação pela via da detenção do poder de pôr em perigo bens jurídicos, entendido esse poder como a posse voluntária de objetos determinados.

Contudo, como refere Claus Roxin, no aludido estudo, “do ponto de vista político-criminal, os crimes de posse somente podem ser legitimados em parte e, certamente, apenas na medida das vicissitudes de cada espécie delitiva”.

No caso da posse de material pornográfico, o fundamento de legitimação do respetivo tipo penal reside na exigência adicional de o agente atuar com a intenção específica de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder.

Sem prejuízo dos direitos de terceiro, o portador da liberdade sexual, no pleno gozo da sua capacidade de autodeterminação, pode dispor livremente da sua sexualidade quando, como, aonde e com quem quiser, segundo as suas conecções particulares sobre a vida e o mundo, o que é crucial do respeito do

²⁸ Malaika Bianchi, in I confini della repressione penale della pornografia minorile: La tutela dell’immagine sessuale del minore Fra esigenze di protezione e istanze di autonomia”, G. Giappichelli Editore – Torino, 2019, pg. 650-2.

²⁹ Claus Roxin, “Crimes de posse”, Revista *Liberdades* - nº 12 - janeiro/abril de 2013 I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, tradução de José Danilo Tavares Lobato.

próprio e da autonomia sexual, independentemente do grau de consciência ou de compreensão de cada um sobre a sua dignidade.

É sobretudo a integridade da capacidade de formação dessa vontade individual sobre a livre expressão da sexualidade, com forte perigo para o livre desenvolvimento da personalidade ³⁰, que é predominantemente violada no comportamento típico das alíneas c) e d), do n.º1, do art.176.º.

O bem jurídico protegido, o sentido de antinormatividade criminal que o comportamento encerra (o conteúdo do ilícito), é ainda fundamentalmente a liberdade de expressão sexual, aqui vista na sua vertente da plena e livre capacidade de autodeterminação e o desenvolvimento global harmonioso do concreto menor utilizado e não dos menores em geral.

Nas modalidades de ação em causa, a proteção da infância ou da juventude (bem jurídico supraindividual) ganha maior focagem ou profundidade, consoante a maior ou menor intencionalidade da publicidade das partilhas na objetiva de quem utiliza o menor em fotografia, filme ou gravação pornográfica.

Interpretar a realidade a partir do interesse difuso ou supraindividual da infância ou da juventude é perder o enfoque da liberdade e autodeterminação sexual, essência dogmática dos crimes sexuais, o maior dos perigos (abstrato) que fundamentalmente este comportamento envolve.

³⁰ O objeto de proteção é, aqui, a integridade psíquica do menor, cujo desenvolvimento normal não deve ser prejudicado, dado o risco de comprometer a personalidade da criança, quer na sua dimensão interior quer na esfera social, implico na detenção e circulação do respetivo material pornográfico.

Assim se vai “dando azo à utilização do direito penal como forma de estabelecer regras de conduta sexual que mais não são do que avaliações morais coletivas”³¹, alastrando-se o paternalismo jurídico penal.

A ancoragem da tutela penal ao interesse supraindividual da dignidade, da infância ou da juventude tem, contudo, sido criticada por aqueles que veem neles um valor demasiado indeterminado e esquivo para elevar ao estatuto de bem jurídico protegido³².

Em vez de se otimizar a intervenção penal na tutela das condições necessárias ao processo de formação e consolidação da capacidade de compreender e valorar adequadamente o significado e alcance do ato sexual, protegendo-se, outrossim, o direito à própria imagem, honorabilidade e intimidade sexual, dados os efeitos severos decorrentes da posse e difusão da pornografia infantil, arvora-se esta pseudofunção do Estado, a partir da proteção da infância e juventude, em prol do suposto bem jurídico da “moral sexual coletiva”³³.

Não é possível exercer a liberdade sexual, na sua dimensão positiva e negativa, sem ter capacidade de autodeterminação, “o que significa capacidade de formar a vontade, de decidir e de executar”³⁴.

A violação da esfera de intimidade e absoluta reserva do concreto menor utilizado, bem latente e perpetuada na exposição ou partilha da sua sexualidade, atenta a visibilidade e sobretudo publicidade perante terceiros,

³¹ Cfr. Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias, in *Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade*. Revista do Centro de Estudos Judiciários. Lisboa, Portugal. X. 15 (2011) pg. 212.

³² Cfr. *Stefano Delsignore*, ob. cit. pg.45.

³³ Alexandre Ramalho de Farias, in *A incidência da normativa internacional na delimitação do bem jurídico protegido nos delitos relativos à pornografia infantil*, Revista Justiça e Sistema Criminal, Curitiba, v.2, nº3, julho/dezembro 2010, pg.187.

³⁴ *Idem*, pg. 214.

condiciona fortemente a capacidade de autodeterminação sexual da criança ou adolescente ³⁵, a justificar quantas vezes o silêncio, senão mesmo a negação da vítima perante os factos.

Esta interferência ou ingerência na livre formação da vontade e da própria identidade sexual até final da adolescência tem repercussões negativas no desenvolvimento da personalidade do menor, sendo suscetível de condicionar, quando atingida a plenitude da capacidade de autodeterminação, a livre expressão da sexualidade do indivíduo.

A pornografia infantil afeta, em cada caso particular, de forma direta e permanente, os direitos fundamentais à imagem ³⁶ e privacidade dos menores, os quais se apresentam como parte integrante da sua dignidade, constituindo vetores essenciais ao seu bem-estar psíquico e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade.

O bem jurídico tutelado é, pois, a autodeterminação sexual dos menores, entendida como desenvolvimento livre, gradual e espontâneo da personalidade do menor no plano sexual ³⁷.

³⁵ José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, in ob. cit. pg.37, recordam que a “esfera de intimidade que envolve a sexualidade comporta uma dimensão absolutamente reservada que, em regra, entra em colisão com qualquer exposição pública da mesma”.

³⁶ Sobre a relevância da proteção da imagem sexual da criança entre as necessidades de tutela na incriminação da pornografia de menores - cfr. Malaika Bianchi, in I confini della repressione penale della pornografia minorile: La tutela dell’immagine sessuale del minore Fra esigenze di protezione e istanze di autonomia”, G. Giappichelli Editore – Torino, 2019.

³⁷ Cfr. Inês Ferreira Leite, A tutela penal da liberdade sexual, in RPCC, nº 1, Ano 21, jan./mar. 2011, pg.57, esclarecendo que a “pornografia poderá ser ainda mais lesiva da liberdade sexual do menor, na medida em que permite a durabilidade do suporte pornográfico e a constância dos efeitos nefastos do momento de lesão ou de condicionamento da liberdade sexual deste. Em todos os casos, haverá sempre um aproveitamento (mesmo quando se pune o mero consumo) de um acto de abuso sexual sobre o menor ou de exploração sexual do mesmo”.

Através da tutela da autodeterminação sexual dos menores, o legislador procura proteger a formação gradual e espontânea do indivíduo sobre percepção da sexualidade, assegurando que o processo de conhecimento sexual seja feito de forma natural, sem sobressaltos e essencialmente sem influências perturbadoras ou traumatizantes, ou seja, sem a interferência de quaisquer atos de exploração ou aproveitamento ³⁸.

Em relação aos menores, os tipos de crime sexuais visam fundamentalmente proteger as condições básicas para que no futuro possa alcançar um desenvolvimento livre da personalidade na esfera sexual, sem traumas nem interferências de terceiros.

A “defesa do desenvolvimento da personalidade dos menores no plano sexual inclui uma dimensão interior, na qual se protegem a idoneidade psicofísica e moral, e uma exterior, que seria um aspecto relacional da personalidade do menor com a sociedade, o que já se nominou de “honorabilidade sexual” ³⁹.

A disponibilidade de acesso e partilha de material pedopornográfico “contribui diretamente para uma potencial perturbação psicológica da vítima. Do mesmo modo, contribui-se para um rebaixamento de reputação sexual do menor enquanto condição de um normal desenvolvimento de relações sociais” ⁴⁰.

Nas palavras da Autora, a autodeterminação corresponde ao processo de formação de uma vontade que deverá ser livre, esclarecida e autêntica, sendo uma componente indispensável e parte integrante da própria ideia de liberdade (ob. cit. pg.41).

³⁸ Cfr. Inês Ferreira Leite, ob.cit., pg.42 e 47.

³⁹ Felipe Soares Tavares Morais, “Internet, Pornografia e Infância...”, pg.127 e *Stefano Delsignore*, ob. cit. pg.39, definem esta dimensão da personalidade da criança, que se projecta para o exterior, como " 'honra sexual'".

⁴⁰ Idem, pg.127-8, esclarecendo o Autor que, embora sejam distintas as consequências graves de um ato de abuso sexual em si, daquelas que podem resultar da eternização do ato abusivo (potencializado pela alta circulação das informações pessoais no ambiente digital), o

A circulação de pornografia infantil implica, por um lado, o risco de prejudicar dentro da comunidade a reputação sexual da criança associada ao material pornográfico, o que poderá ter graves repercussões, dada a sua especial vulnerabilidade, no desenvolvimento do seu relacionamento social; por outro lado, havendo consciência da possibilidade de difusão do material pornográfico, a consideração do menor sobre si próprio e da sua esfera sexual, bem assim a percepção do próprio sobre o seu valor social, podem ser seriamente degradadas.

Nas modalidades de ação típica em causa é ainda esta dimensão interior e exterior da personalidade em desenvolvimento do menor que primeiramente é ofendida ⁴¹, diante de uma verdadeira assombração na sua

fantasma de que o visionamento e difusão do ato de abuso sexual poder ocorrer, a qualquer momento e em qualquer parte do globo, é um fator que, verdadeiramente, dificulta o desenvolvimento da personalidade sexual de qualquer menor vítima do nefasto acontecimento. “Essa situação, pode sim trazer conseqüências negativas no plano psíquico e nos relacionamentos sociais da vítima. Daí a lesão à personalidade em desenvolvimento do menor no plano sexual, núcleo essencial de sua autodeterminação sexual”.

⁴¹ Neste sentido, por referência aos artigos 600-ter e 600-quater do Código Penal italiano, cuja incriminação inclui as modalidades típicas das alíneas c) e d), do n°1, do art.176º, do Código Penal português, *Stefano Delsignore*, Mercificazione della persona e delitti di pornografia minorile: una tutela per la dimensione interiore ed esteriore della personalità in divenire del minore, in Bianchi Malaika, I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-físico dei minori, 2008, CEDAM, pg.32, individualizando a personalidade em desenvolvimento do menor, quer na sua dimensão interior (psico-física ou moral), quer na sua dimensão exterior (relacionamento social), como bem jurídico tutelado no crime de pornografia de menores, criticando como tal a opção pela dignidade humana ou outro valor mais alto e rarefeito (ob.cit., pg.36-8 e 44), bens vagos e dificilmente apreensíveis (ob. cit., pg.35-6).

Para o Autor, ob. e loc. cit. , o bem jurídico protegido na pornografia real de menores prevista nos artigos 600-ter e 600-quater do Código Penal italiano, é ainda a salvaguarda do desenvolvimento físico, psicológico, espiritual, moral e social dos menores e, portanto, a proteção da formação de toda a sua personalidade, contra atos graves de exploração sexual, enfim, a personalidade da criança compreendida na sua totalidade.

vida resultante do perigo permanente de uma total devassa da sua imagem, honra e reserva íntima no plano sexual.

Esta ingerência na formação da sexualidade do menor é suscetível de contribuir para potenciais perturbações psicológicas e relacionais do mesmo e, portanto, violadora da autodeterminação sexual, cujo núcleo essencial é o desenvolvimento gradual da personalidade do menor no campo sexual.

Posto isto, não obstante a apontada complexidade de interesses envolvidos pela esfera de proteção da norma incriminadora ⁴², a posse e difusão de material pornográfico tem sobretudo em vista a tutela de bens

Assim, no entender do Autor, o legislador considerou implícito na circulação do material pornográfico o risco de comprometer o desenvolvimento da sua dimensão (externa) relacional e social (honra sexual do menor) – cfr. ob.cit., pg.61. Nesse sentido Malaika Bianchi, ob. cit., pg. 650, classifica a posse de pornografia infantil como uma conduta difusa.

⁴² Defendendo a existência de diversos bens jurídicos protegidos na incriminação da pornografia real infantil, concretamente a indemnidade sexual, o direito à imagem e à intimidade do menor, encontramos Gómez Tomillo, “*Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, art. 138-233*”, p. 588.

Neste sentido, defendendo que, em geral, nos crimes de pornografia infantil é intenção do legislador proteger vários bens jurídicos como a intimidade e o direito a um desenvolvimento e formação adequados, livres de ingerências estranhas aos seus interesses e a um adequado processo de socialização – cfr. Orts Berenguer, E., «*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)*», pp. 129, 231 y 291.

Também Mantovani, F., *I delitti di prostituzione e di pornografia minorili*, en prensa, pp. 12 y 13 de la Parte Segunda). entendendo que, segundo as tipologias delitivas concretas, o crime de pornografia real infantil representa um delito pluriofensivo, isto é, cujo bem jurídico tutelado não está circunscrito à indemnidade ou autodeterminação sexual, antes coexistindo com outros ainda que de forma subsidiária ou independente .

Seja como for, o enfoque da tutela penal não deve ser perspetivado na proteção da honra, enquanto tal, ou do direito à imagem da criança, cuja proteção pode ser assegurada por outras leis penais e civis, mas no sentido de evitar que a lesão da honra sexual da criança ponha em perigo um aspeto "relacional" particular da sua personalidade no processo de formação, com o risco concreto de que isto refletisse os seus efeitos negativos no desenvolvimento global da personalidade da criança – cfr. *Stefano Delsignore*, ob. cit. pg.39.

jurídicos eminentemente pessoais e só reflexamente a proteção da infância e juventude em geral.

Concedendo que as condutas tipificadas nas alíneas c) e d), do nº1, do art.176º, atenta a complexidade de interesses ofendidos, possam influir no correto processo de formação e desenvolvimento do menor na esfera ampla da sua sexualidade, onde interferem especialmente a honra, reserva, imagem e intimidade sexual, os beneficiários das barreiras de proteção adiantadas pela incriminação serão sobretudo as concretas vítimas titulares dos diversos direitos em perigo (abstrato).

Na apreensão do “*conteúdo de ilicitude material do facto*”, o intérprete e aplicador da norma não podem é alhear-se primeiramente da individualidade (que não se confunde com a identidade) da concreta pessoa (criança) retratada, filmada, gravada e depois publicamente exposta para determinar o número de crimes cometidos.

Com esse propósito, tratando-se do mesmo menor em vários suportes pornográficos dever-se-á recorrer a critérios orientadores, como o da unidade do desígnio criminoso do agente ⁴³, o da unidade de sentido do comportamento ilícito global, o dos diferentes estádios de realização da atuação global, havendo que julgar, no caso concreto, da premência de uns em detrimento de outros.

O crime traduz-se numa violação de bens jurídico-penais que preenche um determinado tipo legal. O núcleo dessa violação, afirma Figueiredo Dias, in *Direito Penal: Parte Geral I. Questões Fundamentais: a Doutrina Geral do Crime, 2ª ed., Coimbra Editora, 2007*, pg.989, não é o mero atuar do agente,

⁴³ O “critério da unidade ou pluralidade de intenção criminosa, sendo importante, pode não ser, em concreto, nem único nem decisivo, podendo haver outros elementos de ponderação importantes a considerar, e que confluem na evidenciação de uma unidade de sentido da ilicitude, ou não” – cfr. RE 23-06-2020 (Ana Brito) www.dgsi.pt.

nem o tipo legal que o integra, mas o ilícito-típico: “é a unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica, existente no comportamento global do agente submetido à cognição do tribunal, que decide em definitivo da unidade ou pluralidade de factos puníveis e, nesta acepção, de crimes”⁴⁴.

Para o Autor, “o ilícito-típico é um substrato de vida dotado de um sentido negativo de valor jurídico-penal (cfr. Figueiredo Dias, Direito Penal I, Cap.41, § 26).

O número de delitos há-de procurar-se, positivamente, no número de ilícitos, entenda-se ilícitos-típicos enquanto “unidade subjectivo-objectiva, i.e, num conteúdo pessoal-objectivo de contrariedade a uma norma de determinação penal” – cfr. Cristina Líbano Monteiro, in “Do Concurso de Crimes ao «Concurso de Ilícitos» em Direito Penal”, Almedina, 2015, pg.184.

⁴⁴ Maria Paula Ribeiro de Faria, in *Formas Especiais do Crime*, Universidade Católica Editora, Porto, 1ª ed., 2017, pg.375-6, esclarece: “ Em rigor, o que verdadeiramente justifica a unidade ou multiplicidade de juízos de censura e relação a um agente nem sequer é a consideração conjunta do número de bens violados e da unidade ou pluralidade de processos resolutivos, o que se torna claro no regime do crime continuado, mas uma valoração mais global que corresponde ao significado social do facto que inspira a própria formulação dos tipos legais de crime e que decorre da Constituição.

Para José Lobo Moutinho, in *Da unidade à pluralidade de crimes no Direito Penal Português*. Universidade Católica editora Lisboa, 2005, pg.228-9, só o tipo legal de crime entendido em sentido amplo (que consta da norma incriminadora), pode servir de base à determinação do número de crimes nos termos do art.30º, já em virtude do seu objeto, já em virtude da sua função expressiva, abrangendo assim todos os momentos (objectivos e subjectivos), aspectos ou elementos relevantes que condicionam a consequência jurídica nela estabelecida e com cuja estatuição ele está em correlação vital na unidade incindível da norma incriminadora.

"Concebendo o ilícito criminal como a violação de uma norma de determinação, o tipo objectivo e o tipo subjectivo fundem-se num conteúdo unitário, pessoal- objectivo, de desvalor" - Cristina Líbano Monteiro, in "O Equívoco da relação concursal de especialidade", RPCC Ano 28, nº3, Setembro/Dezembro 2018, pg. 482.

Assim, no entendimento da Autora, o problema do concurso resolve-se quando se reconhece a unidade ou a pluralidade de sentidos pessoal-objetivos de desvalor jurídico-penal inscritos no comportamento de alguém – cfr. ob. cit., pg.485.

Podem ocorrer situações em que vários tipos penais são concretamente convocáveis, ou em que o mesmo tipo é várias vezes preenchido pelo comportamento do agente. E nas situações deste tipo, podem distinguir-se os casos em que a essa pluralidade corresponde uma outra pluralidade de sentidos sociais de ilicitude típica (concurso efetivo ou próprio) daqueles em que, apesar de serem vários os tipos preenchidos, se retira do comportamento global do agente um sentido de ilicitude dominante ou um único sentido de ilicitude (concurso aparente ou impróprio) ⁴⁵.

Ora, não obstante a utilização indireta dos menores corresponda a uma modalidade de antecipação da tutela penal mais avançada (al.s c) e d), do nº1, do art.176º), o sentido jurídico-social da ilicitude material do facto típico não pode dissociar-se da pessoa do concreto menor visado pela conduta do agente, donde a verificação de uma pluralidade de crimes quando exista uma pluralidade de vítimas (concurso efetivo ou próprio).

Nem a referência expressa aos “materiais previstos na alínea b)”, expressão utilizada no plural nas alíneas c) e d), do nº1, do art.176º, ilustra mais do que o recurso técnico do legislador às fórmulas gerais e abstratas, tão abrangentes quanto possível, de toda a realidade do comportamento humano cujo significado social de ilicitude material se quis abarcar na antecipação da tutela penal.

A expressão plural dos materiais, utilizada nas alíneas c) e d), do nº1, art.176º, diz tanto da pluralidade de sentidos sociais de ilicitude do facto quanto a sua referência discriminada nas suas alíneas a) e b).

Não são os meios abrangidos pela descrição conceptual (alíneas a) e b)) ou meramente remissiva (alíneas c) e d), mas as vítimas utilizadas direta ou indiretamente que primeiramente individualizam o sentido do ilícito típico.

⁴⁵ Figueiredo Dias, ob.cit., pg.990-1.

6. Conclusão

Em suma, excluindo-se o entendimento de que em crimes como o crime de pornografia infantil, à semelhança do crime de abuso sexual de crianças, possa haver uma unificação das diversas resoluções numa unidade resolutive e excluindo-se, ainda, que possam ser subsumidos à figura do crime continuado, fica apenas a possibilidade da punição de cada um dos atos autonomizáveis em relação a cada vítima, devendo o agente ser punido por tantos crimes quantos os atos levados a cabo e provados, em concurso efetivo de crimes (cfr. Helena Moniz, “*Crime de trato sucessivo*” (?), Revista Julgar, abril de 2018) ⁴⁶.

Neste sentido, dever-se-á sempre tentar apurar, tanto quanto possível, quantos atos foram efetivamente realizados, mas «não nos podemos bastar com imputações genéricas, devemos, tanto quanto possível, especificar a conduta típica e ilícita praticada, com indicação do tempo, lugar e modo da prática do ato; imputações genéricas e imprecisas constituem uma possível lesão do contraditório e do efetivo exercício do direito de defesa» (cfr. Helena Moniz, *ob. cit.* p. 23-24).

O que não é aceitável é o tratamento jurídico diferenciado de uma mesma realidade quando os crimes sexuais são atos isolados (em que não é difícil saber qual o seu número) ou envolvem uma repetitiva atividade prolongada no tempo, tornando-se difícil a contagem.

Perante uma multiplicidade de atuações compete ao julgador decifrar, na situação *sub judice*, o número concreto de atos efetivamente praticados contra cada uma das vítimas, sob a égide de uma unidade resolutive, o que não pressupõe a concreta identificação das vítimas, já que esta não constitui

⁴⁶ Tal entendimento vemos seguido no ac RE 17.03.2015 (Carlos Jorge Berguete, processo 524/13.0JDLSB.E1).

elemento do tipo de pornografia de menores, previsto no art.176º, nº1, als. c) e d) (cfr. RE 17.03.2015 (Carlos Jorge Berguete) www.dgsi.pt).

Mesmo em relação a cada vítima só ali onde existe uma multiplicidade de atos típicos do nº1, do art.176º, realizados numa forma reiterada num mesmo período temporal, sob o denominador numa unidade resolutive, existirá um só crime.

Se os vários atos do agente foram levados a cabo numa policromia de contextos separados por um hiato temporal e comandadas por diversas resoluções, estamos perante uma pluralidade autónoma de lesão do bem jurídico protegido.

À semelhança do que sucede nas alíneas a) e b), do nº1, do art.176º, cada um dos atos previstos nas suas alíneas c) e d) não constituiu um segmento ou parcela numa globalidade factual desdobrando-se como parte numa única atividade, mas constitui por si mesmo facto autónomo.

Assim, independentemente da conduta típica preenchida do cit. nº1, constitui um crime autónomo cada grupo de atos temporalmente conexos em relação a cada vítima.

A coerência com a conceção de um bem jurídico eminentemente pessoal pressupõe que a acusação e a sentença deixem bem clara a diversa identidade de cada menor que consta dos suportes (fotos e/ou vídeos), inclusivamente se esse menor consta ou não simultaneamente de vários suportes.

A fase investigatória e o julgamento devem procurar determinar o número, ainda que elevado, de crimes cometidos e, na dúvida concursal, aplicar o princípio do *in dubio pro reo* sobre a sua determinação ⁴⁷.

⁴⁷ A individuação dos conteúdos de antinormatividade penal presentes no comportamento de alguém faz parte da difícil tarefa de investigar e julgar cada situação

Chegados ao final de cada uma dessas fases, pouco importa se a partir da prova produzida (ficheiros) são visualizáveis várias crianças ou adolescentes, sem transpor para a narração dos factos da acusação e da sentença as circunstâncias que as permitem individualizar em relação a cada um dos crimes (por se proteger um bem jurídico eminentemente pessoal).

Na subsunção jurídica dos factos a uma unidade ou pluralidade de crimes, a resposta à questão de saber se cada um dos crimes ofendeu desde logo uma diferente vítima e, tratando-se da mesma, se estamos perante uma unidade ou pluralidade resolutive, terá de ser encontrada na factualidade descrita na acusação e na sentença. Só assim se poderá ver autonomizado o desvalor social do ilícito material em relação a cada um dos ofendidos, de acordo com os fatores de estreita conexão designadamente temporal.

Nesse propósito, recorda-se, deverão o Ministério Público e o juiz preencher factualmente o conteúdo dos conceitos normativos e não utilizar factos genéricos, abrangentes e difusos que não podem sequer ser considerados.

De outro modo, haverá uma insuficiência da matéria de facto relevante para uma decisão segura no quadro das soluções de direito plausíveis.

JOÃO PEDRO PEREIRA CARDOSO

concreta, devendo a dúvida concursal ser resolvida, *favor rei*, “na medida em que estreita as margens da pluralidade criminosa” – cfr. Cristina Líbano Monteiro, in “Do Concurso de Crimes ao «Concurso de Ilícitos» em Direito Penal”, Almedina, 2015, pg.339.

Deveres de informação das instituições no âmbito das operações de crédito abrangidas pela moratória pública e pelas moratórias privadas

EM ESPECIAL,
A INFORMAÇÃO SOBRE OS IMPACTOS DECORRENTES
DA APLICAÇÃO DA MORATÓRIA NO VALOR DAS PRESTAÇÕES

Carlos Filipe Costa *

Árbitro de conflitos de consumo

Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas

1. Breve excursão sobre os regimes da “moratória pública” e das “moratórias privadas”

Em consequência da emergência de saúde pública decorrente da propagação, a nível mundial, da doença COVID-19, provocada pela disseminação do vírus SARS-CoV-2, e já no quadro de estado de emergência nacional, sucessivamente renovado, o XXII Governo Constitucional entendeu que os (mais que) previsíveis efeitos nefastos para a economia portuguesa da referida situação de pandemia internacional reclamavam “(...) a adoção de

* Árbitro no TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, no CIAB – Tribunal Arbitral de Consumo e no CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo; Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Administrativas) pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto / Masters in Administrative Law by the University of Oporto, School of Law (Portugal).

medidas urgentes tendo em vista a proteção das famílias portuguesas, em matéria de crédito à habitação própria permanente, e das empresas nacionais para assegurar o reforço da sua tesouraria e liquidez, atenuando os efeitos da redução da atividade económica”, atento o “especial dever de participação” que, em virtude da “função essencial de financiamento de qualquer economia” por si desempenhada, recaía sobre o sistema financeiro no desenvolvimento de um “esforço conjunto” para a garantia da “sustentabilidade da nossa economia, dos rendimentos dos nossos cidadãos e das nossas empresas” – cf. Preâmbulo do DL n.º 10-J/2020, de 26.03¹.

Ora, de entre as medidas urgentes adotadas, revestiu particular relevo prático a consagração de um regime excecional de “moratória” no art. 4.º do DL n.º 10-J/2020, o qual, no que às pessoas singulares diz respeito, se aplicava aos sujeitos que, à data de publicação do DL, preenchessem as condições referidas nas als. c) e d) do n.º 1 do art. 2.º, tivessem ou não residência em Portugal, e estivessem, ou fizessem parte de um agregado familiar em que, pelo menos, um dos seus membros estivesse, numa das seguintes situações: *a*) situação de isolamento profilático ou de doença ou prestação de assistência a filhos ou netos, conforme estabelecido no DL n.º 10-A/2020, de 13.03; *b*) redução do período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho, em virtude de crise empresarial; *c*) situação de desemprego registado no IEFP; *d*) trabalhador elegível para o apoio extraordinário à redução da atividade económica de trabalhador independente, nos termos do art. 26.º do DL n.º 10-A/2020; *e*) trabalhador de entidade cujo estabelecimento ou atividade tenha sido objeto de encerramento determinado durante o período de estado de emergência ou durante a situação de calamidade por imposição legal ou administrativa; ou *f*) quebra temporária de rendimentos de, pelo menos, 20 % do rendimento global do respetivo agregado familiar em

¹ Sucessivamente alterado, este diploma vigora com a redação que lhe foi conferida pelo DL n.º 119-A/2021, de 22.12.

consequência da pandemia da doença COVID-19 – cf. art. 2.º-2 do DL n.º 10-J/2020².

E quanto às operações abrangidas pela “moratória pública”, prescrevia o n.º 2 do art. 3.º do DL n.º 10-J/2020 que as medidas de apoio previstas no art. 4.º do mesmo diploma se aplicavam somente aos contratos de crédito hipotecário e de locação financeira de imóveis destinados à habitação e aos contratos de crédito aos consumidores, nos termos do DL n.º 133/2009, de 02.06, **para educação**, incluindo para formação académica e profissional.

Summo rigore, a “moratória” criada pelo legislador com o fito de mitigar os potenciais efeitos sistémicos da crise sanitária não se quedou pela adoção de uma medida que opera o diferimento, para momento ulterior, do vencimento de obrigação já em incumprimento (moratória em sentido estrito)³ – no caso, a prorrogação, por um período igual ao prazo de vigência da medida, de todos os créditos com pagamento de capital no final do contrato, vigentes à data de entrada em vigor do DL n.º 10-J/2020, juntamente, nos mesmos termos, com todos os seus elementos associados, incluindo juros, garantias, designadamente prestadas através de seguro ou em títulos de crédito. Tal “moratória” foi mais além, compreendendo a proibição de revogação, total ou parcial, de linhas de crédito contratadas e empréstimos concedidos, nos montantes contratados à data de entrada em vigor do mesmo DL, durante o período em que vigorasse a “moratória”, e a suspensão, relativamente a créditos com reembolso parcelar de capital ou com vencimento parcelar de outras prestações pecuniárias, durante o período em que vigorasse a “moratória”, do pagamento do capital, das rendas e dos juros com vencimento previsto até ao término desse período, sendo o plano

² Alterado pelo art. 2.º do DL n.º 26/2020, de 16.06 e pelo art. 10.º da Lei n.º 27-A/2020, de 24.07.

³ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 7.ª ed., Coimbra Editora, 1997, p. 309.

contratual de pagamento das parcelas de capital, rendas, juros, comissões e outros encargos estendido automaticamente por um período idêntico ao da suspensão, de forma a garantir que não houvesse outros encargos para além dos que pudessem decorrer da variabilidade da taxa de juro de referência subjacente ao contrato, sendo igualmente prolongados todos os elementos associados aos contratos abrangidos pela medida, incluindo garantias – cf. art. 4.º-1 do DL n.º 10-J/2020.

Neste seguimento, assinala-se que as entidades beneficiárias das medidas de prorrogação do prazo e de suspensão de pagamentos podiam, em qualquer momento, solicitar que apenas os reembolsos de capital, ou parte deste, fossem suspensos e, sobretudo, que, em prol do afastamento da produção de efeitos contrários aos desejados com as medidas acabadas de destacar, a extensão do prazo de pagamento de capital, rendas, juros, comissões e demais encargos não dava origem a qualquer incumprimento contratual, não determinava a ineficácia ou cessação das garantias concedidas nem legitimava a ativação de cláusulas de vencimento antecipado, ressalvando-se, contudo, que, **durante o período da prorrogação, não havia lugar à suspensão do vencimento de juros, os quais seriam capitalizados no valor do empréstimo com referência ao momento em que seriam devidos, à taxa do contrato em vigor** – tudo cf. art. 4.º-2 e 3 do DL n.º 10-J/2020.

Entretanto, em 02.04.2020, a EBA emitiu “Orientações relativas a moratórias legislativas e não-legislativas sobre pagamentos de empréstimos aplicadas à luz da crise da COVID-19” (EBA/GL/2020/02), especificando os critérios que as “moratórias” legislativas (ou “públicas”) e não legislativas (ou “privadas”) deviam cumprir, de modo a que a sua aplicação, por si só, não levasse a uma classificação das operações de crédito como estando em incumprimento (*default*) ou como reestruturadas (*forborne*), nos termos e para os efeitos do disposto no Regulamento (UE) n.º 575/2013 do PE e do Conselho, de 26.06.2013.

Destarte, no encaço das Orientações EBA/GL/2020/02, a APB deu início ao processo de elaboração de um Protocolo interbancário, com vista à definição de condições gerais, transversais e harmonizadas de “moratórias” de âmbito privado, complementares à “moratória pública”, às quais pudesse ser assegurado um tratamento prudencial e contabilístico equiparado ao dispensado à medida excecional adotada pelo XXII Governo. Este Protocolo veio a ser firmado a 15.04.2020 (tendo conhecido uma alteração em 19.06.2020), foi subscrito pelos bancos membros da Direção da APB e mereceu a adesão de um conjunto alargado de outras instituições de crédito, associadas e não associadas da APB, com sede ou sucursal em Portugal.

Nos anexos ao Protocolo encontram-se definidas as condições gerais de duas “moratórias privadas”, ambas destinadas a pessoas singulares, residentes ou não residentes em Portugal, sendo uma delas relativa a crédito não hipotecário e outra atinente a crédito hipotecário. Focando-nos agora, mais detalhadamente, na “Moratória Geral de Iniciativa Privada relativa a Crédito Não Hipotecário a Pessoas Singulares” (doravante, “Moratória Geral”), temos que, no plano dos requisitos a preencher pela entidade beneficiária (ou por um dos mutuários, se houvesse pluralidade de devedores), se estabelecia uma tríade de pressupostos, a saber:

i) Ser devedora de operação de crédito contratada junto de instituição aderente; e

ii) Não estar, a 18.03.2020, em mora ou incumprimento de prestações pecuniárias há mais de 90 dias do crédito em causa junto da instituição, ou, estando, não cumprir o critério de materialidade previsto no Aviso do BdP n.º 2/2019 e no Regulamento (UE) 2018/1845 do BCE, de 21.11.2018, e relativamente à qual não ser do conhecimento da instituição que se encontre em situação de insolvência, ou suspensão ou “cessão” (*rectius*, cessação) de pagamentos, ou que, naquela data, esteja já em execução junto da própria instituição; e, em alternativa,

iii-1) Estar, ou qualquer elemento do seu agregado familiar estar, em situação de isolamento profilático ou de doença ou de prestação de assistência a filhos ou netos, conforme estabelecido no DL n.º 10-A/2020, ou ter sido colocado em redução do período normal de trabalho ou em suspensão do contrato de trabalho, em virtude de crise empresarial, em situação de desemprego registado no IEFP, ou ser trabalhador elegível para o apoio extraordinário à redução da atividade económica de trabalhador independente, nos termos do art. 26.º do referido DL; ou

iii-2) Ter sofrido, de acordo com declaração do próprio devedor, uma quebra temporária de rendimentos de, pelo menos, 20% do rendimento global do respetivo agregado familiar em consequência da pandemia da doença COVID-19.

Já no que concerne ao universo de operações de crédito abrangidas pela “Moratória Geral”, em prossecução do marcado propósito de criar um sistema de “moratórias” complementar e mais abrangente do que a “moratória pública”, dispunha-se, no respetivo anexo ao Protocolo, que eram elegíveis as operações de crédito não hipotecário contratadas, até 26.03.2020, entre uma instituição aderente e pessoas singulares, residentes e não residentes, **não abrangidas pela “moratória” aprovada pelo DL n.º 10-J/2020**, na redação que lhe foi conferida pelo DL n.º 26/2020, de 16.06., com ou sem fins comerciais ou profissionais, cujo montante inicial de crédito não fosse superior a € 75.000,00, com exclusão de cartões de crédito e das operações elencadas nas als. a) e b) do n.º 3 do art. 3.º do DL n.º 10-J/2020.

Em termos próximos aos constantes do art. 4.º do DL n.º 10-J/2020 para a “moratória pública”, também no que respeita às medidas que compunham a “moratória privada” que vimos escalpelizando se previa, sem que dessem origem a qualquer incumprimento contratual ou ativação de cláusulas de vencimento antecipado, as opções de:

(i) ampliação de prazo, pelo período previsto para a duração desta “moratória *não legislativa* (privada)”, de todos os créditos com pagamento de capital no final do contrato, juntamente, nos mesmos termos, com todos os seus elementos associados, designadamente juros e garantias, incluindo as prestadas através de seguro ou em títulos de crédito – moratória em sentido próprio –, e de

(ii) suspensão do pagamento do capital ou, em alternativa, caso o cliente assim o pretendesse, **suspensão do pagamento do capital, rendas e juros**, para os créditos com reembolso de acordo com um plano prestacional.

No mais, dispunha-se no anexo ao Protocolo da APB que **permaneciam inalteradas as restantes condições previstas no contrato que ligava cliente e instituição, pelo que os demais encargos, contratualmente previstos (e.g., comissões bancárias, prémios de seguro) poderiam continuar a ser cobrados, nos exatos termos previstos no acordo por aqueles alcançado, ressaltando-se, ainda, que a “moratória” implicava:**

(i) a **capitalização dos juros não cobrados por via da aplicação da “moratória”, nos termos e com os limites legalmente previstos⁴**;

(ii) a **alteração do prazo do contrato, sendo o prazo inicialmente previsto ajustado, adicionando-se a este um período igual ao da duração da “moratória”, sendo ainda adaptado o plano de reembolso.**

De resto, estabelecia-se que, sem prejuízo das condições de acesso, durante o **período de aplicação da “moratória não legislativa”⁵**, era suspensa a exigibilidade de todas as prestações pecuniárias associadas ao crédito por ela

⁴ Face ao regime geral do art. 560.º do CC, a capitalização dos juros remuneratórios encontra-se sujeita aos limites especiais impostos pelo art. 7.º do DL n.º 58/2013, de 08.05.

⁵ Nos casos das “moratórias”, aplicadas ao abrigo do Protocolo, até 30.06.2020, este período era de 12 meses contados da data da contratação pelo cliente da “moratória”; nos casos das “moratórias” que viessem a ser aplicadas após 30.06.2020, o mesmo período ia até 30.06.2021.

abrangido que pudessem estar em mora, na data de adesão à “moratória”, pela entidade beneficiária, deixando, assim, de ser aplicáveis juros de mora e outras penalidades contratuais. Neste caso, o reembolso das prestações vencidas e não pagas, em mora, seria efetuado após o termo da “moratória”, por ajustamento do plano de reembolso, distribuindo o seu valor rateadamente pelo remanescente das prestações vincendas, sendo os juros remuneratórios relativos ao capital em dívida contados e capitalizados, conforme referido acima.

Desta forma, um cliente que pretendesse a aplicação da “moratória” a uma operação de crédito por ela abrangida teria de apresentar, junto da instituição credora, pedido de adesão, sob a forma adotada pela instituição, subscrito por, pelo menos, um dos mutuários (em caso de pluralidade de devedores), acompanhado de declaração asseverando o cumprimento dos requisitos de acesso. Embora inicialmente se previsse como data-limite de acesso à “moratória” o dia 30.06.2020, não se deixava, logo, de acautelar a possibilidade do seu prolongamento, de acordo com o que viesse a ser estabelecido no regime da “moratória legislativa” previsto no DL n.º 10-J/2020, e desde que a data posterior correspondesse à fixada na parte final da al. f) do parágrafo 10 das Orientações EBA/GL/2020/02⁶.

É, assim, neste particular contexto de criação de “moratórias” pública e privadas que o BdP, enquanto autoridade responsável pela supervisão e fiscalização do regime de “moratória pública” (art. 8.º-1 do DL n.º 10-J/2020), à qual competia a regulamentação dos deveres de informação a observar pelas instituições no âmbito das operações abrangidas pelas medidas excecionais e temporárias de resposta à pandemia COVID-19 nele consagradas (art. 10.º-3 do DL n.º 10-J/2020), emitiu, em 07.05.2020, o Aviso do BdP n.º 2/2020,

⁶ Em 25.06.2020, a EBA emitiu “Orientações que alteram as Orientações EBA/GL/2020/02”, com o propósito de prorrogar o prazo para aplicação das “moratórias” até 30.09.2020.

teleologicamente orientado a garantir uma eficaz implementação da “moratória pública”, através de uma adequada divulgação pelas instituições junto dos potenciais beneficiários, mas também, adicionalmente, e atendendo às iniciativas de “moratórias privadas”, a fomentar uma correta identificação, pelos clientes, do tipo de “moratória” à qual aderiam, pública ou privada, assim como a fazer valer idênticos deveres de informação a prestar aos clientes, independentemente da natureza pública ou privada da “moratória”, em obséquio ao princípio da transparência da informação e à identidade de propósito a que obedeciam os dois tipos de “moratória” (art. 2.º-1).

Examinando detalhadamente os deveres de informação previstos no Aviso do BdP n.º 2/2020, cremos que, à semelhança do que se extrai do regime do DL n.º 133/2009, podemos arrumar tais deveres em duas categorias: **deveres de informação de carácter geral** (arts. 3.º e 6.º) e **deveres de informação personalizada** (arts. 4.º-2 e 5.º). Em relação aos (por nós denominados) deveres de informação de carácter geral, o art. 3.º do Aviso, sob a epígrafe “Divulgação das moratórias”, prescreve que as instituições que comercializem operações de crédito abrangidas pela “moratória pública” ou por “moratórias privadas” devem disponibilizar informação sobre aquelas “moratórias”, em local de destaque, nos respetivos locais de atendimento ao público, e na página de entrada dos seus sítios na Internet, bem como no *homebanking* e nas aplicações móveis, quando existam (n.º 1), incluindo, pelo menos, os elementos elencados no n.º 1 do art. 4.º do Aviso e fazendo-o de forma a que resulte claramente identificável a natureza da “moratória” (pública ou privada) a que essa informação se reporta (n.º 2). Com efeito, os elementos “mínimos” a divulgar, nos termos do n.º 1 do art. 4.º do Aviso, são os seguintes:

- a) Operações de crédito abrangidas;
- b) Potenciais beneficiários e respetivos requisitos de elegibilidade;

c) Processo de adesão às “moratórias”, contendo, nomeadamente, as seguintes informações:

i. Forma de apresentação da declaração de adesão;

ii. Documentação a apresentar, se aplicável;

iii. Estando em causa uma “moratória privada”, quem deve apresentar o pedido de adesão relativamente a operações de crédito com mais do que um titular;

iv. Forma pela qual será comunicada ao cliente a aplicação, ou não aplicação, da “moratória”;

v. Prazo para a comunicação referida na sublínea anterior.

d) Tipos de “moratória” e medidas abrangidas pela “moratória”;

e) Duração de cada “moratória”, com referência expressa ao seu início e termo, bem como à possibilidade de o cliente solicitar o fim da “moratória” antes do termo do prazo acordado, se aplicável;

f) Impactos decorrentes da aplicação da “moratória” no valor das prestações e no prazo de reembolso das operações de crédito;

g) Estando em causa uma “moratória privada”, impacto dessa “moratória” nas garantias prestadas no âmbito das operações de crédito;

h) Prazo de adesão a cada “moratória”.

O mesmo art. 3.º do Aviso, sob o seu n.º 3, acrescenta que as instituições devem remeter ainda a todos os clientes que tenham contratado operações de crédito abrangidas por “moratória” a que tenham aderido, uma comunicação, através de correio eletrónico, *Short Message Service* (SMS) ou por qualquer outra via habitualmente utilizada nas comunicações estabelecidas com cada

cliente, informando sobre a existência das referidas “moratórias” e os locais onde o cliente pode obter informação adicional.

Por seu turno, o art. 6.º do Aviso do BdP n.º 2/2020, apesar da sua inserção sistemática, consagra um “dever **geral** de assistência” (distinto, portanto, daquelo outro previsto no art. 7.º do DL n.º 133/2009, por intermédio do qual se impõe a prestação de esclarecimentos adequados ao concreto consumidor, por forma a colocá-lo em posição que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e à sua situação financeira), o qual se deve ter por cumprido pela instituição com a disponibilização, em local fácil e permanentemente acessível, designadamente no respetivo sítio na *Internet*, de uma secção de perguntas frequentes sobre a aplicação da “moratória pública” e das “moratórias privadas” a que tenham aderido (n.º 1), podendo (e não “devendo”) envolver o esclarecimento de dúvidas através de uma linha de atendimento telefónico ou de um *chat* personalizado (n.º 2).

Já no que tange aos **deveres de informação personalizada**, o n.º 2 do art. 4.º do Aviso do BdP n.º 2/2020 determina que **as instituições aderentes a “moratórias privadas” devem disponibilizar um formulário para adesão dos clientes bancários, no qual são explicitadas as medidas abrangidas pelas “moratórias” e os respetivos impactos** (tal como previsto nas als. d) e f) do n.º 1 do mesmo artigo e diploma) **e se permite aos clientes indicar as opções pretendidas**. E o art. 5.º, sob a epígrafe “Aplicação e recusa de aplicação das moratórias”, faz impender sobre as instituições a obrigação de, na sequência da apresentação de declaração de adesão a uma das “moratórias”, informarem o cliente sobre a aplicação da “moratória” ou, no caso de o cliente não preencher as condições exigidas, sobre a não aplicação da “moratória” e os respetivos motivos (n.º 1), fazendo-o mediante comunicação vertida em suporte duradouro, através dos meios habitualmente utilizados nas comunicações estabelecidas com cada cliente no âmbito da operação de

crédito em causa (n.º 2), a qual também deve conter, ela própria, informação sobre o impacto da aplicação da “moratória” na operação de crédito por ela abrangida (n.º 3) e, quando exista uma garantia associada à operação, explicação sobre os impactos que, nos termos legais e contratuais, a aplicação da “moratória” pode vir a acarretar para o garante (n.º 4).

2. Uma aplicação prática do regime do Aviso do BdP n.º 2/2020

Isto posto, servindo-nos de hipótese prática de que tomamos conhecimento por virtude do exercício das nossas funções de árbitro de conflitos de consumo⁷, relativo a um alegado incumprimento dos deveres de informação pelas instituições sobre os impactos decorrentes da aplicação da “Moratória Geral” nos valores das prestações da operação de crédito contratada, importa, desde logo, ter presente que a **“moratória privada” encerra uma alteração contratual**, a qual, à semelhança do clausulado do contrato inicial, assenta, o mais das vezes, num **documento escrito que reveste a forma de formulário de adesão, com “Termos e Condições” do pedido de adesão à “moratória” acopladas, em que as cláusulas foram pré-elaboradas pela instituição, para a generalidade dos contratos de crédito não hipotecário abrangidos, inexistindo possibilidade de negociação ou modificação individual das mesmas pelo cliente.**

Ou seja, o facto de, em relação a alguns aspetos, existirem alternativas de escolha, a preencher pelo cliente (e.g. opção entre suspensão do pagamento do capital e suspensão do pagamento do capital, rendas e juros), não belisca a conclusão de que **também a alteração contratual operada por intermédio da aplicação da “moratória privada” à operação de crédito obedece à técnica das cláusulas contratuais gerais e ao modelo do contrato**

⁷ Sentença proferida no Proc. n.º 2211/2021/RM, que correu termos pelo TRIAVE.

de adesão, pelo que se encontra, igualmente, sujeita ao regime jurídico instituído pelo DL n.º 446/85, de 25.10.

Ora, quando está em causa um contrato formado com recurso à predisposição de cláusulas contratuais gerais, a efetiva incorporação destas no contrato singular depende da verificação de dois pressupostos: em primeiro lugar, a sua **aceitação** (art. 4.º da LCCG); em segundo lugar, o cumprimento dos **ónus de comunicação e informação** (arts. 5.º e 6.º da LCCG).

A propósito do ónus de comunicação, como já tivemos ocasião de exaltar noutra sede, “[n]ão se exige, assim, o conhecimento efetivo das cláusulas que estão na base do contrato pelo aderente, mas tão só que sejam criadas as condições para que aqueles as *possa conhecer*, reclamando-se do aderente a *assunção de uma postura diligente*.”⁸.

Por outro lado, articulando o sistema de controlo de inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares, integrado por normas procedimentais, previsto na LCCG, com o regime especial de deveres de informação aos clientes a observar pelas instituições plasmado no Aviso do BdP n.º 2/2020, entendemos que o cumprimento dos deveres gerais de informação e de assistência não isentam a instituição credora da obrigação de prestação, em tempo útil, de todas as informações normativamente exigidas, tendente ao seu “conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência”, pelo que qualquer conclusão acerca da questão de saber se a instituição informou o cliente sobre os impactos decorrentes da aplicação da “moratória” no valor das prestações da operação de crédito pela mesma abrangida depende, forçosamente, da observância (ou não) dos deveres de informação personalizados por parte da instituição.

⁸ ANA FRANCISCA PINTO DIAS, CARLOS FILIPE COSTA, “O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: Análise crítica e empírica”, in *Anuário do NOVA Consumer Lab – Ano 3 – 2021*, pp. 123-194, disponível *online* em <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/anuario-nova-consumer-lab/>.

Concentrando-nos, então, nos **deveres de informação personalizados**, a *law in action* tem demonstrado que, à semelhança de outros tantos casos que envolvem a celebração de contratos de adesão, também aqui os litígios versam sobre o do **valor probatório das denominadas “cláusulas de confirmação”** para verificação do cumprimento dos ónus de comunicação e de informação previstos nos arts. 5.º e 6.º da LCCG. Ora, a este respeito, três teses se perfilam: 1) declaração confessória com força probatória plena (art. 358.º-2 do CC); 2) princípio de prova que opera uma inversão do *onus probandi*, por força do princípio da autorresponsabilidade; e 3) cláusula inválida (arts. 19.º, al. d) e 21.º, al. e) da LCCG). Com o devido respeito por opinião diversa, rejeitamos, liminarmente, a primeira orientação enunciada, mas também não secundamos a terceira, mormente quando **o consumidor aderente, não empregando da diligência exigível, negligenciou a preocupação de se inteirar do conteúdo do contrato, não obstante ter sido colocado em condição de poder conhecer efetivamente o seu clausulado.**

A segunda tese enunciada é defendida por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Banca e cláusulas contratuais gerais (Breve apontamento)”, in *Coletânea I Congresso de Direito Bancário*, Almedina, 2015, p. 105: “(...) uma declaração dessas, por si só, pode não chegar como meio de prova de que os deveres de informação a que o banco está adstrito foram adequadamente cumpridos. **Mas também não pode ficar-se indiferente a ela como se não existisse.** Temos entendido a este respeito, que **essa declaração inverte, em princípio, o ónus da prova: terá de ser o cliente, que assina uma declaração a dizer que lhe foram prestadas todas as informações de que necessitava, que conhece e compreende o sentido do contrato que celebrou e que está consciente dos riscos que corre,** terá de ser o cliente, dizíamos, que assina uma declaração deste teor, **a ter de vir a provar o contrário do que afirma nessa declaração.**

É o princípio da autorresponsabilidade que aconselha esta solução (...)⁹
[negritos nossos].

Assente que está, desta forma, a nossa posição acerca do valor probatório das “cláusulas de confirmação”, se se verificar, como sucedia na hipótese prática de que tomamos conhecimento por virtude do exercício da nossa atividade profissional, que:

- no formulário de adesão à “Moratória Geral” da APB, disponibilizado pela instituição e preenchido e submetido pelo cliente, este último dispunha da possibilidade, **proporcionada na mesma página e logo após a seleção da modalidade da “moratória” pretendida e da justificação do pedido, de consultar o novo plano de pagamentos** que, no cenário de aplicação da “moratória” solicitada, se passaria a adotar na operação de crédito contratada, **sendo o mesmo idóneo a permitir a exata apreensão e compreensão, por um homem médio, dos concretos impactos decorrentes da aplicação da “moratória”, nomeadamente quais os encargos abrangidos pela suspensão de pagamentos e qual o valor das prestações devidas após o termo da “moratória”, por força da operação de capitalização dos juros remuneratórios não cobrados por via da aplicação da “moratória” na modalidade de “Suspensão do pagamento do capital e dos juros até junho de 2021” que veio a ser escolhida pelo cliente;**

- a conclusão do processo de submissão do pedido de aplicação da “moratória” **não podia ter lugar sem prévio acesso a ligação (*link*)** apresentado em caixa de diálogo com a mensagem «*Para continuar, por favor, leia e aceite os termos e condições*», que abria documento intitulado “Termos e Condições” do “Pedido de adesão à Moratória Privada U...”, **pelo que só após tal acesso o cliente podia clicar no botão “Aceitar”;**

⁹ No mesmo sentido, na jurisprudência, *vide, inter alia*, o Ac. do TRG de 18.05.2017, Proc. n.º 2679/15.0T8BCL.G1.

- nos “Termos e Condições” do “Pedido de adesão à Moratória Privada U...”, redigidos numa única página em caracteres legíveis e com recurso a vocábulos usados na linguagem corrente, apreensíveis pelo cidadão comum – além de suscetíveis de serem descarregados num documento em formato PDF (*Portable Document Format*), para, querendo, analisar em momento posterior à conclusão do “Pedido de moratória” – resultava expressamente consignado que «(...) a suspensão do pagamento do capital ou, em alternativa a suspensão do pagamento do capital e juros, conforme por si indicado na adesão à presente moratória (...)» importa a «(...) extensão automática do plano financeiro inicial das parcelas de capital e juros, comissões e outros encargos, por um período idêntico ao da suspensão, sendo igualmente prolongados os elementos associados ao contrato objeto do presente pedido, incluindo garantias, com exceção dos prémios de seguro (quando existentes) e de impostos» [sublinhado nosso] e, bem assim, que «(...) a extensão do prazo de pagamento de capital, juros, comissões e demais encargos não dá origem a qualquer suspensão do vencimento de juros devidos durante o período da prorrogação, os quais serão capitalizados no valor do empréstimo com referência ao momento em que são devidos à taxa do contrato em vigor (em caso de suspensão do pagamento do capital e juros).» [sublinhado nosso],

forçoso é concluir que a instituição pode prevalecer-se da inversão do ónus de prova decorrente da subscrição da “declaração de confirmação”, a qual, no caso, não foi ilidida por prova em contrário do declarado feita pelo cliente, cujo comportamento passivo e despreocupado em aceder ao conteúdo do “Novo plano de pagamento” e dos “Termos e Condições” do “Pedido de adesão à Moratória Privada U...”, apesar do seu modesto grau de instrução académica e da sua condição socioeconómica humilde, se situava muito aquém do exigível a um “consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido” e, como tal, teria aquele de arcar com as consequências da sua omissão de diligência.

Donde, em suma, **se tiveram por incluídas no contrato de crédito que ligava cliente e instituição todas as cláusulas, pela segunda predispostas, constantes dos “Termos e Condições” do “Pedido de adesão à Moratória Privada U...”**.

CARLOS FILIPE COSTA

O serviço de transporte aéreo é “serviço público essencial” para os efeitos da Lei n.º 23/96, de 26 de julho?

Carlos Filipe Costa *

Árbitro de conflitos de consumo

Pós-Graduado em Direito dos Contratos e do
Consumo

Com a sexta alteração à Lei n.º 23/96, de 26 de julho¹, operada pela Lei n.º 51/2019, de 29 de julho, o elenco taxativo de serviços públicos essenciais que define o âmbito objetivo de aplicação do diploma – artigo 1.º, n.º 2 – passou a contemplar, sob alínea h), o “serviço de transporte de passageiros”².

* Licenciado em Direito e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Advogado (com inscrição voluntariamente suspensa). Pós-Graduado em Direito dos Contratos e do Consumo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Juiz-Árbitro no TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, no CIAB (Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo de Braga) – Tribunal Arbitral de Consumo e no CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo. Este estudo jurídico foi objeto de revisão formal pela Senhora Dra. Sara Fernandes Garcia, Juiz-árbitro do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve (CIMAAL) e do Centro de Arbitragem do Sector Automóvel (CASA), a quem prestamos o nosso público agradecimento pelo inestimável labor e, sobretudo, pela amizade. As opiniões aqui expendidas são pessoais e só vinculam o autor.

¹ Cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais. Doravante referir-nos-emos à Lei n.º 23/96, de 26 de julho como “Lei dos Serviços Públicos Essenciais” ou “LSPE”.

² Além do serviço de transporte de passageiros, constituem “serviços públicos essenciais” o serviço de fornecimento de água [alínea a)], o serviço de fornecimento de energia elétrica [alínea

Desde então vimos refletindo e discutindo com alguns colegas juristas, árbitros de conflitos de consumo, investigadores e docentes universitários sobre o sentido e alcance desta nova previsão legislativa, mormente se a mesma abarca ou não o serviço de transporte aéreo.

Uma resposta positiva ou negativa à interrogação ora enunciada determina a sujeição ou não do serviço de transporte aéreo à malha normativa, especialmente tuteladora da posição dos utentes, plasmada na Lei dos Serviços Públicos Essenciais.

De entre o conteúdo garantístico da LSPE destacamos o direito potestativo do utente pessoa singular³ a submeter um litígio de consumo com um prestador de serviço listado no n.º 2 do artigo 1.º à apreciação de tribunal arbitral de centro de arbitragem de conflitos de consumo legalmente

b)], o serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados [alínea c)], o serviço de comunicações eletrónicas [alínea d)]. os serviços postais [alínea e)], o serviço de recolha e tratamento de águas residuais [alínea f)] e os serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos [alínea g)].

³ Note-se que, de acordo com o n.º 3 do artigo 1.º da LSPE, considera-se *utente*, para os efeitos previstos nesta lei, a pessoa singular ou coletiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo. Contudo, o regime de “arbitragem necessária” (*rectius*, arbitragem potestativa) só se aplica ao “utente pessoa singular”.

autorizado⁴, independentemente do valor da causa⁵ (a denominada “arbitragem necessária” ou, mais rigorosamente, arbitragem potestativa, em

⁴ A criação em Portugal de centros de arbitragem institucionalizada está sujeita a autorização do Ministro da Justiça, nos termos do Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de dezembro. São centros de arbitragem de conflitos de consumo de competência genérica, mas territorialmente circunscrita, o CIAB – Tribunal Arbitral de Consumo, o TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, o Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto (CICAP), o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região de Coimbra (CACRC), o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa (CACCL), o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve (CIMAAL) e o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região Autónoma da Madeira (CACCRAM). A estes acresce o CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo, que dispõe de competência supletiva e assegura plena cobertura geográfica do território nacional pela Rede de Arbitragem de Consumo (RAC) a que se referem a alínea a) do artigo 3.º e os n.ºs 1 e 2 do artigo 4.º da Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro (Lei RALC). Na Região Autónoma dos Açores, a Associação para a Promoção do Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo dos Açores, associação de direito privado, sem fins lucrativos, ao abrigo de autorização conferida pela Resolução do Conselho do Governo n.º 272/2020, de 16 de outubro, veio criar o Centro de Informação, Mediação e Arbitragem da Região Autónoma dos Açores (CIMARA), que funcionará em instalações sitas em Ponta Delgada, conforme Resolução do Conselho de Governo n.º 251/2021, de 29 de outubro de 2021.

⁵ A limitação da competência em razão do valor prevista nos regulamentos dos centros de arbitragem de conflitos de consumo não se aplica aos litígios de consumo que se integram no âmbito dos serviços públicos essenciais taxativamente enunciados no n.º 2 do artigo 1.º da LSPE e que, nesse encaixe, estão abarcados pelo regime de “arbitragem necessária” (*rectius*, arbitragem potestativa) previsto na norma do n.º 1 do artigo 15.º da LSPE, como determinado pelo disposto no ponto 2 do Despacho n.º 3637/2018, de 11 de abril (aplicável ao TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa), no ponto 1 do Despacho n.º 8499/2017, de 28 de setembro (aplicável ao CIAB – Tribunal Arbitral de Consumo) e no ponto 1 do Despacho n.º 9089/2017, de 16 de outubro (aplicável ao CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo).

que a lei *substitui* a declaração negocial do reclamado⁶) – artigo 15.º, n.º 1 da LSPE⁷.

⁶ Isto porque, no bom rigor dos termos, em caso de (verdadeira) arbitragem necessária (artigos 1136.º e seguintes do CPC), como a prevista no artigo 4.º do Anexo à Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro (Lei do Tribunal Arbitral do Desporto), por decisão do Estado, é obrigatório, para ambas as partes, o recurso ao tribunal arbitral para obtenção de tutela jurisdicional (pelo menos, num primeiro momento). Na hipótese do artigo 15.º, n.º 1 da LSPE, “[e]m bom rigor, não se trata, aqui, de arbitragem voluntária, uma vez que a sujeição do litígio à jurisdição arbitral não depende da celebração de qualquer convenção de arbitragem entre as partes. Mas também não se trata (apesar de a letra da lei sugerir o contrário) de arbitragem verdadeiramente necessária, dado que não se impõe a nenhuma das partes a obrigação de recorrer à arbitragem. A meio caminho entre uma coisa e outra, o legislador atribui (apenas) a uma das partes do litígio (o utente que seja pessoa singular) o *poder de optar* entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral. O fundamento da competência do tribunal arbitral é, por conseguinte, simultaneamente legal e voluntário: legal, porque o *poder de optar* tem origem na lei (e não na autonomia privada); voluntário, porque o exercício desse poder depende da vontade da parte à qual é concedido. Estruturalmente, este *poder de optar* pela jurisdição arbitral é um *direito potestativo*, porque coloca ao dispor de um dos sujeitos do litígio a prerrogativa de, unilateralmente, produzir na esfera jurídica do outro, com inevitável necessidade, um certo efeito jurídico – no caso, o efeito jurídico-processual de afastamento da tutela jurisdicional-estadual” – cf. PAULO DUARTE, «A chamada “arbitragem necessária” de “litígios de consumo” no domínio dos serviços públicos essenciais: âmbito, natureza e aspectos processuais”, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, 2016, p. 467.

⁷ Com a redação introduzida pela Lei n.º 6/2011, de 10 de março. Entretanto, com a publicação da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, em vigor desde 15.09.2019 (artigo 3.º), foi alterada a redação das normas do artigo 14.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor), nomeadamente os n.ºs 2 e 3 daquele artigo e diploma, postulando, estes, agora, que os conflitos de consumo cujo valor não exceda a alçada dos tribunais de 1.ª instância (fixada em € 5.000,00 – cf. artigo 44.º, n.º 1 da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto) estão sujeitos a arbitragem potestativa quando, por opção expressa dos consumidores, sejam submetidos à apreciação de tribunal arbitral adstrito aos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados, o que constituiu um alargamento do âmbito de competência do “tribunal arbitral necessário” em matéria de conflitos de consumo, até então circunscrito à “arbitragem necessária” (*rectius*, arbitragem potestativa) prevista na LSPE (arts. 1.º, n.º 2 e 15.º, n.º 1 da LSPE).

Numa análise apressada da questão em apreço, poderíamos ser levados a convocar, sem mais, o critério interpretativo segundo o qual “onde o legislador não distingue, não deve o intérprete distinguir” (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*) para, dessa forma, concluirmos que a referência ao “serviço de transporte de passageiros” tem em vista não apenas os serviços de transporte de passageiros por modo rodoviário, fluvial, marítimo e ferroviário, mas também o transporte aéreo e, até, o transporte de passageiros em táxi⁸ ou transporte em veículo descaracterizado a partir de plataforma eletrônica (TVDE)⁹.

Porém, como nos adverte LUÍS CABRAL DE MONCADA, “[n]ão pode dar-se a esta regra um sentido absoluto e dogmático como o que muitas vezes se lhe vê atribuído, sob pena de se tornar impossível a interpretação restritiva. Com efeito, devemos muitas vezes distinguir onde a lei não distingue; ou melhor, onde a lei, atendendo não só ao seu texto ou só à sua letra, não distinguiu. A regra só é válida quando, dizendo que a lei não distingue, pudermos entender que ela não distingue no seu espírito, cuja determinação é a única coisa que importa ao intérprete. Mas a lei pode não distinguir na letra e, contudo, distinguir no espírito, e isto é o importante”¹⁰.

Por conseguinte, conservando, sempre, um mínimo de correspondência com a letra da lei, o intérprete-aplicador, na sua tarefa de

⁸ O regime de acesso à atividade e ao mercado dos transportes em táxi encontra-se previsto no Decreto-Lei n.º 251/98, de 11 de agosto, alterado pelas Leis n.ºs 156/99, de 14 de setembro, e 106/2001, de 31 de agosto, pelos Decretos-Leis n.ºs 41/2003, de 11 de março, e 4/2004, de 6 de janeiro, pelas Leis n.ºs 5/2013, de 22 de janeiro, e 35/2016, de 21 de novembro, e pelo Decreto-Lei n.º 3/2019, de 11 de janeiro.

⁹ O regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrônica encontra-se previsto na Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, alterado pela Declaração de Retificação n.º 25-A/2018, de 10 de agosto.

¹⁰ LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 1995, p. 155, nota 2.

descoberta e atribuição de um significado ao enunciado linguístico da norma da alínea h) do n.º 2 do artigo 1.º da LSPE, deve considerar e, mesmo, privilegiar o recurso aos elementos lógicos de ordem sistemática, histórica e teleológica também previstos no artigo 9.º do Código Civil, com vista a discernir a essência ontológica da factispécies daquela norma.

Ora, respeitando a metodologia de hermenêutica jurídica que se acaba de expor, constatamos que os elementos referentes à coerência e unidade do sistema jurídico e às circunstâncias em que a norma sob exegese foi elaborada, por um lado, e o elemento atinente ao escopo visado pelo legislador com a sua edição, por outro lado, concorrem para a obtenção de resultados interpretativos distintos.

Começemos pelo elemento sistemático.

O Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros (RJSPTP), aprovado em Anexo à Lei n.º 52/2015, de 9 de junho¹¹, “estabelece o regime aplicável ao planeamento, organização, operação, atribuição, fiscalização, investimento, financiamento, divulgação e desenvolvimento do **serviço público de transporte de passageiros, por modo rodoviário, fluvial, ferroviário e outros sistemas guiados**, incluindo o regime das obrigações de serviço público e respetiva compensação”¹² (artigo 1.º do RJSPTP). De acordo com o n.º 2 do artigo 2.º do RJSPTP, ficam excluídos do seu âmbito de aplicação o serviço público de transporte de passageiros com carácter histórico e de âmbito turístico [alínea a)], assim como determinados serviços públicos de transporte de passageiros abrangidos por legislação específica, nomeadamente o transporte em táxi, o transporte coletivo de crianças e,

¹¹ Alterada pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, e pelos Decretos-Leis n.ºs 86-D/2016, de 30 de dezembro, 58/2019, de 30 de abril, 151/2019, de 11 de outubro e 169-A/2019, de 29 de novembro. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2015-125276212/>.

¹² Negrito nosso.

ainda, os serviços de transporte ocasionais e regulares especializados [alínea b), subalíneas i) a iii)]. Por último, a alínea n) do artigo 3.º do RJSPTP define «Serviço público de transporte de passageiros», como “o serviço de transporte de passageiros de interesse económico geral, **prestado ao público numa base não discriminatória**, nos termos do qual os veículos são colocados à disposição de múltiplas pessoas em simultâneo, que os utilizam mediante retribuição, **segundo um regime de exploração previamente aprovado**¹³, **não ficando ao serviço exclusivo de nenhuma delas**”¹⁴.

Emana do conjunto das disposições normativas que antecedem a intenção de o legislador compreender na noção de “transporte de passageiros” somente aqueles serviços de transporte em que a **titularidade da competência de exploração** (sem prejuízo da faculdade de atribuição a operadores de serviço público, por meio da celebração de contratos de serviço público – contrato de concessão ou contrato de prestação de serviço público de transporte de passageiros¹⁵ – ou mera autorização¹⁶) **pertence ao Estado ou a outros entes públicos de base territorial** (municípios, comunidades intermunicipais e Áreas Metropolitanas de Porto e Lisboa). Tal resulta confirmado, sem margem para dúvidas, pela disciplina contida em todo o Capítulo II do RJSPTP, dedicada às “Autoridades de transportes”,

¹³ Nos termos do n.º 1 do artigo 16.º do RJSPTP, “[o] serviço público de transporte de passageiros pode ser explorado:

a) Diretamente pelas autoridades de transportes competentes, designadamente com recurso a meios próprios;

b) Mediante atribuição, através da celebração de contrato de serviço público: i) A operadores internos; ii) A outros operadores de serviço público;

c) Mediante autorização, no caso do serviço público de transporte de passageiros expresso, nos termos do artigo 33.º.

¹⁴ Negrito nosso.

¹⁵ Artigo 20.º do RJSPTP.

¹⁶ Artigo 4.º, n.º 2, alínea b) do RJSPTP.

entendidas, estas, como “qualquer autoridade pública com atribuições e competências em matéria de organização, exploração, atribuição, investimento, financiamento e fiscalização do serviço público de transporte de passageiros, bem como de determinação de obrigações de serviço público e de tarifários numa determinada zona geográfica de nível local, regional ou nacional, ou qualquer entidade pública por aquela investido dessas atribuições e competências”¹⁷.

Ora, como é bem sabido, no caso do serviço de transporte aéreo, não obstante a República Portuguesa, através da Direção-Geral do Tesouro e Finanças, ser titular de uma participação correspondente a 100% do capital social da Transportes Aéreos Portugueses, S.A. (“TAP Air Portugal”), que, por sua vez, detém a 100% a Portugália – Companhia Portuguesa de Transportes Aéreos S.A. (PGA – Portugália Airlines), e, ainda, a Região Autónoma dos Açores, através da Direção Regional do Orçamento e Tesouro, ser titular de uma participação correspondente a 100% do capital social da Sociedade Açoriana de Transportes Aéreos, S.A. (“SATA Air Açores”) e da SATA Internacional – Azores Airlines, S.A. (“SATA Azores Airlines”), estas empresas públicas desenvolvem a sua atividade de transporte de passageiros e respetivas bagagens de um lugar para outro, por via aérea, utilizando aeronaves adequadas a esse fim, no âmbito de um mercado altamente competitivo à escala global, sem que o ingresso de novos entrantes dependa de um ato de atribuição ou autorização de uma autoridade competente – Estado ou outra pessoa coletiva de base territorial – titular da competência de exploração do serviço.

De igual modo, os atos legislativos, de natureza excepcional, adotados no contexto da situação epidemiológica a nível mundial provocada pela doença COVID-19 excluem o transporte aéreo do “transporte [coletivo] de

¹⁷ Sendo que, no contexto do RJSPTP, a expressão “Autoridade de transportes” pode também referir-se a um agrupamento de autoridades.

passageiros”. Veja-se o artigo 13.º-B do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março¹⁸, onde o legislador, a propósito da obrigatoriedade do uso de máscaras ou viseiras, adota, sob n.º 4, a formulação “transportes coletivos de passageiros, **incluindo o transporte aéreo**, bem como no transporte de passageiros em táxi ou TVDE”¹⁹.

Por sua vez, neste labor de pesquisa da *mens legislatoris*, também o elemento histórico da hermenêutica jurídica parece apontar no sentido da não inclusão do serviço de transporte aéreo na previsão da alínea h) do n.º 2 do artigo 1.º da LSPE.

A adoção da Lei n.º 51/2019, de 29 de julho teve por base uma iniciativa legislativa do Deputado único representante de partido (DURP) do Partido Pessoas-Animais-Natureza (PAN) – Projeto de Lei n.º 1093/XIII/4.^{a20} –, em cuja “Exposição de motivos” pode ler-se, com particular interesse para este estudo jurídico, o seguinte:

«(...) De facto, têm existindo ao longo do tempo sucessivas alterações que visam alargar o âmbito de aplicação da lei a outros serviços públicos, tendo essa intenção de alargamento sido manifestada pelo Governo logo no momento da discussão em plenário da Proposta de Lei que deu origem à lei em apreço. Nesta, ficou clara que a intenção do legislador era proteger os consumidores nos

¹⁸ Estabelece medidas excecionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus – COVID 19. Disponível, numa versão consolidada, em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2020-130241777>.

¹⁹ Esta redação só foi introduzida pela trigésima primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, operada pelo Decreto-Lei n.º 78-A/2021, de 29 de setembro. A norma do n.º 4 do artigo 13.º-B do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março foi, entretanto, revogada pelo Decreto-Lei n.º 57-A/2022, de 26 de agosto.

²⁰ Projeto de Lei 1093/XIII/4.^a (PAN) – “Altera a Lei n.º 23/96, de 26 de julho, incluindo no elenco de serviços públicos essenciais o serviço de transporte de passageiros” disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43358>, onde pode encontrar-se, também, o contributo oferecido aos trabalhos parlamentares pela Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT).

domínios dos serviços públicos essenciais, os quais, atendendo ao modo como são prestados, criavam dificuldades aos consumidores em fazer valer os seus direitos. Recuperando as palavras do Governo, na sua intervenção inicial, a Ministra do Ambiente afirmou que estavam em causa “empresas que actuam, em geral, em regime de monopólio e em que as relações de consumo assumem o máximo de desequilíbrio em desfavor dos consumidores”, sendo estes sectores “onde são frequentes as queixas dos consumidores”. Quando confrontada, durante a discussão, com a não inclusão, por exemplo, dos transportes públicos, ou a possibilidade de alargamento posterior a outros serviços, a Ministra do Ambiente respondeu que a lista de serviços incluídos era apenas um princípio, assumindo que: “começou por se atacar um conjunto de bens que nos parecem mais importantes e, através de um inquérito que foi elaborado e devidamente divulgado aos consumidores, estas foram, de facto, as áreas em que os consumidores se sentiam mais debilitados e mais impotentes em relação à máquina empresarial com que se defrontavam: o telefone, a água, a luz e o gás, que são bens absolutamente essenciais. A partir daqui pretendemos que o resultado desta área experimental, mas simultaneamente essencial, se alargue a outros tipos de consumo.”.

Posto isto, com a presente iniciativa propomos o alargamento do actual elenco de serviços públicos abrangidos pela lei n.º 23/96, passando a estar igualmente incluído o serviço de transporte de passageiros, serviço este essencial para os milhões de pessoas que o utilizam diariamente nas suas deslocações, em especial no trajecto casa-trabalho.

De facto, as “Estatísticas dos Transportes e Comunicações 2017” do Instituto Nacional de Estatística, demonstram um crescimento importante na utilização de transportes colectivos. De acordo com este relatório, o número de passageiros transportados por comboio em 2017 (141,9 milhões) reforçou o seu crescimento para 6,0% (face a + 2,7% em 2016 e + 1,7% em 2015). No mesmo ano, os três sistemas de metropolitano (Lisboa, Porto e Sul do Tejo)

transportaram 234,0 milhões de passageiros, reflectindo uma subida de 5,1%, após um aumento de 5,3% em 2016. Pelo metropolitano de Lisboa deslocaram-se 161,5 milhões de passageiros em 2017. No metro do Porto registaram-se 60,6 milhões de passageiros, enquanto o Metro Sul do Tejo assegurou o transporte a 11,9 milhões de utentes. Para além disso, o **transporte rodoviário de passageiros** teve um ligeiro aumento no número de passageiros, tendo proporcionado uma oferta de 27,1 mil milhões de lugares-quilómetro, a que correspondeu a procura de 514,8 milhões de passageiros.

Contudo, apesar deste aumento, consideramos que **a actual rede de transportes colectivos de passageiros é ainda insuficiente, por não chegar a todos os pontos do país e por não responder às necessidades existentes, o que justifica que muitas das deslocações nas grandes cidades sejam feitas de automóvel.**

(...)

Os problemas da rede de transportes são bem visíveis pelo elevado número de reclamações relacionadas, por exemplo, com as **supressões de comboios, autocarros ou barcos ou perturbações no metropolitano**. A Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT) tratou no ano passado um total de 18.005 reclamações apresentadas pelos utilizadores destes serviços, um número que fica 21% acima das 14.865 registadas em 2016. No 1.º semestre de 2018, foram registadas e tratadas pela AMT 8.466 reclamações, das quais 7.549 dizem respeito a reclamações inscritas no livro de reclamações dos diversos operadores e prestadores de serviços do sector da mobilidade e dos transportes e as restantes 917 foram recebidas directamente na AMT²¹.

²¹ Recorde-se que a regulação e fiscalização do setor da aviação civil e a supervisão e regulamentação das atividades desenvolvidas no mesmo setor estão a cargo da Autoridade Nacional de Aviação Civil (ANAC) e não da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT), cf. artigos 1.º, n.º 2 e 4.º, n.º 1 do Anexo ao Decreto-Lei n.º 40/2015, de 16 de março, que aprova os estatutos da Autoridade Nacional da Aviação Civil, anteriormente designado

Por último, não compreendemos o que justifica que, até à data, o serviço de transporte de passageiros não tenha sido incluído na lei dos serviços públicos, até porque o próprio ordenamento jurídico já reconhece que este serviço é essencial. A título de exemplo, a lei de defesa do consumidor enquadra-o desse modo ao estabelecer, no n.º 8 do artigo 9.º, que “Incumbe ao Governo adoptar medidas adequadas a assegurar o equilíbrio das relações jurídicas que tenham por objecto bens e serviços essenciais, designadamente água, energia eléctrica, gás, telecomunicações e transportes públicos.”

*Em suma, sendo as deslocações realizadas maioritariamente com recurso ao transporte individual, tal tem **consequências a nível das emissões de gases com efeitos estufa, no consumo energético, na sinistralidade e congestionamento**. De facto, os números já referidos demonstram que a pouca utilização de **transportes públicos** torna a situação insustentável. **Se, enquanto sociedade, assumimos a intenção de descarbonização e o modelo de desenvolvimento sustentável defendido pelas Nações Unidas, temos de tomar medidas concretas que cumpram este objectivo**. Para o PAN, a inclusão do serviço de transporte público de passageiros na lei dos serviços públicos contribuirá para o aumento da qualidade dos transportes colectivos e para a mudança de paradigma.»[negritos nossos]*

Todos os segmentos acima colocados em destaque revelam, com meridiana clareza, que o proponente do projeto de lei que deu origem à Lei n.º 51/2019, de 29 de julho não tinha, de todo, em mente a inclusão do serviço de transporte aéreo na previsão normativa da atual alínea h) do n.º 2 do artigo 1.º da LSPE, a qual, desde o início do processo legislativo, sempre tomou a redação “serviço de transporte de passageiros”. Em particular, se dúvidas houvesse, a preocupação declarada em prosseguir os fins da descarbonização

Instituto Nacional de Aviação Civil, I. P., em conformidade com o regime estabelecido na Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, que aprova a lei-quadro das entidades administrativas independentes.

e de um modelo de desenvolvimento sustentável levam-nos, de modo forçoso, à sua dissipação, na medida em que, como é de conhecimento geral, o serviço de transporte aéreo é um dos principais responsáveis pela emissão de gases com efeito de estufa, não sendo intenção do Partido Pessoas-Animais-Natureza a sua promoção, por via da concessão de especial tutela aos utilizadores.

Merece, ainda, destaque o contributo oferecido aos trabalhos parlamentares pela AMT. A entidade administrativa independente que “tem por missão regular e fiscalizar o setor da mobilidade e dos **transportes terrestres, fluviais, ferroviários, e respetivas infraestruturas, e da atividade económica no setor dos portos comerciais e transportes marítimos, enquanto serviços de interesse económico geral** e atividades baseadas em redes, através dos seus poderes de regulamentação, supervisão, fiscalização e sancionatórios, com atribuições em matéria de proteção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência dos setores privados, público, cooperativo e social”, nos termos dos estatutos aprovados em Anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio²² e demais instrumentos jurídicos – cf. artigo 1.º, n.º 2 dos Estatutos da AMT –, manifestou a sua concordância com a inclusão do “transporte *público* de passageiros” no elenco de serviços públicos essenciais a que se refere o n.º 2 do artigo 1.º da LSPE, por este «*assegura[r] a concretização de um Direito à Mobilidade das populações, sobretudo nas suas deslocações casa-trabalho-casa, o que é essencial para um desenvolvimento harmonioso, coeso e inclusivo do território nacional*»²³. E salientou, precisamente, que a não integração de mais este serviço de interesse económico geral na lista constante da LSPE tinha «*como efeito principal a não aplicação ao serviço de transporte público de passageiros do artigo 15.º daquela Lei que submete à arbitragem necessária,*

²² Com as alterações introduzidas pela Decreto-Lei n.º 18/2015, de 2 de fevereiro.

²³ Negrito nosso.

dentro das condições aí definidas, a resolução de conflitos que tenham por objeto a prestação de um serviço público essencial». Com o referido contributo, a AMT juntou, ainda, um projeto legislativo da sua autoria, que já havia apresentado ao Governo, por via da qual, de molde a concretizar o mesmo efeito pretendido pela iniciativa do DURP do PAN, propunha o aditamento de uma alínea h) ao n.º 2 do artigo 1.º da LSPE, com a seguinte redação: “**Serviço de transporte público de passageiros por modo rodoviário, fluvial, marítimo, ferroviário e outros sistemas guiados**”²⁴.

Sem prejuízo de tudo quanto antecede, por outra banda, cremos que o elemento teleológico da hermenêutica jurídica – “a justificação social da lei”, “as finalidades ou objetivos visados na lei” ou, simplesmente, «o “para quê” da lei» (*mens legis*)²⁵ – conduz-nos a um resultado interpretativo diverso.

Mais uma vez, conservando uma base de apoio na *littera legis* – que, recorde-se, assume a redação “serviço de transporte de passageiros”, sem qualquer alusão à sua natureza pública ou privada –, não pode olvidar-se que a Lei dos Serviços Públicos Essenciais visa, acima de tudo, “estabelecer um regime específico de protecção dos utentes de alguns serviços, que são essenciais para a vida, a saúde, ou para a participação e integração social”, por satisfazerem “necessidades básicas de natureza económica”²⁶ – *serviços de interesse económico geral*. Daí que, como já tivemos oportunidade de revelar noutra sede²⁷, preferimos a fórmula “serviços de interesse económico geral”

²⁴ Em manifesta consonância com o âmbito material de aplicação do Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros (RJSPTP), aprovado em Anexo à Lei n.º 52/2015, de 9 de junho.

²⁵ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005 (reimpressão 2017), pp. 359-360.

²⁶ ELIONORA CARDOSO, *Os Serviços Públicos Essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010, p. 52.

²⁷ No texto intitulado “25 anos da Lei dos Serviços Públicos Essenciais”, publicado no blogue do NOVA Consumer Lab da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

em detrimento de “serviços públicos essenciais”, em consonância com a designação vigente no Direito da União Europeia (*vide* artigos 14.º e 106.º, n.º 2 do TFUE e artigo 36.º da CDFUE) e com a progressiva liberalização e privatização da maior parte dos serviços abrangidos pelo diploma²⁸, hoje sujeitos às regras de concorrência e do mercado interno europeu.

Neste conspecto, afigura-se-nos incontornável que, hodiernamente, em plena era de globalização, o transporte aéreo assume um papel primordial na circulação quotidiana de pessoas e bens, intramuros e extramuros – tão ou mais significativo do que o desempenhado pelos transportes rodoviário, fluvial, marítimo e ferroviário –, não sendo mais um setor apenas acessível a uma elite (como foi em meados do século transato). Diversamente, trata-se de uma *commodity* dos nossos tempos, de que depende, em larga medida, nesta nova dinâmica económica, a competitividade e o desenvolvimento da economia nacional e, num espectro mais amplo, a realização do mercado interno sem fronteiras, no qual se promovem as liberdades fundamentais de

(NOVA School of Law), em 26.07.2021, e escrito em coautoria com SARA FERNANDES GARCIA, disponível em <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/25-anos-da-lei-dos-servicos-publicos-essenciais/>.

²⁸ Fazendo nossas as palavras de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 201, “(...) apesar da (equivoca) terminologia legal (“serviços públicos”), encontramos-nos diante de verdadeiros contratos privados, usualmente reconduzíveis ao contrato de compra e venda ou ao contrato de fornecimento, sujeitos enquanto tais às disposições da lei civil e comercial (...) e sujeitos também à jurisdição dos tribunais comuns – independentemente de serem celebrados por entidades públicas ou entidades privadas concessionárias”. A norma do atual n.º 9 do artigo 9.º da Lei de Defesa do Consumidor (“Incumbe ao Governo adoptar medidas adequadas a assegurar o equilíbrio das relações jurídicas que tenham por objecto bens e serviços essenciais, designadamente água, energia eléctrica, gás, telecomunicações e transportes públicos”), por conservar a mesma redação desde a sua versão originária – era, então, o n.º 8 do artigo 9.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho –, ainda não reflete o processo de progressiva liberalização e privatização da maior parte dos serviços abrangidos pela LSPE, que apenas se começou a materializar na primeira década do século XXI.

circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, assim como o reforço da coesão social e territorial em Portugal e na União Europeia.

Neste encaço, acresce que, à semelhança do que sucede com os demais serviços elencados no n.º 2 do artigo 1.º da LSPE, também no caso do setor do transporte aéreo nacional vigoram regras que, tipicamente, caracterizam os serviços de interesse económico geral – prestação de forma ininterrupta (*continuidade*), em benefício de todos os utentes e em todo o território nacional (*universalidade*) e com tarifas uniformes e qualidade semelhantes, sem ter em conta situações especiais nem o grau de rentabilidade económica de cada operação individual (*igualdade*), a que acrescem a transparência e o carácter economicamente acessível do serviço²⁹.

Concretamente, com o propósito de “assegurar que as transportadoras aéreas garantem a regularidade e qualidade na exploração” de serviços aéreos “estabelecidos entre o continente e as Regiões Autónomas, entre estas, no interior de cada uma delas, ou para qualquer outra região periférica ou em desenvolvimento do território nacional, bem como dos serviços aéreos em ligações de fraca densidade de tráfego”, “sem que tal dependa estritamente dos

²⁹ Conclusões do advogado-geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer apresentadas em 20 de outubro de 2009, no Processo C-265/08 (*Federutility, Assogas, Libarna Gas spa, Collino Commercio spa, Sadori gas spa, Egea Commerciale, E.On Vendita srl, Sorgenia spa contra Autorità per l'energia elettrica e il gas*), §§ 54-55, disponíveis em <https://curia.europa.eu/>.

seus interesses comerciais”³⁰, o Decreto-Lei n.º 138/99, de 23 de abril³¹ regula, de acordo com o artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 1008/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de setembro de 2008³², a fixação de obrigações de serviço público (“podendo revestir, entre outras, a forma de imposições quanto a continuidade, regularidade ou pontualidade dos serviços, requisitos mínimos operacionais e de equipamento, padrões mínimos de qualidade, frequência e horário de serviço, capacidade mínima de transporte, condições tarifárias ou preços máximos para determinadas categorias de tráfego”³³) e as ajudas a conceder pelo Estado ao transporte aéreo (serviços para regiões insulares, periféricas ou em desenvolvimento) decorrentes da imposição ou contratação de obrigações de serviço público (nomeadamente, subsídio ao preço do bilhete, mediante pagamento de parte percentual do preço de venda dos bilhetes, para determinadas categorias de passageiros do serviço aéreo, independentemente da nacionalidade, ou

³⁰ Passagens extraídas do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 138/99, de 23 de abril. Resulta aqui bem patente a preocupação de concretização dos princípios da solidariedade e da continuidade territorial, que se extraem dos artigos 225.º, n.º 2 e 229.º, n.º 1 da CRP, se mostram consagrados nos artigos 10.º e 103.º, n.º 1 da Lei n.º 13/91, de 5 de junho (Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira – “EPARAM”, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 130/99, de 21 de agosto, e 12/2000, de 21 de junho) e nos artigos 12.º e 13.º da Lei n.º 39/80, de 5 de agosto (Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores – “EPARAA”, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 9/87, de 26 de março, 61/98, de 27 de agosto e 2/2009, de 12 de janeiro) e resultam densificados, ao nível dos transportes (nomeadamente, o transporte aéreo), nos artigos 124.º a 127.º do EPARAM. Estando em causa a substanciação de princípios erigidos à dignidade de princípios constitucionais, tal não pode deixar de ser atendido para a interpretação da norma da alínea h) do n.º 2 do artigo 1.º da LSPE.

³¹ Alterado pelo Decreto-Lei n.º 208/2004, de 19 de agosto e pela Lei n.º 14/2011, de 2 de maio.

³² Relativo a regras comuns de exploração dos serviços aéreos na Comunidade. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/AUTO/?uri=CELEX:02008R1008-20201218>.

³³ Artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 138/99, de 23 de abril.

compensação financeira, a atribuir à transportadora aérea³⁴)³⁵, prevendo-se a possibilidade de atribuição, em regime de concessão, da “exploração exclusiva de uma rota ou de um conjunto de rotas por forma a assegurar a exequibilidade e eficácia das obrigações de serviço público”³⁶.

Por conseguinte, em face de todo o exposto, entre a interpretação restritiva sugerida pelos elementos sistemático e histórico e a interpretação teleológica acabada de apresentar, conferindo primazia ao sentido e escopo da Lei dos Serviços Públicos Essenciais, **entendemos ser de incluir no campo de aplicação da norma da alínea h) do n.º 2 do artigo 1.º da LSPE o serviço**

³⁴ Artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 138/99, de 23 de abril.

³⁵ A este propósito, refira-se que a atribuição do subsídio social de mobilidade aos cidadãos beneficiários, no âmbito dos serviços aéreos entre o continente e a Região Autónoma da Madeira, é regulada pelo Decreto-Lei n.º 134/2015, de 24 de julho, alterado (e republicado) pela Lei n.º 105/2019, de 6 de setembro e, ainda, pela Lei n.º 2/2020, de 31 de março. Ademais, no que tange aos serviços aéreos entre o continente e a Região Autónoma dos Açores e entre esta e a Região Autónoma da Madeira, conforme Comunicação da Comissão (2015/C 27/04), de 27 de janeiro de 2015, o Governo Português decidiu impor obrigações modificadas de serviço público aos serviços aéreos regulares operados nas rotas Lisboa/Horta/Lisboa, Lisboa/Santa Maria/Lisboa, Lisboa/Pico/Lisboa e Funchal/Ponta Delgada/Funchal; os passageiros residentes habituais e residentes equiparados na Região Autónoma dos Açores, bem como os passageiros estudantes (com idade igual ou inferior a 26 anos) que, ali residindo, estudem em estabelecimentos de ensino situados noutras regiões, ou que, sendo residentes de outras regiões, ali desenvolvam os seus estudos, realizando, para esse efeito, viagens nas referidas ligações, e que satisfaçam os critérios de elegibilidade previstos no Decreto-Lei n.º 41/2015, de 24 de março, têm direito à atribuição de um subsídio social de mobilidade de valor variável. De resto, o Governo Português decidiu impor obrigações modificadas de serviço público, em regime de exclusividade, aos seguintes serviços aéreos regulares: rota Porto Santo/Funchal/Porto Santo [Comunicação da Comissão (2017/C 284/09)], operada pela concessionária Binter Canarias, S.A.; e rota Bragança/Vila Real/Viscu/Cascais/Portimão/Cascais/Viscu/Vila Real/Bragança [Comunicação da Comissão (2018/C 305/08)], operada pela concessionária Sevenair, S.A. Todas estas informações encontram-se disponíveis, com maiores desenvolvimentos, na página <https://www.anac.pt/VPT/GENERICO/REG ECONOMICA/OBRIGACOESSERVICOPUBLICO/Paginas/ObrigacoesdeServicoPublico.aspx>.

³⁶ Artigo 14.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 138/99, de 23 de abril.

de transporte aéreo, o qual, assim, integra o elenco de “serviços públicos essenciais” (ou, como preferimos, serviços de interesse económico geral) sujeitos à disciplina normativa, especialmente tuteladora da posição dos utentes, plasmada na Lei n.º 23/96, de 26 de julho, em particular ao regime de arbitragem potestativa prevista no n.º 1 do seu artigo 15.º.

CARLOS FILIPE COSTA

Regulamento Harmonizado dos centros de arbitragem de conflito de consumo - uma proposta de revisão

Carlos Filipe Costa*

Árbitro de conflitos de consumo

Pós-Graduado em Direito dos Contratos e do
Consumo

Introdução

Com este estudo jurídico, intentamos oferecer um humilde contributo para a revisão, em curso, do Regulamento Harmonizado elaborado pela Direção-Geral do Consumidor e pela Direção-Geral da Política de Justiça, identificando alterações, aditamentos ou revogações de normas que, a nosso ver, se mostram necessárias em benefício não apenas da celeridade e da eficácia que são timbre da arbitragem, mas

* Licenciado em Direito e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Advogado (com inscrição voluntariamente suspensa). Pós-Graduado em Direito dos Contratos e do Consumo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Juiz-Árbitro no TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, no CIAB (Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo de Braga) – Tribunal Arbitral de Consumo e no CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo.

Este estudo jurídico corresponde, com ligeiras alterações, ao trabalho entregue em 22.08.2022 e submetido a avaliação pela Senhora Professora Doutora Maria José Capelo, no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Direito dos Contratos e do Consumo do Centro de Direito do Consumo (CDC) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra que frequentámos, como auditor, entre 15 de janeiro e 28 de maio de 2022.

também da plena concretização dos princípios fundamentais que a enformam e, ainda, dos valores da segurança e certeza jurídicas que constituem dimensão do princípio do Estado de Direito.

Em obséquio aos princípios da transparência e da lealdade, damos nota de que, embora de forma abreviada, já encetamos idêntico exercício de reflexão crítica em dois textos que lavramos no blogue do NOVA Consumer Lab (enquanto assumimos a qualidade de investigador do Laboratório de Consumo da NOVA School of Law), intitulados “Uma análise empírica do Regulamento Harmonizado dos centros de arbitragem de conflitos de consumo – Parte I” e “Uma análise empírica do Regulamento Harmonizado dos centros de arbitragem de conflitos de consumo – Parte II”, ambos acessíveis online na página <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/>.

Aqui, retomamos algumas das propostas já avançadas naqueles dois textos, agora com desenvolvimento mais aturado, e apresentamos novas sugestões.

Os contributos apresentados resultam em grande medida da nossa experiência profissional como árbitro de conflitos de consumo desde 2019, exercendo funções no TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, no CIAB – Tribunal Arbitral de Consumo, no CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo e no Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto (CICAP), ressaltando, sempre, que *as opiniões aqui expendidas são pessoais e só vinculam o autor*.

Nesta oportunidade, não podemos deixar de expressar público agradecimento ao nosso colega árbitro de conflitos de consumo, Dr. Alberto Saraiva de Menezes, pela cuidada e aturada revisão deste *paper*.

Siglas e abreviaturas

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa	CPC – Código de Processo Civil de 2013 (Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 12/2022, de 27 de junho)
Ac(s). – Acórdão(s)	
Al.(s) – Alínea(s)	
AMT – Autoridade da Mobilidade e dos Transportes	CP – Código Penal (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro)
ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações	CPP – Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, com a Lei n.º 77/2021, de 23 de novembro)
Art(s). – Artigo(s)	
BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra	CRP – Constituição da República Portuguesa, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de agosto
CACCL – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa	
CACRC – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região de Coimbra	DGC – Direção-Geral do Consumidor
CASA – Centro de Arbitragem do Sector Automóvel	DGPJ – Direção-Geral da Política de Justiça
CC – Código Civil (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, com a redação que lhe foi conferida pela Declaração de Retificação n.º 5/2022, de 8 de fevereiro)	DL – Decreto-Lei
CDC – Centro de Direito do Consumo	e.g. – <i>exempli gratia</i> (por exemplo)
Cf. – Confirma/conforme	ERS – Entidade Reguladora da Saúde
CIAB – Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo de Braga	ERSAR – Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos
CICAP – Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto	ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
CIMAAL – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve	FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
CIMPAS – Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros	FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo	FDUNL – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (NOVA School of Law)
coord. – coordenação	GMLDD – Guia de Medição, Leitura e Disponibilização de Dados de energia elétrica em Portugal continental (Diretiva n.º 5/2016 da ERSE)

i.e. – isto é	RALC – Resolução Alternativa de Litígios de Consumo
LAV – Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro)	RARI – Regulamento de Acesso às Redes e às Interligações (Regulamento n.º 560/2014 da ERSE)
LDC – Lei-Quadro de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho, com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro)	RCP – Regulamento das Custas Processuais (Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro)
Lei RALC – Lei da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo (Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro)	RQS – Regulamento da Qualidade de Serviço dos Setores Elétrico e do Gás (Regulamento n.º 406/2021 da ERSE)
LOSJ – Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 77/2021, de 23 de novembro)	RRC – Regulamento de Relações Comerciais do Setor Energético e do Gás (Regulamento n.º 1129/2020 da ERSE)
LSPE – Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Lei n.º 23/96, de 26 de julho, sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 51/2019, de 29 de julho)	ss. – seguintes
N.º(s) – Número(s)	STJ – Supremo Tribunal de Justiça
ORD – Operador da Rede de Distribuição	TC – Tribunal Constitucional
p./pp. – página/páginas	TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
Proc. – Processo	TRE – Tribunal da Relação de Évora
RAC – Rede de Arbitragem de Consumo	TRG – Tribunal da Relação de Guimarães
	TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa
	TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
	TRP – Tribunal da Relação do Porto
	Vol. – Volume

REGULAMENTO HARMONIZADO DOS CENTROS DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO – UMA PROPOSTA DE REVISÃO

Considerações introdutórias

Com a entrada em vigor da Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, que transpôs a Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, os regulamentos dos

centros de arbitragem de conflitos de consumo de competência genérica¹ que assumem a natureza jurídica de associações privadas sem fins lucrativos e de utilidade pública² harmonizaram-se entre si, apresentando sistematização e disciplina normativa idênticas³. Contudo, subsistem algumas dissemelhanças⁴, as

¹ A criação em Portugal de centros de arbitragem institucionalizada está sujeita a autorização do Ministro da Justiça, nos termos do DL n.º 425/86, de 27 de dezembro.

² São eles o CIAB – Tribunal Arbitral de Consumo, o TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, o Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto (CICAP), o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região de Coimbra (CACRC), o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa (CACCL) e o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve (CIMAAL), todos com competência territorialmente circunscrita à área geográfica dos municípios estabelecida nos seus Estatutos, aos quais acresce o CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo, que dispõe de competência supletiva e assegura plena cobertura geográfica do território nacional pela RAC a que se referem a al. a) do art. 3.º e os n.ºs 1 e 2 do art. 4.º da Lei RALC. Exclui-se, aqui, o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região Autónoma da Madeira (CACCRAM), criado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 14/2004/M, de 14 de julho, financiado pela Secretaria Regional da Economia (art. 4.º, n.º 4 do Decreto Regulamentar Regional n.º 9/2021/M), de natureza pública, com competência territorial na Região Autónoma da Madeira. O CACCRAM também integra a RAC, mas conserva Regulamento interno anterior à entrada em vigor da Lei RALC, o qual foi aprovado pela Portaria n.º 28/2006, de 17 de março, da Secretaria Regional dos Recursos Humanos. Na Região Autónoma dos Açores, a Associação para a Promoção do Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo dos Açores, associação de direito privado, sem fins lucrativos, ao abrigo de autorização conferida pela Resolução do Conselho do Governo n.º 272/2020, de 16 de outubro, veio criar o Centro de Informação, Mediação e Arbitragem da Região Autónoma dos Açores (CIMARA), que funcionará em instalações sitas em Ponta Delgada, conforme Resolução do Conselho de Governo n.º 251/2021, de 29 de outubro de 2021.

³ O Regulamento Harmonizado encontra-se disponível em <https://www.consumidor.gov.pt/gestao-ficheiros-externos/regulamento-harmonizado-de-arbitragem-pdf.aspx>.

⁴ Nomeadamente ao nível da competência em razão do valor (art. 6.º do Regulamento Harmonizado), com reflexo na (ir)recorribilidade da sentença arbitral (art. 15.º, n.º 4 do Regulamento Harmonizado), e da aplicação subsidiária (ou não) do Código de Processo Civil (art. 19.º, n.º 3 do Regulamento Harmonizado), para além, claro, da competência territorial, definida pelo âmbito geográfico de cada Centro (arts. 5.º e 3.º do Regulamento Harmonizado).

quais – espera-se – serão brevemente superadas com o processo, atualmente em curso, tendente à revisão do Regulamento Harmonizado elaborado pela DGC e pela DGPJ, em cumprimento do disposto no n.º 3 do art. 4.º da Lei RALC⁵.

Neste contexto, tomamos a liberdade de apresentar algumas sugestões para uma proposta de alteração do instrumento normativo aqui em apreciação, assente, fundamentalmente, na nossa experiência como árbitro em centros de arbitragem de conflitos de consumo.

Para o efeito, transcrevemos a redação atual dos artigos que entendemos carecerem de oportuna intervenção legiferante, nela fazendo incluir segmentos a negrito, relativos a aditamentos pontuais nas disposições vigentes ou de novas disposições, e trechos rasurados, correspondentes a passagens de normas que, na nossa opinião, devem ser eliminadas.

Competência material (art. 4.º)

Capítulo 2 – Competência

Artigo 4.º

Competência material

1 – (...)

2 – *Consideram-se conflitos de consumo os que decorrem da aquisição de bens, da prestação de serviços ou da transmissão de quaisquer direitos destinados a uso não profissional **por pessoa singular** e fornecidos por pessoa singular ou coletiva, que exerça com caráter profissional uma atividade económica que visa a obtenção de benefícios*

3 – (...)

⁵ Para maior facilidade expositiva, seguiremos, aqui, o Regulamento (Harmonizado) do TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, aprovado em Assembleia Geral de 1 de abril de 2016, disponível *online* em <https://www.triave.pt/wp-content/uploads/regulamento.pdf>.

~~4 – O Centro não pode aceitar nem decidir litígios em que estejam indiciados delitos de natureza criminal ou que estejam excluídos do âmbito de aplicação da Lei RAL.~~

5 – (...)

Com a alteração ao n.º 2 do art. 4.º, visa-se circunscrever o elemento subjetivo do conceito de consumidor⁶ e, por essa via, de litígio de consumo, para efeitos da submissão de um conflito desta natureza aos procedimentos de resolução extrajudicial previstos na Lei RALC (mediação, conciliação e arbitragem – art. 3.º, al. j) da Lei RALC), reconduzindo-o ao seu sentido jurídico-formal, imposto por um princípio de interpretação conforme ao Direito Europeu do Consumo, o qual se restringe às pessoas físicas⁷, sendo essa a noção adotada na norma da al. d) do art. 3.º da Lei RALC⁸.

⁶ O conceito técnico-jurídico de consumidor é habitualmente estruturado com referência a quatro elementos – *subjetivo, objetivo, teleológico e relacional* –, que, aqui, *brevitatis causa*, não se desenvolvem, remetendo-se para CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 29-36. De acordo com o considerando (18) da Diretiva 2013/11/UE, «[a] definição de “consumidores” deverá abranger as pessoas singulares quando atuem fora do âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. No entanto, se o contrato for celebrado para fins relacionados em parte com a atividade comercial da pessoa e em parte à margem dessa atividade (contratos com dupla finalidade), e se o objetivo da atividade comercial for tão limitado que não seja predominante no contexto global do contrato, essa mesma pessoa deverá ser igualmente considerada como consumidor».

⁷ Neste sentido, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 51-56.

⁸ Diversamente, o n.º 1 do art. 2.º da LDC caracteriza o consumidor como “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios” [sublinhado nosso], sem destringir, quanto ao elemento subjetivo, entre pessoas singulares e pessoas coletivas. Estendendo a noção de consumidor a (certas) pessoas coletivas, *vide*, na doutrina, PAULO DUARTE, “O conceito de consumidor segundo o art. 2º/1 da Lei de Defesa do Consumidor”, BFDUC, Vol. LXXV, 1999, pp. 663-665 e PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e Garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n.º 2, 2000, p. 214, nota de rodapé 45. E na jurisprudência, admitindo a mesma

Já com a supressão de dois trechos da redação do n.º 4 do mesmo art. 4.º, procura-se, por um lado, tornar claro que a norma visa apenas limitar a competência do Centro (e, em particular, a jurisdição do tribunal arbitral) no que à matéria criminal diz respeito, assumindo-se, contudo, que o facto de o litígio configurado pelo reclamante consumidor apresentar elementos indiciadores da prática de qualquer delito criminal (e.g. furto de energia elétrica, em ações de simples apreciação negativa em que é demandado o operador da rede de distribuição, ou burla, em ações em que é demandado prestador de serviço de comunicações eletrónicas) não prejudica a natureza jurídico-consumerística da relação material controvertida e, por via disso, a competência material do Centro (e, em particular, do tribunal arbitral⁹); e, por outro lado, pretende-se viabilizar a inclusão de litígios relacionados com os serviços de saúde, quando prestados por entidades privadas, na esfera de competência do Centro (e, em particular, do tribunal arbitral), não se acolhendo, assim, em toda a sua extensão, a solução normativa da al. b) do n.º 2 do art. 2.º da Lei RALC, considerando que, de resto, grande parte dos litígios previstos nas als. a) a c) do mesmo número, artigo e diploma legal revestem a natureza de relações jurídico-administrativas e, como tal, se encontram, por natureza, excluídos da competência em razão da matéria do Centro¹⁰.

extensão, o Ac. do TRL de 23.02.2021, Proc. n.º 11791/19.5T8LSB-A.L1-7 (Ana Rodrigues da Silva).

⁹ *Summo rigore*, como bem dilucida ANA FRANCISCA PINTO DIAS, “A Responsabilidade Civil dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo: Algumas pistas de reflexão”, in *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 4, 2022, p. 239, “(...) esta entidade [o centro de arbitragem] não tem competência para dirimir o litígio submetido à arbitragem, porquanto, o julgamento da causa e a decisão arbitral são, natural e logicamente, uma competência própria e exclusiva do tribunal arbitral. Importa, por conseguinte, no âmbito da arbitragem institucionalizada, não confundir o órgão com funções de decisão – o *tribunal arbitral* - e a instituição que organiza ou administra a arbitragem – o *centro de arbitragem*”.

¹⁰ JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, Reimpressão, p. 58. Na nossa perspetiva, também não constitui “conflito de consumo” um litígio entre utente e concessionária de autoestrada, porque o serviço prestado pela

Mais desenvolvidamente, durante a última década, deram entrada nos centros que integram a rede de arbitragem de consumo inúmeras reclamações que, no quadro da tipologia das ações declarativas, assumiam a configuração de ação de simples apreciação negativa (art. 10.º, n.º 3, al. a) do CPC), visando o demandante, com a sua propositura, a declaração da inexistência do direito da reclamada – o operador da rede de distribuição¹¹ – à liquidação (e cobrança) de

concessionária conserva a natureza de serviço público e a contrapartida paga pelo utente surge como uma forma de o concedente proceder à remuneração do parceiro privado pelo serviço público que o mesmo presta, como sustentamos, mais desenvolvidamente, no estudo jurídico “Litígio entre utente e concessionária de autoestrada: conflito de consumo?”, Revista *Data Venia*, Ano 10, n.º 13, junho de 2022, pp. 235-242.

¹¹ A atual configuração normativa do Sistema Elétrico Nacional (SEN) está assente, por um lado, numa sucessão de relações jurídicas, económica e juridicamente autonomizadas, que se estabelecem entre os vários sujeitos que operam no mercado da energia elétrica e integram a sua cadeia de valor (a qual compreende as etapas de *produção, transporte, distribuição, comercialização e consumo*), e, por outro lado, no princípio da separação (*unbundling*) entre as várias atividades do setor elétrico, nomeadamente as atividades de distribuição e de comercialização (arts. 339.º, n.º 1 e 350.º, n.ºs 1 e 2 do RRC). O comercializador e o ORD de energia elétrica – a E-Redes – Distribuição de Eletricidade, S.A., que assume a qualidade de concessionária da exploração da rede nacional de distribuição de eletricidade em alta e média tensão (AT e MT), sendo, ainda, concessionária da rede de distribuição de energia elétrica em baixa tensão (BT) na maioria dos municípios do território nacional (tudo cf. arts. 110.º e ss. e 115.º e ss. do DL n.º 15/2022, de 14 de janeiro, e art. 1.º do DL n.º 344-B/82, de 1 de setembro) acham-se ligados por **contrato de uso de redes** (art. 351.º do RRC e arts. 8.º e ss. do RARI), vínculo negocial por intermédio do qual o ORD se obriga a proporcionar ao comercializador o gozo das infraestruturas que tem a seu cargo para o fim de nelas fazer transitar a eletricidade e de nelas criar pontos de ligação (de receção e de entrega de eletricidade), e que se assume como um **contrato a favor de terceiro**, em que o terceiro beneficiário é o consumidor de eletricidade, com a nuance, face à configuração típica daquela estrutura contratual, de o promissário (no caso, o comercializador com quem o consumidor contratou o fornecimento de energia elétrica) responder (em termos semelhantes àqueles em que o comitente responde perante o comissário – art. 500.º do CC) pelo cumprimento das obrigações do promitente (no caso, o ORD), como resulta do disposto pela norma do n.º 1 do art. 10.º do RQS). Isto posto, por força do disposto no art. 43.º, n.ºs 2 a 4 do RRC, a faturação apresentada pelo comercializador ao utente tem por base a informação sobre os dados de consumo disponibilizada pelo ORD – que é, por inerência, responsável pela instalação e manutenção dos equipamentos de medição nos pontos de ligação aos clientes que estejam fisicamente ligados às redes de distribuição [art. 194.º, n.º 1, al. c) e 196.º do RRC e pontos 10, al. b) e 15 do

qualquer valor a título de consumo de energia elétrica irregularmente feito (e, eventualmente, de valor devido a título de potência, para além dos encargos administrativos com a deteção e tratamento da anomalia e, sendo o caso, do valor devido pela reparação do dano patrimonial sofrido com a destruição (parcial) do equipamento de medição), com fundamento em alegada prática de ação ilícita sobre o contador, que comprometeu a fiabilidade do registo de consumos efetivamente realizados na instalação do reclamante e da qual decorreu a apropriação indevida de energia (AIE) para o utilizador e a subfaturação da energia, de facto, consumida¹².

GMLDD] e pela medição do consumo das instalações ligadas à rede por si gerida e explorada (art. 343.º, n.º 3 e ponto 27.6 do GMLDD) –, obtida por este mediante leitura direta do equipamento de medição, metrologicamente conforme, realizada com periodicidade trimestral para os clientes em Baixa Tensão Normal [art. 37.º, n.ºs 2 e 7, al. b) do RRC e ponto 29.1.2. do GMLDD, e DL n.º 45/2017, de 27 de abril] – na eventualidade de o contador não estar em telecontagem (caso em que é assegurado o envio automático de leituras e deve ser garantida uma periodicidade máxima mensal de leitura de ciclo – art. 30.º, n.º 2 do RRC e pontos 16.2 e 29.2.1 do GMLDD), ou por estimativa de valores de consumo, nos intervalos entre leituras de ciclo, com recurso a método, previsto no GMLDD e escolhido pelo utente no momento da celebração do contrato, que aproxime o melhor possível os consumos faturados dos valores reais de consumo (arts. 39.º e 43.º, n.º 5 do RRC), na certeza, porém, que deve prevalecer, sempre que existente, a mais recente informação de consumos obtida por leitura direta do equipamento de medição, nesta se incluindo a que tenha sido comunicada pelo utente (arts. 37.º, n.ºs 1, 3 e 4 e 43.º, n.º 3 do RRC). Para cumprimento daquela obrigação de leitura dos equipamentos de medição de que é proprietário – e o cliente é fiel depositário, nomeadamente para efeitos da sua guarda e restituição findo o contrato de fornecimento de energia elétrica, desde que terceiros não tenham acesso livre ao equipamento (art. 194.º, n.ºs 4 e 5 do RRC) –, o ORD deve diligenciar no sentido de o utente ser avisado da data em que irá proceder a uma leitura direta do instrumento de medida, ou de que foi tentada, sem sucesso, essa leitura, informando-o, através de meio adequado, sobre os meios disponíveis para o cliente transmitir ao ORD os seus dados de consumo, dentro de um prazo estabelecido para o efeito (art. 37.º, n.ºs 8 e 9 do RRC). O ORD não é responsável pelo incumprimento da periodicidade de leitura, caso este tenha ocorrido por facto imputável ao cliente (art. 37.º, n.º 10 do RRC).

¹² Nos termos do art. 1.º, n.º 1 do DL n.º 328/90, de 22 de outubro, entretanto revogado pelo DL n.º 15/2022 [art. 305.º, al. a)], “[c]onstitui violação do contrato de fornecimento de energia elétrica qualquer procedimento fraudulento suscetível de falsear a medição da energia elétrica consumida ou da potência tomada, designadamente a captação de energia a montante

do equipamento de medida, a viciação, por qualquer meio, do funcionamento normal dos aparelhos de medida ou de controlo da potência, bem como a alteração dos dispositivos de segurança, levada a cabo através da quebra dos selos ou por violação dos fechos ou fechaduras”. Nos mesmos termos, ainda que de forma mais desenvolvida, reza, também, o ponto 31.1 do GMLDD, no qual se prevê, ainda, como “procedimento fraudulento”, um conjunto de situações de ligação direta à rede. Já de acordo com o art. 250.º do recém-adotado DL n.º 15/2022, “[a] apropriação indevida de energia (AIE) ocorre quando há captação de energia elétrica em violação das regras legais ou regulamentares aplicáveis e independentemente da vigência de contrato e sob quaisquer modalidades de acesso ou utilização” (n.º 1), sendo que “[c]onstituem, designadamente, indícios da ocorrência de AIE os seguintes: a) A captação de energia elétrica dissociada de equipamentos de medição ou de controlo de potência ou consumo; b) A viciação, por qualquer meio, do funcionamento normal dos equipamentos de medição ou de controlo de potência ou consumo de energia elétrica, incluindo os respetivos sistemas de comunicação de dados; c) A alteração dos dispositivos de segurança dos equipamentos referidos nas alíneas anteriores, nomeadamente, através da quebra de selos, violação de fechos ou de fechaduras, ou ainda de incidente de cibersegurança; ou d) Situações fraudulentas nas atividades de produção, armazenamento, comercialização, consumo, agregação e outras prestações de serviços análogas, nomeadamente o falseamento de valores de energia medidos através da viciação da medição ou de outras práticas fraudulentas” (n.º 2). Preceitua o n.º 2 do art. 1.º do DL n.º 328/90, que “[q]ualquer procedimento fraudulento detetado no recinto ou local exclusivamente servido por uma instalação de utilização de energia elétrica presume-se, salvo prova em contrário, imputável ao respetivo consumidor”. Estabelece-se, assim, uma presunção ilidível contra o consumidor, no sentido em que este é o presuntivo responsável por qualquer procedimento fraudulento que se verifique em “recinto ou local exclusivamente servido por uma instalação de utilização de energia elétrica”, salvo se aquele demonstrar, de modo cabal, que tal procedimento não procede de culpa sua. Por sua vez, o art. 250.º do DL n.º 15/2022 dispõe que “[o]s benefícios resultantes de AIE presumem-se imputáveis ao titular do contrato do ponto da instalação de produção, armazenamento ou consumo, sempre que exista, ou subsidiariamente ao seu proprietário, em função da energia injetada ou consumida e dos períodos de utilização do local de ligação com a rede de transporte ou distribuição” (n.º 3), porém “[a] presunção prevista no número anterior pode ser ilidida mediante prova da não faturação da injeção ou, no que respeita ao consumo ou receção, da não utilização da instalação por aquele a quem tenha sido imputada, acrescida da: a) Existência de utilizador a quem possa ser imputado benefício resultante de AIE [caso em que o benefício de AIE passa a ser imputado a esse utilizador – n.º 5]; ou b) Inexistência de qualquer utilizador possível” (n.º 4). Ainda que se conclua que o consumidor não foi autor ou responsável pelo procedimento fraudulento, o art. 3.º, n.º 2 do DL n.º 328/90 reconhece ao distribuidor o direito a ser ressarcido do consumo irregularmente feito (mas já não, claro, dada a ausência de culpa, das “despesas inerentes à verificação e eliminação da fraude” a que alude a al. b) do n.º 1 do mesmo art. 3.º). Finalmente, o art. 256.º do DL n.º 15/2022, sob a epígrafe

Invariavelmente, a demandada nos processos de arbitragem invocava, na sua contestação, em sede de defesa por exceção, a incompetência material do Tribunal Arbitral (arts. 278.º, n.º 1, al. a), 576.º, n.ºs 1 e 2, e 577.º, al. a), todos do CPC), estribando a sua alegação, nomeadamente, na norma do n.º 4 do art. 4.º do Regulamento Harmonizado¹³.

Ora, de acordo com o art. 1.º, n.º 1 da LAV, “[d]esde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a **arbitragem necessária**, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante **convenção de arbitragem**, à decisão de árbitros” [negritos nossos]. No mesmo sentido, o art. 10.º, n.º 1 do Regulamento Harmonizado prevê que “[a] submissão do litígio a decisão do Tribunal Arbitral depende da **convenção das partes** ou de estar sujeito a **arbitragem necessária**” [negritos nossos].

“Indemnização em caso de apropriação indevida de energia”, reza nos seguintes termos: “1 – O sujeito a quem seja imputável benefício por AIE é responsável pelo pagamento ao operador de rede respetivo, independentemente da existência de um contrato de fornecimento de energia celebrado com um comercializador, dos seguintes valores: a) Montante pecuniário correspondente ao valor devido a título de potência; b) Montante pecuniário correspondente ao valor medido ou estimado por injeção ou consumo irregularmente feito; c) Juros de mora sobre os montantes a que se referem as alíneas anteriores, calculados à taxa legal. 2 – (...). 3 – O operador de rede pode, ainda, cobrar os encargos por si incorridos com a deteção e tratamento da anomalia, de acordo com os montantes limite definidos pela ERSE. 4 – (...)”.

¹³ Questão que não tem obtido dos tribunais arbitrais de consumo uma solução uniforme. Veja-se, a título de exemplo, *inter alia*, na jurisprudência mais recente dos tribunais arbitrais de consumo: as sentenças do CICAP de 30.06.2016, Proc. n.º 710/2016 (Sandra Passinhas) e de 09.10.2016, Proc. n.º 343/2016 (Sara Lopes Ferreira), a sentença do TRIAVE de 25.07.2018, Proc. n.º 1037/2018/FL (Paulo Duarte) e a sentença do CNIACC de 09.10.2019, Proc. n.º 780/2019 (Cátia Marques Cebola), que se pronunciaram no sentido da afirmação da competência do tribunal arbitral; e as sentenças do CIAB de 18.06.2018, Proc. n.º 3673/2017 (José A. G. Poças Falcão) e de 27.05.2020, Proc. n.º 1201/2020 (Carlos Filipe Costa) e as sentenças do CNIACC de 24.07.2020, Proc. n.º 1592/2019 (César Pires), e de 17.03.2022, Proc. n.º 2154/2021 (César Pires), que se pronunciaram no sentido da incompetência material do tribunal arbitral.

Resulta, com meridiana clareza, das soluções normativas acima reproduzidas que a **existência de convenção de arbitragem constitui o pressuposto basilar e inultrapassável em que assenta a arbitragem (voluntária)**¹⁴, pelo que, **excetuando a hipótese de a uma das partes assistir o direito potestativo de remeter uma questão litigiosa à arbitragem (“arbitragem necessária”)**, revela-se imprescindível, por princípio-regra, que os sujeitos processuais, no exercício e dentro dos limites da sua liberdade contratual, tenham submetido, por acordo de vontades, um determinado litígio, atual (compromisso arbitral) ou eventual (cláusula compromissória), à decisão de um tribunal arbitral (voluntário) – art. 1.º, n.º 3 da LAV¹⁵.

¹⁴ Não obstante a origem histórica *sobretudo* contratual da arbitragem, a verdade é que *«é na lei (desde logo, no artigo 209.º, n.º 2 da CRP e na LAV) – e não na vontade das partes – “que reside a primeira fonte e o fundamento último de toda a arbitragem”»* (OUSMANE DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Paris, Presse Universitaires de France, 2010 *apud* ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 77). Por outras palavras, a convenção de arbitragem é um mero “impulso (contratual)” para que seja conferido ao árbitro o poder jurisdicional, que tem base e cobertura constitucional e legal [PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragem voluntária *ad hoc*”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, JORGE MIRANDA, LUÍS LIMA PINHEIRO, DÁRIO MOURA VICENTE (coord.), Vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 827-841 *apud* ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, DANIELA MIRANTE, *op. cit.*, p. 77].

Neste sentido, resulta inequívoco das disposições normativas do art. 209.º, n.º 2 da CRP e dos arts. 29.º, n.º 4 e 150.º da LOSJ que os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais [vide, *inter alia*, o Ac. do TC n.º 181/2007, de 08.03.2007, Proc. n.º 343/05 (Paulo Mota Pinto) e o Ac. do TC n.º 42/2014, de 09.01.2014, Proc. n.º 564/12 (Fernando Vaz Ventura)] e exercem a função jurisdicional, julgando litígios (à semelhança dos tribunais estaduais) com vista à prolação de decisões que, diversamente de outros meios de resolução alternativa de litígios, beneficiam do “mesmo caráter obrigatório entre as partes” (caso julgado) e da mesma força executiva que as sentenças dos tribunais estaduais – art. 42.º, n.º 7 da LAV e art. 705.º, n.º 2 do CPC.

¹⁵ Sem prejuízo, sempre, do disposto pela regra imperativa do n.º 1 do art. 13.º da Lei RALC, segundo a qual “[o]s acordos efetuados entre consumidores e fornecedores de bens ou prestadores de serviços no sentido de recorrer a uma entidade de RAL, celebrados antes da ocorrência de um litígio e através de forma escrita, não podem privar os consumidores do

A este propósito, postula o n.º 1 do art. 15.º da LSPE, sob a epígrafe “Resolução de litígios e arbitragem necessária”, que “[o]s **litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais** estão sujeitos a arbitragem necessária quando, **por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares**, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados”¹⁶ [negritos e sublinhados nossos].

direito que lhes assiste de submeter o litígio à apreciação e decisão de um tribunal judicial”. Assim, como constata PAULO JORGE QUINTAIS CANCELA DA FONSECA, “A Arbitragem e a Mediação. Os desafios do novo regime de resolução alternativa de litígios”, in *Estudos de Direito do Consumo*, coord. geral RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, CARLOS LACERDA BARATA, AAFDL Editora, Lisboa, 2017, p. 450, “(...) à luz do quadro legal, os consumidores podem exercer um direito de opção entre meios judiciais – ações individuais e coletivas – ou mecanismos de resolução alternativa de litígios, inexistindo qualquer relação de subsidiariedade ou necessidade entre os mecanismos judiciais e extra judiciais. Tal significa que, ao contrário do que terá sido defendido em alguma jurisprudência relativamente ao papel dos Julgados de Paz, a utilização de um mecanismo judicial não constitui, por si só, uma situação de incompetência por parte do Tribunal, uma vez que ao consumidor não lhe é exigido que utilize, primeiramente, um mecanismo de resolução alternativa de litígios”. Por outro lado, os centros de arbitragem de conflitos de consumo permitem que os fornecedores de bens e prestadores de serviços possam efetuar uma **adesão plena** ao Centro (art. 10.º, n.º 3 do Regulamento Harmonizado), assumindo tal declaração de adesão, segundo aquele que consideramos ser o melhor entendimento, a natureza de **proposta contratual**, por intermédio da qual o declarante se coloca em **estado de sujeição**, assistindo ao consumidor o direito potestativo de aceitar a proposta e, por essa via, celebrar, nesse momento, **convenção arbitral**, ao abrigo da qual poderá também exercer o direito potestativo de submeter o litígio, de que é parte, à arbitragem (assim, JORGE MORAIS CARVALHO, JOANA CAMPOS CARVALHO, “Problemas Jurídicos da Arbitragem e da Mediação de Consumo”, in *RED – Revista Eletrónica de Direito*, fevereiro de 2016 – n.º 1, pp. 7-11). Em sentido diverso, secundando o entendimento de DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de Conflitos de Consumo: Da Lei n.º 31/86 ao Anteprojecto de Código do Consumidor”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, coord. LUÍS MENEZES LEITÃO, Vol. III, FDUL, Coimbra, Almedina, 2006, p. 80, já MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª edição, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 127-128, defende que “a declaração unilateral genérica deve ser considerada uma mera promessa de celebração de convenção arbitral”.

¹⁶ No caso do TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, trata-se de um centro de arbitragem institucionalizado autorizado pelo Despacho n.º

Face à redação da norma que se acaba de transcrever, verifica-se que o **âmbito material de competência do “tribunal arbitral necessário”** (isto é, o domínio da denominada “arbitragem necessária” ou, mais rigorosamente, da arbitragem potestativa, em que a lei “substitui” a declaração negocial da entidade reclamada¹⁷) ...

26A/SEAMJ/97, de 28 de fevereiro, do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Justiça, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 69, de 22 de março de 1997.

¹⁷ Isto porque, no bom rigor dos termos, em caso de (verdadeira) arbitragem necessária (arts. 1136.º e ss. do CPC), como a prevista no art. 4.º do Anexo à Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro (Lei do Tribunal Arbitral do Desporto), por decisão do Estado, é obrigatório, para ambas as partes, o recurso ao tribunal arbitral para obtenção de tutela jurisdicional (pelo menos, num primeiro momento). Na hipótese do art. 15.º, n.º 1 da LSPE, “[e]m bom rigor, não se trata, aqui, de arbitragem voluntária, uma vez que a sujeição do litígio à jurisdição arbitral não depende da celebração de qualquer convenção de arbitragem entre as partes. Mas também não se trata (apesar de a letra da lei sugerir o contrário) de arbitragem verdadeiramente necessária, dado que não se impõe a nenhuma das partes a obrigação de recorrer à arbitragem. A meio caminho entre uma coisa e outra, o legislador atribui (apenas) a uma das partes do litígio (o utente que seja pessoa singular) o *poder de optar* entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral. O fundamento da competência do tribunal arbitral é, por conseguinte, simultaneamente legal e voluntário: legal, porque o *poder de optar* tem origem na lei (e não na autonomia privada); voluntário, porque o exercício desse poder depende da vontade da parte à qual é concedido. Estruturalmente, este *poder de optar* pela jurisdição arbitral é um *direito potestativo*, porque coloca ao dispor de um dos sujeitos do litígio a prerrogativa de, unilateralmente, produzir na esfera jurídica do outro, com inevitável necessidade, um certo efeito jurídico – no caso, o efeito jurídico-processual de afastamento da tutela jurisdicional-estadual” – cf. PAULO DUARTE, «A chamada “arbitragem necessária” de “litígios de consumo” no domínio dos serviços públicos essenciais: âmbito, natureza e aspectos processuais”, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, 2016, p. 467. Com esta ressalva, observa-se que, em Portugal, a previsão de arbitragem obrigatória para conflitos de consumo não tem suscitado dúvidas de constitucionalidade, porque “(...) o direito de acesso a uma tutela jurisdicional efectiva se encontra devidamente assegurado, densificado nas próprias normas processuais da LAV, que, para além de consagrarem os princípios da defesa, do contraditório e da igualdade de armas, regulam a tramitação processual de forma idêntica à da legislação processual civil” – Ac. do TRP de 11.02.2021, Proc. n.º 202/20.3YRPRT.P1 (Deolinda Varão). Já em Espanha, diversamente, o Tribunal Constitucional, na Sentencia 1/2018, de 11 de janeiro de 2018, publicada no *Boletín Oficial del Estado*, n.º 34, de 7 de fevereiro de 2018, pp. 14701-14732, a propósito do art. 76 e) da Lei 50/1980, de 8 de outubro, sobre contrato de seguro (“El

... previsto na LSPE¹⁸ obedece ao **preenchimento de três critérios cumulativos**, a saber:

asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro”) afirmou expressamente (com três votos de vencido) que “(...) la imposición de un arbitraje como el previsto en el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues impide el acceso a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). El precepto ha eliminado para una de las partes del contrato la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, en cuanto fija una vía alternativa excluyente de la jurisdiccional, cuya puesta en marcha depende únicamente de la voluntad de una de las partes. Como recuerda la STC 174/1995, FJ 3, «la primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella». Por ello, resulta contrario a la Constitución que la Ley de contrato de seguro suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje, denegándole la posibilidad en algún momento de solicitar la tutela jurisdiccional”.

¹⁸ Com a publicação da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, em vigor desde 15.09.2019 (art. 3.º), foi alterada a redação das normas do art. 14.º da LDC, nomeadamente os n.ºs 2 e 3 daquele artigo e diploma, postulando, estes, agora, que os conflitos de consumo cujo valor não exceda a alçada dos tribunais de 1.ª instância (art. 44.º, n.º 1 da LOSJ) estão sujeitos a arbitragem potestativa quando, por opção expressa dos consumidores, sejam submetidos à apreciação de tribunal arbitral adstrito aos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados, o que constituiu um alargamento do âmbito de competência do “tribunal arbitral necessário” em matéria de conflitos de consumo, até então circunscrito à “arbitragem necessária” (*rectius*, arbitragem potestativa) prevista na LSPE (arts. 1.º, n.º 2 e 15.º, n.º 1 da LSPE). Ora, desde a entrada em vigor da Lei n.º 63/2019 e com base na norma do art. 2.º, n.º 1 da Lei RALC que se vem discutindo a aplicação no tempo da solução legislativa acima destacada, com particular enfoque nos seguintes critérios relevantes: a) a data de celebração do contrato de consumo (anterior ou posterior a 15.09.2019); b) a data de emergência do conflito de consumo (anterior ou posterior a 15.09.2019). Em extrema síntese, considerando os princípios gerais sobre a aplicação da lei no tempo plasmados no art. 12.º do CC, revestiria meridiana clareza que, por apelo ao critério sob al. a), a Lei n.º 63/2019 aplicar-se-ia aos conflitos de consumo radicados num contrato celebrado após a entrada em vigor do referido diploma. Sem prejuízo, em face do disposto pelo n.º 2 do art. 12.º do CC e considerando a possibilidade de existência de situações jurídicas que tenham sido constituídas

1) Estar em causa um “litígio de consumo”¹⁹;

na vigência da lei anterior e que subsistam ao abrigo da nova lei (seja no caso de contratos de execução duradoura, seja mesmo no caso de contratos de execução instantânea, como seja a compra e venda de bens de consumo, em que assiste ao consumidor o exercício de um conjunto de “remédios” em caso de desconformidade do bem manifestada no prazo de garantia legal), sob pena de limitação do direito de acesso à justiça por parte dos consumidores, admitir-se-ia, em tais casos, a aplicação imediata da nova lei, desde que, conforme critério sob al. b), o litígio de consumo ocorresse depois da entrada em vigor da Lei n.º 63/2019. Ora, além de colocar ao intérprete-aplicador o problema de definir exatamente quando é que se tem por configurado um conflito de consumo (se depende ou não de formalização de reclamação por parte do consumidor; se carece ou não de resposta liminarmente desfavorável da parte do profissional), cremos que o entendimento acima exposto ignora o facto de as normas dos n.ºs 2 e 3 do art. 14.º da Lei n.º 24/96 revestirem cariz processual, porquanto o momento a considerar para a sua aplicação (ou não) a um caso concreto será, na verdade, o da data da entrada do requerimento de arbitragem no tribunal arbitral adstrito a centro de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizado. E não se diga que esta outra compreensão da aplicação no tempo da Lei n.º 63/2019 importa uma afetação de expectativas do profissional, violadora do princípio da proteção da confiança (ínsito no princípio do Estado de Direito Democrático consagrado no art. 2.º da CRP), visto que aquela lei apenas veio facultar ao consumidor, parte mais fraca no âmbito de uma relação jurídica de consumo, “uma forma adicional mais acessível de fazer valer os seus direitos” – cf. Ac. do TRL de 11.03.2021, Proc. n.º 2018/20.8YRLSB-2 (Gabriela Cunha Rodrigues). Além de se conformar com a regra, relativa à competência dos tribunais, da aplicação imediata da nova lei processual às ações futuras (enquanto às ações pendentes se aplica a lei vigente no momento em que foram propostas), o entendimento que defendemos oferece um momento objetivo e preciso para a inclusão (ou não) do litígio no âmbito da “arbitragem necessária” prevista na Lei n.º 63/2019. Assim, para se poder concluir que o consumidor exerceu o direito potestativo de submeter o litígio de que é parte à apreciação de tribunal arbitral adstrito a centro de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizado, com fundamento no disposto pelo art. 14.º, n.ºs 2 e 3 da LDC e, por essa via, afirmar a competência do tribunal para conhecer, apreciar e decidir a ação arbitral, importará verificar se está em causa um “conflito de consumo” (tal como definido pela al. h) do art. 3.º da Lei RALC), se o processo de arbitragem foi instaurado em momento posterior à data da entrada em vigor da Lei n.º 63/2019 e se o valor da causa não excede os € 5000,00 (cinco mil euros).

¹⁹ Procurando delimitar, na ausência de definição legal, o que deve entender-se por “litígio de consumo” no âmbito dos serviços públicos essenciais, PAULO DUARTE refere que «(...) o melhor critério de identificação do “litígio de consumo” é a *situação de consumo*: são “litígios de consumo” todos aqueles que tenham a sua origem em quaisquer *situações de consumo*. São “litígios de consumo”, seguramente, os que, envolvendo os respectivos sujeitos, respeitam aos

- 2) Tal litígio inscrever-se “no âmbito dos serviços públicos essenciais”;
- 3) A submissão do litígio à jurisdição arbitral decorrer de “opção expressa” de um “utente” que seja “pessoa singular”.

Acresce que, de acordo com os arts. 4.º, n.º 1 e 5.º, n.ºs 1 e 2 do Regulamento do TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, este Centro é competente para a resolução de “**conflitos de consumo**” – tal como definidos no n.º 2 daquele art. 4.º – originados “por contratos de consumo celebrados dentro do respetivo âmbito geográfico” ou “por contratações à distância ou fora do estabelecimento comercial”, nos casos em que o consumidor resida na área geográfica do Centro.

Com efeito, ainda que concluíssemos que o demandante (“utente pessoa singular”) observou a formalidade legalmente exigida (art. 2.º da LAV) e manifestou inequivocamente a sua vontade de submeter um litígio atual à jurisdição do centro de arbitragem de conflitos de consumo e, bem assim, que se mostrava preenchido o pressuposto definidor do âmbito material da arbitragem potestativa atinente à inserção do litígio “no âmbito dos serviços públicos essenciais”, na medida em que o objeto do litígio respeitava a um dos serviços públicos essenciais enunciados, em termos taxativos, pelo art. 1.º, n.º 2 da LSPE,

contratos de consumo (contratos de fornecimento de água ou electricidade e contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas, por exemplo). Mas entram igualmente na mesma categoria os litígios que oponham o consumidor de energia eléctrica e o operador da rede de distribuição, com o qual não celebra realmente nenhum contrato. É ainda um “litígio de consumo” o que tem por objecto uma pretensão indemnizatória de um familiar do utente, que com ele reside, fundada na alegação de danos gerados pela interrupção do abastecimento de água (apesar de não ser sujeito do contrato de fornecimento – e independentemente da eventual projecção da eficácia deste na esfera de terceiros, ou da inclusão deles no seu âmbito de protecção). Mas já não é um litígio de consumo (porque não emerge de uma *situação de consumo*) aquele que, por exemplo, oponha um utente empresarial (ou um profissional) a um prestador de serviços de comunicações electrónicas» – *vide* PAULO DUARTE, «A chamada “arbitragem necessária” de “litígios de consumo” no domínio dos serviços públicos essenciais: âmbito, natureza e aspectos processuais”, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, 2016, pp. 462-463.

nomeadamente o serviço de fornecimento de energia elétrica [al. b)], e, atenta a relação material controvertida, tal como configurada pelo reclamante, a providência de tutela jurisdicional requerida se inseria no contexto da relação contratual que ligava as partes processuais e, por conseguinte, se conservava dentro do universo do serviço público essencial de fornecimento de energia elétrica, não exorbitando do âmbito da “arbitragem necessária” prevista no art. 15.º da LSPE²⁰, dúvidas se colocavam acerca do preenchimento do primeiro

²⁰ No que respeita, em particular, aos serviços públicos essenciais e ao regime de “arbitragem necessária” (*rectius*, arbitragem potestativa) previsto na norma do n.º 1 do art. 15.º da LSPE, JORGE MORAIS CARVALHO e JOANA CAMPOS CARVALHO defendem que **a resolução, por via de arbitragem, de um conflito de consumo não depende, necessariamente, da existência de um contrato entre as partes, “podendo o litígio de consumo resultar de uma relação pré-contratual ou até mesmo não contratual” e exemplificam: no caso do serviço de fornecimento de energia elétrica, a norma do n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho permite ao consumidor submeter um litígio à jurisdição arbitral sem dependência de declaração negocial da entidade demandada, quer esta última seja o comercializador (com quem celebrou um contrato), quer seja o distribuidor (com quem não celebrou qualquer contrato, mas com quem mantem “uma relação reconhecida como tal por via legal e regulamentar”, o que resulta, nomeadamente, do preceito plasmado na norma do n.º 1 do artigo 10.º do RQS – que, sob a epígrafe “Partilha de responsabilidades e direito de regresso”, dispõe assim: “Os comercializadores respondem pelos diversos aspetos da qualidade de serviço junto dos clientes com quem celebrem um contrato de fornecimento, sem prejuízo da responsabilidade dos operadores de redes ou das infraestruturas com quem estabeleceram contratos de uso das redes e do direito de regresso sobre estes”) – cf. JORGE MORAIS CARVALHO, JOANA CAMPOS CARVALHO, “Problemas Jurídicos da Arbitragem e da Mediação de Consumo”, in *RED – Revista Eletrónica de Direito*, fevereiro de 2016 – n.º 1, p. 12 [negrito e sublinhado nossos]. No mesmo sentido, o Ac. do TRC de 17.11.2015, Proc. n.º 87/15.1YRCBR (Maria João Areias), o Ac. do TRP de 01.07.2019, Proc. n.º 204/18.0YRPRT (Miguel Baldaia de Moraes) e o Ac. do TRG de 23.09.2021, Proc. n.º 41/21.4YRGMR (Sandra Melo), lendo-se no sumário, lapidar, deste último acórdão o seguinte: “1 – A Lei n.º 144/2015, ao transpor a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, não veio excluir do âmbito da arbitragem necessária os litígios que já haviam sido abrangidos pela Lei dos serviços essenciais, por não ter sido esse o seu escopo. 2 – Assim, estão submetidas ao regime da arbitragem potestativa as relações dos consumidores com as entidades que prestem serviços aos consumidores, enquanto tais, no âmbito da atividade de prestação de um serviço público essencial, mesmo que a responsabilização em causa seja pré-contratual ou para-contratual”.**

critério acima enunciado – qualificação da demanda dos autos como “litígio de consumo”²¹ – e, em qualquer caso, constituía um obstáculo intransponível à afirmação da competência do Tribunal Arbitral a norma do n.º 4 do art. 4.º do Regulamento Harmonizado, pois, ainda que nos ativésemos ao litígio

²¹ Contra esta qualificação, a Decisão Singular do TRG de 01.06.2017, proferida na Ação de Anulação de Decisão Arbitral n.º 52/17.4YRGMR (José Fernando Cardoso Amaral): “Mesmo que se considere a sua [da autora] atividade como abrangida no conceito de serviços públicos essenciais, não é da prestação dela que decorre o litígio, mas de acto ilícito, quiçá fraudulento, estranho a uma tal relação, susceptível de gerar responsabilidade penal e conexamente com esta responsabilidade civil. (...) Em termos práticos, sendo suspeito de um ilícito de natureza penal e estando a ser-lhe, por via do especial regime que tal possibilita à autora, exigida a indemnização pelos prejuízos, não pode, por via de uma acção de declaração negativa, pretender que o TA [Tribunal Arbitral] declare, nem faz sentido que este tenha competência e poder para declarar, que não praticou o ilícito e não é pelas suas consequências responsável (no caso as patrimoniais). (...) é de acolher a tese da autora, estribada no entendimento de que se não está ante típico litígio de consumo, mas de um ilícito penal ou de um delito especialmente regulado no DL 328/90 e não uma questão decorrente da prestação do serviço nem do fornecimento de energia eléctrica, *maxime* dos efeitos do respectivo contrato ou da relação entre as partes no seio da qual ele se desenvolve. (...) A possibilidade de um TA, por via do expediente da acção de declaração negativa, decidir que um suspeito de fraude no consumo de energia eléctrica por via de viciação do contador não deve a indemnização com base nela ao abrigo de lei especial pedida, assim o desresponsabilizando de um efeito derivado do ilícito penal cujo julgamento compete aos órgãos estaduais põe em causa a ordem pública”; a Decisão Singular do TRP de 13.10.2017, proferida na Ação de Anulação de Decisão Arbitral n.º 232/17.2YRPRT (Rui Moreira), cujo sumário reza assim: “Não é admissível o julgamento por tribunal arbitral de uma pretensão deduzida sob a forma de uma acção de apreciação negativa, quando o crédito que se pretende ver negado, por inexistente, resulta, não de um litígio de consumo, mas de factos previamente invocados pelo respectivo credor como prejuízos resultantes de um acto ilícito criminal praticado pelo devedor”; e o Ac. do TRG de 25.11.2021, proferido na Ação de Anulação de Decisão Arbitral n.º 115/21.1YRGMR (Alexandra Rolim Mendes), em cujo sumário se pode ler o seguinte: “O Tribunal Arbitral com competência para a resolução de litígios de consumo não é competente para conhecer de uma causa em que a fornecedora de electricidade cobrou a determinada pessoa valores a que entende ter direito a título de indemnização referente a consumos de energia eléctrica por via da viciação do contador, ainda que no caso exista um contrato de fornecimento de energia eléctrica celebrado entre os dois, uma vez que não estamos perante um litígio de consumo, pois os valores cobrados estão relacionados com uma conduta alegadamente ilícita do Réu relacionada com captação fraudulenta de energia eléctrica e que, portanto, nada tem a ver com o referido contrato”.

apresentado e configurado pelo demandante na reclamação que esboçou a demanda arbitral, certo era que o conhecimento da relação controvertida sempre importaria a apreciação de atos que indiciavam a prática de um ilícito criminal²².

Ora, a norma do n.º 1 do art. 262.º do DL n.º 15/2022, de 14 de janeiro, sob a epígrafe “Centros de arbitragem de conflitos de consumo”, estabelece, agora, de modo inequívoco, que “[c]onsidera-se conflito de consumo o litígio existente entre uma pessoa singular e o operador de rede sobre a existência de AIE [apropriação indevida de energia] e o seu beneficiário” [negrito e sublinhado nossos]. Assim, inexistindo dúvidas sobre o uso contratualmente determinado e efetivo do serviço de fornecimento de energia elétrica conferido pelo reclamante na sua instalação de consumo – que terá de ser um uso para fins não profissionais –, vem a lei distinguir (e admitir a sua separação, para efeitos processuais) a questão de natureza jurídico-civil suscitada pelo reclamante, com a demanda arbitral, da eventual relevância e ressonância jurídico-criminal que a alegada conduta por aquele perpetrada possa assumir²³. Donde, o facto de o litígio configurado pelo reclamante apresentar elementos indiciadores da prática de qualquer delito criminal não prejudica a natureza jurídico-consumerística da relação material controvertida, apresentada sob a forma de ação de simples apreciação negativa, como forma de reação, tão-só, à situação de incerteza acerca do alegado direito de crédito indemnizatório de que a reclamada se arroga, a qual não se confunde nem fica desprovida de autonomia pela eventual implicação jurídico-penal que a alegada conduta do demandante também possa encerrar²⁴.

²² Neste sentido, *vide* o Ac. do TRL de 13.07.2021, proferido na Ação de Anulação de Decisão Arbitral n.º 38/21.4YRGMR (Joaquim Boavida).

²³ Neste sentido concorre a solução normativa da al. c) do n.º 2 do art. 72.º do CPP, que vem admitir a dedução de pedido de indemnização civil em separado ao processo penal, perante o tribunal civil, quando o procedimento criminal depender de queixa (ou de acusação particular) – como sucede com o delito semipúblico de furto (art. 203.º, n.º 3 do CP) –, enquanto exceção ao princípio de adesão previsto no art. 71.º do CPP.

²⁴ No mesmo sentido, o Ac. do TRL de 28.10.2010, Proc. n.º 357/10.5YRLSB-8 (Caetano Duarte), em sede de recurso de apelação de sentença arbitral proferida pelo CASA, enfatizando que o pressuposto processual da competência do tribunal tem de aferir-se em função da relação controvertida, tal como configurada na reclamação: «Qual é o litígio submetido ao Casa?

Acresce que, com a publicação do já referido DL n.º 15/2022, em vigor desde 15.01.2022 (art. 307.º), passou a prescrever-se, na norma processual do n.º 2 do seu art. 262.º, que “[s]em prejuízo do direito de recurso aos tribunais, a pessoa singular a quem seja imputado o benefício por AIE pode, por sua opção expressa, submeter o litígio à apreciação dos centros de arbitragem de

Relendo a reclamação apresentada pelo reclamante à Direcção Geral do Consumidor e veiculada, por esta, para o CASA, vemos que está em causa uma desconformidade do motor surgida passados 4 meses sobre a compra, cuja reparação foi orçamentada em € 4 500,00 e que o vendedor, ora recorrente diz ser muito dinheiro. Não há lei expressa que atribua a competência para dirimir este litígio exclusivamente a tribunal judicial. É certo que, na sequência do mesmo contrato, se veio a verificar ter havido alteração da quilometragem constante do odómetro do veículo e que, relativamente a esta questão, está a correr processo crime em que já terá sido deduzida acusação. Estamos perante litígios diversos: num caso, discute-se a avaria (ou avarias) do veículo que o impedem de circular e, no outro, discute-se uma viciação do odómetro com alteração da quilometragem nele inscrita. O facto deste último litígio estar sujeito exclusivamente a tribunal criminal não significa que o primeiro litígio o esteja. Fala-se neste processo na referida alteração da quilometragem, mas isso não é suficiente para se dizer que essa questão está a ser discutida nestes autos. Até porque em parte alguma se refere que a razão das avarias tenha sido tal alteração de quilometragem. Estamos perante litígios diversos e nada impede que o litígio relativo às avarias do veículo seja submetido a decisão arbitral.

Relacionado com esta argumentação da recorrente está a suscitada incompetência do Casa por dever ter renunciado a resolver esta questão. Baseia a recorrente a sua tese no disposto no n.º 5 do artigo 3º do Regulamento do CASA onde se dispõe que:

“Caso o litígio tenha sido ou venha a ser introduzido junto de outra instância arbitral, cível ou criminal, isso implicará a renúncia do Centro em resolver a questão.”

As considerações atrás expendidas parecem-nos suficientes para decidir esta questão da competência do CASA. O litígio submetido ao CASA não foi introduzido em qualquer tribunal criminal como pretende a recorrente. O litígio levado a tribunal criminal é o relativo à alteração da quilometragem no odómetro e não o das avarias que foi submetido a este tribunal arbitral. Não tinha, por isso, este tribunal de renunciar a resolver este litígio. Diz ainda a recorrente que o ora reclamante terá deduzido pedido de indemnização cível no processo crime, entendendo que, ao fazê-lo, está a duplicar o pedido de indemnização formulado nestes autos. Mais uma vez nos parece que a recorrente não tem razão. O reclamante só pode pedir indemnização no processo crime pelos prejuízos resultantes da alteração da quilometragem e esses não se confundem com os prejuízos resultantes das avarias e da paragem do veículo» [sublinhados nossos].

conflitos de consumo legalmente autorizados, inclusive no que respeita ao montante pecuniário a pagar [negrito e sublinhados nossos] – previsão que se verifica, *in totum*, na situação-tipo acima descrita e que, amiúde, vem sendo suscitada perante os centros de arbitragem de conflitos de consumo²⁵.

Desta forma, em face da antinomia entre a norma do n.º 2 do art. 262.º do DL n.º 15/2022, e a norma do n.º 4 do art. 4.º do Regulamento Harmonizado – e enquanto a mesma se mantiver, o que nos parece, de todo em todo, indesejável – , lançando mão do critério hierárquico expresso no brocardo latino *lex superior derogat legi inferiori* (“lei superior derroga leis inferiores”), entendemos que é de considerar que a norma legal, portadora de um *status* hierarquicamente superior à norma do Regulamento Harmonizado, determina que o tribunal arbitral pode – e deve – conhecer e apreciar um litígio em que o reclamante, *consumidor*, pretende a declaração da inexistência do direito da reclamada, o ORD, *profissional*, à liquidação (e cobrança) de um determinado valor a título de

²⁵ Sendo que, como é sabido, no caso especial de aplicação da lei processual no tempo relativa à competência dos tribunais, a regra é a da aplicação imediata da nova lei às ações futuras, pois que, relativamente às ações pendentes, aplica-se a lei vigente no momento em que foram propostas.

consumo de energia elétrica irregularmente feito, por alegada apropriação indevida de energia²⁶⁻²⁷.

²⁶ Mesmo antes da adoção do RRC e do DL n.º 15/2022, já o TRC, em acórdão tirado em 21.11.2017, Proc. n.º 502/16.7T8GRD.C1 (Fonte Ramos), sustentava, a partir do disposto no ponto 31.3 do GMLDD, que “(...) só o Distribuidor, em benefício do SEN, terá *competência* para exigir do consumidor final o ressarcimento do valor da energia consumida ilicitamente, e nunca o comercializador (ou, no limite, o produtor/múltiplos produtores a operar atualmente no SEN)”. De acordo com o ponto 31.3 do GMLDD, “[a] energia elétrica associada a procedimento fraudulento comprovadamente identificada e registada em cada ano não deve ser imputada a carteiras de comercializadores”. Acolhendo o entendimento assumido neste acórdão, a norma do n.º 5 do art. 33.º do RRC veio determinar que “[n]as situações previstas no número anterior [erros de medição da energia e da potência resultantes de qualquer anomalia verificada no equipamento de medição, com origem em procedimento fraudulento], cabe ao operador da rede de distribuição que serve a instalação de consumo assegurar a recuperação integral para o Sistema Elétrico Nacional (...) dos consumos de energia não faturada, neles incluindo o valor da energia, que foi considerada em perdas [diferença entre a energia que entra num sistema elétrico e a energia que sai desse sistema elétrico, no mesmo intervalo de tempo], e a componente dos acessos, valorizada por aplicação da tarifa transitória correspondente, ou na sua ausência, da tarifa de acesso acrescida da tarifa de energia”.

²⁷ Ainda que, em paralelo com o processo de arbitragem corra termos inquérito-crime, espoletado por queixa do ORD, sustentada na mesma factualidade, discutindo-se nos autos de arbitragem a responsabilidade civil do reclamante pela alegada apropriação indevida de energia, não se configura a existência de qualquer questão prejudicial que seja da competência do tribunal criminal e que legitime a suspensão da instância ao abrigo do art. 272.º, n.º 1, 1.ª parte, do CPC, porquanto a eventual responsabilidade criminal que possa advir da AIE (e só esta questão é da exclusiva competência do tribunal criminal) não é condição necessária para a decisão da causa que corre termos no centro de arbitragem de conflitos de consumo, à qual apenas interessa o apuramento dos factos respeitantes à captação de energia elétrica em violação das regras legais e regulamentares aplicáveis, a sua imputação ao ali demandante e os prejuízos infligidos à ali demandada, independentemente da circunstância de eles poderem vir (ou não) a ser qualificados como crime e de poderem vir (ou não) a desencadear responsabilidade criminal. Neste sentido, o Ac. do TRE de 18.10.2018, proferido no Proc. n.º 2536/17.5T8STR.E1 (Paulo Amaral), respeitante a caso em que se verificava a pendência de ação cível e de ação penal e se questionou a suspensão da primeira até ao termo da segunda, onde se declarou o seguinte: “Escreve Alberto dos Reis: «Pelo que toca ao art.º 284.º [correspondente ao actual art.º 272.º], a sua disposição tanto abrange os casos de a acção prejudicial ter por objecto a apreciação de um facto criminoso ou dum acto administrativo, como o de ter por objecto o julgamento de uma questão da competência do tribunal comum

ou de qualquer outro tribunal especial. De modo que, no aspecto *material*, o art.º 284.º engloba os casos dos artigos 96.º e 97.º [actuais artigos 91.º e 92.º]; a diferença entre o campo de aplicação daquele e destes está somente no aspecto *processual*: nos casos dos artigos 96.º e 97.º a questão prejudicial surge como *incidente* de uma causa, tomada a palavra incidente no sentido lato, no caso do artigo 284.º a questão prejudicial constitui o objecto de uma acção separada e distinta» (*Comentário ao Cód. Proc. Civil*, vol. 1.º, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1969, p. 287). Sendo que uma «causa é prejudicial em relação a outra quando a decisão da primeira pode destruir o fundamento ou razão de ser da segunda» (*ob. cit.*, vol 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1946, p. 268). Escrevem também Lebre de Freitas e Isabel Alexandre: «É **questão prejudicial** toda aquela cuja resolução constitui pressuposto necessário da decisão de mérito, quer esta necessidade resulta da configuração da causa de pedir, quer da arguição ou existência duma exceção (...). Quando autonomizada como objecto de outra acção, constitui **causa prejudicial**, a qual pode constituir fundamento de suspensão da instância (art. 272)» (*Cód. Proc. Civil Anotado*, vol. 1.º, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 183; negrito no original).

O que temos perante nós é que factos que integram a causa de pedir nesta acção são os mesmos que integram o objecto do julgamento penal, embora com consequências diferentes dada a diferente função e natureza dos dois tipos de processo. Num pretende-se efectivar a responsabilidade civil com um pedido de indemnização e noutro pretende-se efectivar a responsabilidade penal com a aplicação de uma pena. Mas pode dizer-se que o julgamento da causa penal fará depender o resultado desta acção? A improcedência da acusação, e consequente absolvição do arguido, implica a improcedência da presente acção? Tal como se deve fazer a pergunta inversa: a condenação penal implica a procedência da acção cível? Cremos que não face ao que dispõem os art.ºs 623.º e 624.º, Cód. Proc. Civil. Seja numa situação ou noutra, apenas existirá uma presunção de existência dos factos integradores do crime ou uma presunção de inexistência de tais factos (cfr. ac. do STJ, de 13 de Novembro de 2003). Dito de outra forma, seja num caso ou no outro, as partes na acção cível podem sempre provar algo diferente do que ficou provado ou não provado no processo penal (cfr. ac. do STJ, de 4 de Julho de 2018). Escreve-se neste último: o «processo-crime não detém o monopólio da elisão da presunção da inocência com a sentença condenatória transitada em julgado». E logo de seguida acrescenta: «[a] cresce que a absolvição do arguido (trabalhador) no processo-crime, com fundamento em não ter praticado os factos que lhe eram imputados, apenas constitui, em quaisquer ações de natureza civil, nomeadamente na ação de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento, simples presunção legal da inexistência desses factos, ilidível mediante prova em contrário (art.º 624.º, nº 1, do CPC). Ou seja, não tem força de caso julgado». É que não se trata aqui de haver uma causa prejudicial que faça depender o resultado de uma acção do resultado da outra; o que se passa no nosso caso é que os dois julgamentos incidem sobre os mesmos factos mas com consequências diferentes: o que se passa é que os factos a que se aplicará lei penal são os mesmos a que se aplicará a lei civil. Num

Por outro lado, no que tange à segunda parte da norma do n.º 4 do art. 4.º do Regulamento Harmonizado cuja eliminação propomos – “(...) ou que estejam excluídos do âmbito de aplicação da Lei RAL” –, é certo que o n.º 2 do art. 2.º da Lei RALC procede a uma enunciação de serviços ou litígios excluídos do seu âmbito de aplicação, **surgindo, nomeadamente, sob al. b), “[o]s serviços de saúde prestados aos doentes por profissionais do sector para avaliar, manter ou reabilitar o seu estado de saúde, incluindo a prescrição, a dispensa e o fornecimento de medicamentos e dispositivos médicos”**²⁸. Mas não menos

processo discute-se uma pena, noutro uma indemnização. Não quer isto dizer que os processos sejam mutuamente indiferentes, mas apenas que um não é causa prejudicial do outro.

Mais argumentos existem para se não ordene a suspensão desta acção, retirados do processo penal e que são, no essencial, os apresentados pelos recorrentes. Não obstante o princípio da adesão obrigatória (art.º 71.º, Cód. Proc. Penal: o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei), a lei estabelece as respectivas excepções. Uma delas é quando o valor do pedido de indemnização permita a intervenção do tribunal colectivo, devendo o processo penal correr perante tribunal singular [art.º 72.º, n.º 1, al. g), Cód. Proc. Penal). O crime imputado ao R. é punível com pena de prisão até 5 anos, pelo que cabe na competência do tribunal singular, nos termos do art.º 16.º, n.º 2, al. b), Cód. Proc. Penal. O valor do pedido (€ 57.000,00) nesta acção cível excede a alçada do juízo central (€ 50.000,00), o que permite que a causa seja julgada pelo tribunal colectivo. Por outro lado, já decorreu o prazo de 8 meses a que alude o art.º 72.º, n.º 1, al. a), que deve mediar entre a notícia do crime e a dedução de acusação.

Em qualquer destas situações, o lesado pelo crime pode deduzir, fora do processo penal, o seu pedido de indemnização civil, isto é, pode propor a competente acção cível que seguirá os seus termos com total independência do processo penal. Neste caso, é a própria lei a admitir a propositura de uma acção cível para julgar os mesmos factos que irão ser julgados no processo penal” [sublinhados nossos].

²⁸ Como notam JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, Reimpressão, p. 38, diversamente do que sucede com a exclusão prevista na al. a) daquele n.º 2 do art. 2.º da Lei RALC, a hipótese expressamente contemplada na al. b) que se transcreveu no corpo do texto (e é decalcada da solução consagrada na al. h) do n.º 2 do art. 2.º da Diretiva de harmonização mínima 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013), revela-se “mais ampla, já que abrange os serviços prestados por entidades privadas”. Ainda de acordo com os mesmos autores, trata-se de uma opção

verdade é que o Regulamento Harmonizado podia – e devia, afirmamos nós – não rececionar tal exclusão por via de remissão expressa para a norma delimitadora, pela negativa, do âmbito de aplicação da Lei RALC, como sucede com o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Universidade Autónoma de Lisboa (CAUAL), também ele um centro de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizado, embora com uma competência material que vai além dos conflitos de consumo.

Com interesse, refira-se que, se, por um lado, o n.º 1 do art. 28.º dos Estatutos da ERS (Anexo ao DL n.º 126/2014, de 22 de agosto²⁹) prevê que “[a] pedido ou com o consentimento das partes, a ERS pode intervir na mediação ou conciliação de conflitos entre estabelecimentos do SNS ou entre os mesmos e prestadores do setor privado e social ou ainda no âmbito de contratos de concessão, de parceria público-privada, de convenção ou de relações contratuais afins no setor da saúde, ou ainda entre prestadores de cuidados de saúde e utentes”, por outro lado, o art. 29.º dos mesmos Estatutos dispõe que “[s]em prejuízo do disposto artigo anterior, a ERS pode celebrar protocolos com centros de arbitragem institucionalizada existentes, definindo nesse protocolo o eventual apoio logístico e técnico que entenda conveniente a prestar para o efeito”, como sucede, precisamente, com o protocolo de cooperação celebrado entre a ERS e o CAUAL³⁰, pelo que a eventual maior complexidade dos conflitos e a necessidade de especiais conhecimentos técnicos por parte do árbitro (suscetível de ser superada com recurso à faculdade prevista – mas muito pouco utilizada, mesmo nos tribunais judiciais – no art. 601.º

legislativa merecedora de crítica, por ser “contrária à teleologia do regime, que abrange os profissionais liberais” e exprimir uma cedência “perante o lóbi da saúde” (*op. cit.*, p. 58).

²⁹ Procede à adaptação dos estatutos da Entidade Reguladora da Saúde ao regime estabelecido na lei-quadro das entidades reguladoras, aprovada em anexo à Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto.

³⁰ “Protocolo de Cooperação” entre a ERS e a C.E.U. – Cooperativa de Ensino Universitário, C.R.L., entidade instituidora da Universidade Autónoma de Lisboa e autorizada pelo Despacho Ministerial n.º 8294/97, de 29 de setembro, à criação de um centro de arbitragem institucionalizado – o CAUAL –, disponível *online* em https://www.ers.pt/media/1670/protocolo_causal.pdf.

do CPC³¹) não constituem motivos atendíveis, na nossa humilde opinião, para a exclusão dos litígios relacionados com serviços de saúde da órbita dos centros de arbitragem de conflitos de consumo.

Não valendo, *de iure conditio*, a solução que, aqui, preconizamos, cremos que o Tribunal Arbitral tem, inelutavelmente, que declarar a sua incompetência material para a resolução de litígios de consumo em que, e.g., o reclamante pretenda a condenação da reclamada à assunção de todos os encargos com novo aparelho ortodôntico de contenção, em consequência do cumprimento defeituoso da prestação de serviços de saúde – tratamento ortodôntico, com fornecimento de dispositivo médico³² (aparelho de contenção superior) – pela

³¹ Nos termos do n.º 1 do art. 601.º do CPC, “[q]uando a matéria de facto suscite dificuldades de natureza técnica cuja solução dependa de conhecimentos especiais que o tribunal não possua, pode o juiz designar pessoa competente que assista à audiência final e aí preste os esclarecimentos necessários, bem como, em qualquer estado da causa, requisitar os pareceres técnicos indispensáveis ao apuramento da verdade dos factos”.

³² Nos termos do art. 2.º do Regulamento (UE) 2017/745 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de abril de 2017 relativo aos dispositivos médicos, que altera a Diretiva 2001/83/CE, o Regulamento (CE) n.º 178/2002 e o Regulamento (CE) n.º 1223/2009 e que revoga as Diretivas 90/385/CEE e 93/42/CEE do Conselho, “entende-se por: 1) «Dispositivo médico», qualquer instrumento, aparelho, equipamento, *software*, implante, reagente, material ou outro artigo, destinado pelo fabricante a ser utilizado, isolada ou conjuntamente, em seres humanos, para um ou mais dos seguintes fins médicos específicos: - diagnóstico, prevenção, monitorização, previsão, prognóstico, tratamento ou atenuação de uma doença, - diagnóstico, monitorização, tratamento, atenuação ou compensação de uma lesão ou de uma deficiência, - estudo, substituição ou alteração da anatomia ou de um processo ou estado fisiológico ou patológico, - fornecimento de informações por meio de exame *in vitro* de amostras provenientes do corpo humano, incluindo dádivas de órgãos, sangue e tecidos, e cujo principal efeito pretendido no corpo humano não seja alcançado por meios farmacológicos, imunológicos ou metabólicos, embora a sua função possa ser apoiada por esses meios. (...)”. Em termos idênticos, de acordo com a al. t) do art. 3.º do DL n.º 145/2009, de 17 de junho (estabelece as regras a que devem obedecer a investigação, o fabrico, a comercialização, a entrada em serviço, a vigilância e a publicidade dos dispositivos médicos e respetivos acessórios e transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2007/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de setembro), um «dispositivo médico» é “qualquer instrumento, aparelho, equipamento, *software*, material ou artigo utilizado isoladamente ou em combinação, incluindo o *software* destinado pelo seu fabricante a ser utilizado especificamente para fins de diagnóstico

demandada, sociedade comercial que se dedica, nomeadamente, à gestão e prestação de serviços de saúde, diagnóstico e terapêutica em todas as suas vertentes³³.

Competência em razão do valor (art. 6.º)

Artigo 6.º

Competência em razão do valor

O Centro pode apreciar e decidir litígios de consumo, desde que de valor não superior à alçada da Relação, com exceção dos litígios de consumo sujeitos a arbitragem necessária no âmbito da Lei n.º 6/2011, de 10 de março, os quais não obedecem a limitação de valor.

No que concerne ao aditamento sugerido para o art. 6.º, pretende-se com o mesmo consagrar, *expressis verbis*, que a limitação da competência do Centro em razão do valor [a qual encerra uma remissão implícita para o postulado pelo n.º 1 do art. 44.º da LOSJ: “[e]m matéria cível, a alçada dos

ou terapêuticos e que seja necessário para o bom funcionamento do dispositivo médico, cujo principal efeito pretendido no corpo humano não seja alcançado por meios farmacológicos, imunológicos ou metabólicos, embora a sua função possa ser apoiada por esses meios, destinado pelo fabricante a ser utilizado em seres humanos para fins de: i) Diagnóstico, prevenção, controlo, tratamento ou atenuação de uma doença; ii) Diagnóstico, controlo, tratamento, atenuação ou compensação de uma lesão ou de uma deficiência; iii) Estudo, substituição ou alteração da anatomia ou de um processo fisiológico; iv) Controlo da concepção”.

³³ Como decidimos em sentença do TRIAVE de 26.08.2021, Proc. n.º 1514/2021/MB. No mesmo sentido, a propósito de um litígio que tinha por objeto um conflito decorrente de uma cirurgia de eletrocoagulação dos cornetos unilateral, septoplastia e turbinectomia unilateral, mormente a cobrança de um serviço prestado por um médico do serviço de urgência quando a demandante se encontrava a recuperar da cirurgia, considerando esta que tal serviço estava incluído no orçamento do custo da cirurgia, o que era rejeitado pela demandada, que entendia, por sua vez, que tal serviço não constava da estimativa de custo, a Sentença do TRIAVE de 18.03.2020, Proc. n.º 2358/2019 (Alexandre Maciel).

tribunais da Relação é de (euro) 30 000,00”] não se aplica aos litígios de consumo que se integram no âmbito dos serviços públicos essenciais taxativamente enunciados no n.º 2 do art. 1.º da LSPE e que, nesse enalço, estão abarcados pelo regime de “arbitragem necessária” (*rectius*, arbitragem potestativa) previsto na norma do n.º 1 do art. 15.º da LSPE, como determinado pelo disposto no ponto 2 do Despacho n.º 3637/2018, de 11 de abril (aplicável ao TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa)³⁴, no ponto 1 do Despacho n.º 8499/2017, de 28 de setembro (aplicável ao CIAB – Tribunal Arbitral de Consumo)³⁵ e no ponto 1 do Despacho n.º 9089/2017, de 16 de outubro (aplicável ao CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo)³⁶.

³⁴ Que toma a seguinte redação: “Autorizo a alteração da competência em razão do valor do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Vale do Ave/Tribunal Arbitral, que passa a estar limitada ao valor da alçada dos tribunais da Relação, com exceção dos litígios de consumo sujeitos a arbitragem necessária no âmbito da Lei n.º 6/2011, de 10 de março, os quais não estão sujeitos a limitação de valor” [sublinhado nosso].

³⁵ Que conhece a seguinte redação: «Autorizo a alteração da competência em razão do valor do CIAB – Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo (Tribunal Arbitral de Consumo), que passa a estar limitada ao valor da alçada dos tribunais da Relação, com exceção dos litígios no âmbito do Projeto “Casa Pronta” e dos litígios de consumo sujeitos a arbitragem necessária nos termos da Lei n.º 6/2011, de 10 de março, não sujeitos a limitação de valor» [sublinhados nossos].

³⁶ Que reza nos seguintes termos: «Autorizo a alteração da competência em razão do valor do CNIACC — Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo, que passa a estar limitada ao valor da alçada dos tribunais da Relação, com exceção dos litígios no âmbito do Projeto “Casa Pronta” e dos litígios de consumo sujeitos a arbitragem necessária nos termos da Lei n.º 6/2011, de 10 de março, não sujeitos a limitação de valor» [sublinhados nossos].

Audiência arbitral (art. 14.º)

Capítulo 4 – Resolução de conflitos

Artigo 14.º

Audiência arbitral

1 – Salvo se o tribunal, com o acordo das partes, decidir pela sua dispensa com fundamento na desnecessidade de fase oral para a produção de prova ou para a exposição dos argumentos de reclamante e reclamado, as audiências são realizadas na sede do Centro, presencialmente ou por videoconferência, ou noutra local a designar por este, devendo as partes ser convocadas com a antecedência mínima de ~~20~~ 10 dias.

2 – (...)

3 – (...)

4 – (...)

5 – A parte reclamada pode apresentar contestação escrita até 10 dias da data ~~48 horas antes da hora~~ marcada para a audiência ~~ou oralmente na própria audiência,~~ devendo as partes produzir toda a prova que considerem relevante.

6 – Nas ações de simples apreciação negativa, a parte reclamada pode deduzir reconvenção para condenação da parte reclamante ao pagamento da dívida cuja inexistência o demandante pretende que seja declarada. (novo n.º 6)

7 – A apresentação da contestação é de imediato notificada à parte reclamante. (novo n.º 7)

8 – Se a parte reclamada deduzir defesa por exceção ou reconvenção, a parte reclamante pode apresentar, respetivamente, resposta ou réplica, por escrito, até à data da audiência ou oralmente na própria audiência. (novo n.º 8)

9 – Com a reclamação e a contestação, as partes devem apresentar toda a prova documental disponível de que pretendem fazer uso. (novo n.º 9)

10 – É aceite todo o tipo de prova admissível em direito, com o limite de 3 testemunhas por cada uma das partes, limite esse elevado para o dobro nos processos de valor superior a 5.000 euros. (anterior n.º 6)

11 – As testemunhas indicadas pelas partes não são notificadas pelo Centro, sendo da responsabilidade das partes garantir a sua presença na audiência. (anterior n.º 7)

12 – Salvo acordo em contrário e sem prejuízo do disposto na segunda parte do n.º 5 do artigo 42.º da LAV, as despesas com os meios de prova, nomeadamente com a realização de peritagens e análises técnicas, são da responsabilidade da parte que os apresentar ou requerer. (anterior n.º 8)

No que tange às propostas apresentadas para o art. 14.º, visa-se reforçar o princípio do processo equitativo (art. 12.º, n.º 1 da Lei RALC), nos seus corolários de igualdade (eliminando a possibilidade de apresentação de contestação oral – e conhecimento, pelo reclamante, da posição assumida em autos de arbitragem pela reclamada – apenas na própria audiência³⁷ – n.º 5 – e tendo presente, nesta dimensão, que, não raras vezes, a parte reclamante se apresenta em audiência arbitral desacompanhada de advogado ou solicitador que a represente em juízo³⁸ – ao contrário da parte reclamada –, em virtude

³⁷ Na prática, tal pode acontecer, também, com a apresentação de contestação escrita com 48 horas de antecedência em relação à hora marcada para a audiência arbitral, nomeadamente na hipótese de esta diligência estar agendada para a primeira hora de funcionamento do centro de arbitragem de uma segunda-feira e a contestação escrita ser apresentada no sábado imediatamente pretérito, portanto, em dia não útil, não havendo obviamente lugar à sua imediata notificação ao reclamante.

³⁸ Nos termos do art. 10.º, n.º 2 da Lei RALC, “[a]s entidades de RAL devem também assegurar que as partes não têm de recorrer a um advogado e podem fazer-se acompanhar ou representar por terceiros em qualquer fase do procedimento” [sublinhado nosso], mas existe uma incontornável assimetria de formação, informação e conhecimentos entre consumidor e profissional também no quadro da relação jurídico-processual, com vários reflexos nos três procedimentos de RALC, *maxime* a arbitragem. A título de exemplo, frisa-se as expectáveis dificuldades que o reclamante desacompanhado de mandatário terá em compreender o sentido e alcance de figuras processuais como a defesa por exceção (e as várias exceções suscetíveis de serem invocadas pela sua contraparte, e.g., incompetência do tribunal arbitral, ilegitimidade processual, ineptidão da petição inicial) ou a reconvenção, o mesmo valendo para as regras de distribuição do ónus de prova (arts. 342.º a 344.º do CC), cuja operatividade (a par do critério de julgamento previsto no art. 414.º do CPC), em muitos casos, se revela decisiva para o

da diminuta utilidade económica do pedido formulado no processo arbitral, que fica aquém do previsível valor dos honorários devidos ao profissional forense) e de defesa e contraditório (art. 12.º, n.º 1, al. a) da Lei RALC e art. 30.º, n.º 1, als. b) e c) da LAV)³⁹, fomentando, também, a celeridade processual (art. 10.º, n.ºs 5 e 6 da Lei RALC), que é marca d’água da arbitragem em geral – e da arbitragem de conflitos de consumo em especial⁴⁰ –, afastando a

desfecho da demanda arbitral. Daí que, de acordo com o n.º 4 do art. 14.º da LDC, na redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, “[n]os conflitos de consumo de reduzido valor económico [i.e., cujo valor não exceda a alçada dos tribunais de 1.ª instância], deve o consumidor ser notificado, no início do processo, de que pode fazer-se representar por advogado ou solicitador, sendo que, caso não tenha meios económicos para tal, pode solicitar apoio judiciário, nos termos da lei que regula o acesso ao direito e aos tribunais [Lei n.º 34/2004, de 29 de julho]”. *Vide*, no mesmo sentido, o art. 17.º, n.º 1 da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, bem como o art. 9.º e o Anexo I à Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro.

³⁹ Como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 278 e 280, «[o] princípio da igualdade é estruturante de toda a arbitragem. Dele derivam os “princípios” da citação, da audição efectiva e do contraditório. Como qualquer princípio, deve ser tomado em termos materiais e não formais. Além disso, decorrem da igualdade: prazos e condições iguais para o pagamento de preparos, intervenção de ambas as partes na indicação do colégio pericial, condições de trabalho idênticas e facilidades similares para intervir no processo”. E mais à frente: “[e]m termos práticos, sempre que uma parte peça seja o que for, o tribunal ouve a outra, antes de decidir. Os meios de prova oferecidos por uma parte devem ser presentes à outra, para que se pronuncie. As testemunhas interrogadas por uma parte, devem poder ser instadas pela outra, ou, no caso de depoimentos escritos: ouvidas pela outra ou – não sendo possível – permitindo-se a contradita, por outros meios, do que tenham dito. A igualdade explícita a extensão deste princípio. O exercício adequado do contraditório surge, na prática, como a demonstração pública da igualdade. Tem a maior importância em termos de legitimação pelo processo” – a *Legitimation durch Verfahren* luhmanniana.

⁴⁰ Sobre a adequabilidade da arbitragem para a resolução de litígios de consumo, sintetiza ANA MARGARIDA RODRIGUES FERREIRA DA SILVA, “A arbitragem de consumo nos ordenamentos jurídicos português e espanhol. Estudo comparado”, Tese de Doutoramento apresentada no âmbito do programa de doutoramento “Gestión y Resolución de Conflictos. Menores, Familia y Justicia Terapéutica”, sob orientação dos Professores Doutores Pablo Grande Seara e Jorge Morais Carvalho, Universidade de Vigo, 2020, pp. 84-84, que “A arbitragem dos litígios de consumo interessa não só ao Estado, mas também aos consumidores, e ainda às próprias empresas:

necessidade de suspensão da audiência arbitral para a parte reclamante dispor do necessário tempo de reflexão e de análise e, em consciência, se poder pronunciar sobre a defesa por exceção (apresentando resposta) ou a matéria

Interessa ao Estado, desde logo, na medida em que permite aliviar os tribunais da sobrecarga de processos que a partir de determinada altura se começou a sentir, remetendo-se para outras instâncias, como os tribunais arbitrais, as pequenas causas [entenda-se, as causas de reduzido valor económico], entre as quais se encontram a generalidade dos litígios de consumo.

Interessa ao consumidor, que encontra na arbitragem uma alternativa para a tutela dos seus direitos, face à demora e custos inerentes aos processos instaurados nos tribunais estaduais. Perante o poder crescente das empresas, houve que minimizar a posição de fraqueza dos consumidores face àquelas, uma vez que na maioria dos litígios de consumo se verifica uma grande desproporção entre os interesses económicos das partes envolvidas e uma relação negativa em termos de custo-benefício quando resolvidos pelos tribunais estaduais. Daí a importância da arbitragem como forma de se restabelecer o equilíbrio nas relações entre os consumidores e os agentes económicos, permitindo àqueles a defesa dos seus direitos. Assim, os meios de RAL em matéria de consumo, e a arbitragem em particular, surgem como um importante meio de promoção do acesso ao direito e à justiça por parte dos consumidores. Esta adequabilidade resulta quer da celeridade na resolução do litígio, consequência da simplificação do formalismo processual e da fixação de prazos curtos para ser proferida a sentença, quer da maior economia em virtude não apenas da celeridade, mas também da redução ou mesmo da ausência de custos.

Interessa, por último, às empresas, desde logo, pela confidencialidade que é dada ao processo arbitral, salvaguardando-se, assim, a sua imagem comercial.

Finalmente, realce-se que a adequabilidade da jurisdição arbitral para a resolução de litígios de consumo se manifesta também na possibilidade que a arbitragem oferece de se proferir uma decisão mais justa e adequada. Tal situação decorre quer do facto de as partes poderem permitir aos árbitros o julgamento em equidade, quer do facto de o julgador se apresentar como um estudioso na matéria; a legislação no âmbito do direito do consumo é diversa e em constante atualização, justificando que o árbitro se assumia como um especialista nesta área do direito”. Exaltando idênticas vantagens da arbitragem de conflitos de consumo, DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de Conflitos de Consumo: Da Lei n.º 31/86 ao Anteprojecto de Código do Consumidor”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, coord. LUÍS MENEZES LEITÃO, Vol. III, FDUL, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 77-78.

Acrescentamos nós o facto de a sentença arbitral do tribunal arbitral de consumo ter o mesmo carácter obrigatório e a mesma força executiva de uma sentença de um tribunal judicial (art. 15.º, n.º 4 do Regulamento Harmonizado).

de reconvenção (apresentando réplica⁴¹) deduzida na contestação (de que é imediatamente notificada⁴², mas não deixando de prever a hipótese de a parte reclamante exercer os seus direitos de defesa e contraditório oralmente, na própria audiência arbitral, ditando para ata, se se sentir mais confortável com

⁴¹ Atualmente, considerando que a LAV e o Regulamento Harmonizado não preveem expressamente a possibilidade de apresentação de réplica (art. 584.º e ss. do CPC) pelo demandante para dedução de defesa quanto à matéria da reconvenção formulada pelo demandado, em obséquio a um cumprimento escrupuloso do princípio do contraditório (art. 12.º, n.º 1, al. a) da Lei RALC e art. 30.º, n.º 1, al. c) da LAV), terá sempre, pelo menos, de ser assegurada a possibilidade de o reclamante responder ao pedido reconvenicional no início da audiência de julgamento arbitral.

⁴² Com interesse para o (futuro) processamento da notificação da contestação, dá-se nota que se encontra em operacionalização, por parte da DGPJ, o projeto cofinanciado pela UE “RAL + - Reformulação dos sistemas de informação e processos de suporte à tramitação processual no contexto dos meios de resolução alternativa de litígios”, que tem como objetivo “desenvolver uma nova plataforma informática para o funcionamento dos julgados de paz e dos centros de arbitragem de conflitos de consumo”, cf. informação disponível *online* em <https://dgpj.justica.gov.pt/Instrumentos-de-Gestao/Projetoscofinanciados-pela-UE/Plataforma-RAL> [consultado em 18 de agosto de 2022]. Por outro lado, importa sublinhar que, na arbitragem de conflitos de consumo, são de aplicar as regras preceituadas nos n.ºs 2 e 3 do art. 35.º da LAV, das quais decorre, respetivamente, que a falta de contestação apresentada pela reclamada não importa a aceitação dos factos alegados pelo reclamante (diversamente do que determina a lei processual civil no art. 567.º, n.º 1 do CPC – revelia operante, com efeito cominatório semipleno), competindo ao demandante fazer a prova que lhe cabe – embora, como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 331, “(...) não havendo contradita, a sua [do demandante] tarefa fica mais facilitada” – e, em caso de não comparência de uma das partes (no caso, da reclamada) à audiência arbitral, o Tribunal pode prosseguir o processo e proferir sentença arbitral com base na prova apresentada. *De iure constituendo*, poder-se-ia equacionar a repristinação de norma que já integrou anterior Regulamento do CICAP, aprovado em 09.01.2009, nos termos da qual “[a] não comparência do demandante quando para tal notificado [na audiência arbitral], desde que não justificada em cinco dias, equivale à desistência do pedido”.

tal alternativa⁴³)⁴⁴ – n.ºs 7 e 8 – e determinando a apresentação, pelas partes, de toda a prova documental disponível (i.e., de que as partes já disponham) e

⁴³ Cremos que, desta forma, não resulta beliscada uma máxima que temos procurado respeitar e que temos como ponto de honra, superiormente enunciada por JOÃO CARLOS PIRES TRINDADE, “Resolução Alternativa de Litígios de Consumo: Papel do Juiz Árbitro”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. V, N.º 22, junho 2016, p. 127, «[n]unca por nunca, e este ponto reputamo-lo de muito importante, se deve deixar transparecer a ideia de que se está perante um “tribunal de defesa do consumidor”, como muitas vezes é apelidado este tribunal. O juiz deve desde o início e no decurso da audiência de julgamento deixar transparecer garantias de independência e de imparcialidade, reforçando ao mesmo tempo a confiança nos mecanismos alternativos de resolução dos litígios de consumo».

⁴⁴ Neste sentido, como resulta das propostas de alteração apresentadas no corpo do texto, as partes devem ser convocadas com uma antecedência mínima de 20 dias para a audiência arbitral, estabelecendo-se que a parte reclamada pode apresentar contestação escrita até 10 dias antes da data marcada para a audiência. A propósito da citação do demandado, temos bem presente que a mesma se destina a assegurar que a parte reclamada toma conhecimento efetivo de que contra ele corre termos um processo de arbitragem (procedimento de resolução alternativa de litígios autónomo e distinto da fase de mediação antecedente, que culminou sem a obtenção de acordo entre as partes – art. 3.º, al. j) da Lei RALC e art. 19.º, al. d) da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril), bem como a convocá-lo para comparecer na audiência arbitral (cujo agendamento, por norma, não foi precedido de acordo com reclamante e reclamado, seja por contacto direto do Tribunal, seja com a intermediação do secretariado do tribunal arbitral) e a adverti-lo do prazo dentro do qual pode oferecer a sua contestação escrita, sendo mesmo por via da citação que o ato de proposição da ação produz efeitos em relação ao demandado (cf. art. 259.º, n.º 2 do CPC). Não obstante, a fim de ultrapassar as dificuldades colocadas pelas partes reclamadas que se procuram furtar à concretização da citação, secundando o entendimento afirmado no Ac. do TC n.º 773/2019, de 17.12.2019, Proc. n.º 1455/17 (Cláudio Monteiro), a partir do ensinamento de ALBERTO DOS REIS, cremos que “**importa sobremaneira que a citação seja um acto sério e eficiente, isto é, que ao réu seja dado conhecimento da existência do pleito e colocado em condições de se defender; mas importa igualmente que seja um acto, quanto possível, rápido, isto é, que sejam postos à disposição do tribunal meios suficientes para obstar a que o réu procure fugir à acção da justiça, furtando-se sucessivamente à diligência da citação**» (*Comentário ao Código de Processo Civil*, Volume 2.º, p. 617). A harmonização dos interesses em conflito, «o interesse da seriedade do acto» e «o interesse da rapidez», para utilizar a formulação do mesmo ilustre professor, **passa, não pode deixar de passar, pela adoção de soluções que importem, para cada um deles, a compressão que se mostre necessária à salvaguarda do outro, sem afetação do respetivo conteúdo essencial.**” [negritos e sublinhados nossos]. Neste seguimento, sem descuidar o cumprimento escrupuloso

de que pretendam fazer uso, com a reclamação de consumo (apresentada em fase de arbitragem)⁴⁵ e a contestação – n.º 9⁴⁶.

do disposto pelo artigo 18.º, n.º 1 do Regulamento Harmonizado (segundo o qual “[e]m sede de conciliação/arbitragem, as notificações são efetuadas por carta registada com aviso de receção”), se, com recurso a meio eletrónico (nomeadamente, o correio eletrónico), o tribunal arbitral logrou alcançar o mesmo fim que a lei visava alcançar com a imposição da formalidade, mais exigente, de carta registada com aviso de receção, qual seja a de garantir a cognoscibilidade do ato de citação – indispensável ao respeito pelos princípios fundamentais previstos nas als. a) a c) do n.º 1 do art. 30.º da LAV – colocando a comunicação na esfera de cognoscibilidade do notificando, o qual, comprovadamente, procede à consulta regular do seu correio eletrónico, devem ter-se por observadas que foram as garantias mínimas de segurança e de fiabilidade na prática do ato de citação por meio de correio eletrónico (sempre de forma complementar ao envio por carta registada com aviso de receção, que nunca deve ser preterido) e, por essa via, assegurado o respeito pelo processo equitativo, nos seus corolários do direito ao contraditório e da proibição da indefesa, em obséquio ao princípio da celeridade processual, “(...) indispensável à legitimação dos Tribunais perante a comunidade e instrumento indispensável à realização de uma das fundamentais dimensões do direito fundamental do acesso à justiça (...)” – CARLOS LOPES DO REGO, “Os princípios orientadores da reforma do Processo Civil em curso: o modelo de acção declarativa”, in *Julgar*, n.º 16, 2012, pp. 99-129, em especial, p. 105 –, o que se aplica, por maioria de razão, à arbitragem (de conflitos de consumo). Revelar-se-ia, de todo em todo, inaceitável que o Tribunal, refugiando-se numa interpretação estritamente literal e desligada da teleologia imanente à solução plasmada no art. 18.º, n.º 1 do Regulamento Harmonizado, acabasse por negar tutela jurisdicional efetiva à parte reclamante. Em abono do entendimento que preconizamos, já se pronunciou JORGE MORAIS CARVALHO, em texto intitulado “Citação na arbitragem (de consumo)”, publicado no blogue do NOVA Consumer Lab da FDUNL – NOVA School of Law, e acessível em <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/citacao-na-arbitragem-de-consumo/>, no qual o autor sustentou que “(...) o e-mail é um meio perfeitamente apto, rápido e eficaz, de tornar conhecidos factos, com vantagens claras em relação a outros meios, como a carta, que demora mais tempo a ser entregue. Num processo que se pretende informal e célere, é essencial que, no respeito dos princípios fundamentais do processo civil, se utilizem os meios mais eficazes para a obtenção em tempo de uma decisão justa”.

⁴⁵ À semelhança do que já se prevê no n.º 3 do art. 8.º do Regulamento Harmonizado – concentração da apresentação de toda a prova documental disponível com a reclamação de consumo que espoleta o procedimento de RALC de mediação.

⁴⁶ Estas soluções devem ser articuladas com a norma do n.º 3 do art. 33.º da LAV, de acordo com a qual “[s]alvo convenção das partes em contrário, qualquer delas pode, no decurso do processo arbitral, modificar ou completar a sua petição ou a sua contestação, a menos que o

Pugnando-se, ainda, pela economia de meios com a previsão expressa da possibilidade de realização da audiência arbitral com recurso a meios de comunicação à distância adequados, nomeadamente videoconferência⁴⁷ – n.º

tribunal arbitral entenda não dever admitir tal alteração em razão do atraso com que é formulada, sem que para este haja justificação bastante”. Em comentário à regra acabada de reproduzir, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, p. 135, refere que a modificação objetiva da instância deve ser admitida “(...) no caso de factos supervenientes ou de cujo conhecimento a parte só teve em momento posterior à apresentação que deveria ter tido lugar no momento próprio (...)”. Por sua vez, o Código de Processo Civil (subsidiariamente aplicável, como defendemos *infra*) dispõe, sob art. 264.º, que “[h]avendo acordo das partes, o pedido e a causa de pedir podem ser alterados ou ampliados em qualquer altura, em 1.ª ou 2.ª instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito” [sublinhado nosso], e preceitua, sob n.º 2 do art. 265.º, que “[o] autor pode, em qualquer altura, reduzir o pedido e pode ampliá-lo até ao encerramento da discussão em 1.ª instância se a ampliação for o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo” [sublinhado nosso].

⁴⁷ Como já sucede com o Regulamento do CNIACC, cujo n.º 7 do art. 14.º prevê que “[a]s audiências são realizadas na sede do Centro, presencialmente ou por videoconferência, ou noutra local a designar por este, devendo as partes ser convocadas com a antecedência mínima de 10 dias” [sublinhado nosso]. O regulamento do CNIACC encontra-se disponível *online* em <https://www.cniacc.pt/pt/regulamentos/>. Como assinala CÁTIA MARQUES CEBOLA, “Revisitar os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo em Portugal: evolução recente e tendências de digitalização”, *Revista Jurídica Portucalense*, N.º Especial, Vol. III – Direito Processual Civil – Os Desafios do Desenvolvimento Sustentável Global e Digital, Universidade Portucalense, Porto, 2022, pp. 42-43, “O contexto pandémico e os sucessivos confinamentos impostos em 2020 e 2021 poderão ter fomentado a realização de um maior número de julgamentos arbitrais através de plataformas (como o *Zoom*), mas a estrutura e logística dos centros ainda é muito marcada pelos meios convencionais e pela presença física dos intervenientes processuais”. Sem prejuízo de o Regulamento Harmonizado aplicável aos centros de arbitragem de conflitos de consumo com competência territorialmente circunscrita à área geográfica dos municípios estabelecida nos seus Estatutos não prever a possibilidade de realização da audiência arbitral por meios de comunicação à distância adequados e embora as instalações dos centros se encontrem preparadas para assegurar a observância do limite máximo de pessoas e demais regras de segurança, de higiene e sanitárias definidas pela Direção-Geral da Saúde (DGS), bem como a disponibilização dos meios de proteção e de higienização desinfetantes determinados pelas recomendações da DGS (nomeadamente, máscaras de proteção e Solução Antisséptica de Base Alcoólica), durante a vigência da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março temos vindo a admitir a intervenção de mandatários, partes e testemunhas por via telemática (quanto aos segundos e

1 –, a fim de se superar a divergência de entendimentos quanto à admissibilidade da reconvenção (aplicando-se ou não, supletivamente, a norma do n.º 4 do art. 33.º da LAV⁴⁸, sem prejuízo da unidirecionalidade dos litígios de consumo – cf. art. 2.º, n.ºs 1 e 2, al. d) da Lei RALC), cremos que o princípio da eficiência processual aponta no sentido de que a apresentação de

terceiras, privilegiando, sempre que possível, a colaboração, para o efeito, de centro/serviço/núcleo de informação autárquica ao consumidor, julgado de paz, tribunal estadual ou outra instituição instalada em edifício público da área do domicílio do sujeito ou interveniente processual e, apenas se não for possível, autorizando a intervenção a partir do respetivo domicílio legal ou profissional), ainda que não resulte alegada e demonstrada alguma(s) das hipóteses em que não existe obrigatoriedade de deslocação ao tribunal (art. 6.º-E, n.º 5 da Lei n.º 1-A/2020), atendendo à declaração e prorrogações da situação de calamidade e, mais recentemente, à declaração e prorrogações da situação de alerta, no âmbito da pandemia da doença COVID-19, e em obséquio aos Princípios da Precaução em Saúde Pública, da economia de meios (considerando a distância entre o local de realização da audiência arbitral e o domicílio legal ou profissional do sujeito ou interveniente processual) e da igualdade das partes (art. 30.º, n.º 1, al. b) da LAV). *Vide*, com interesse, os n.ºs 1, 2, 3, 5 e 11 do art. 6.º-E da Lei n.º 1-A/2020). No caso das testemunhas apresentadas pelas partes, para inquirição, no seu domicílio legal ou profissional, por estarem em causa *videoconferências privadas* [segue-se, aqui, a terminologia adotada por NUNO ANDRADE PISSARRA, “Audiências judiciais por videoconferência no processo civil”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LXI (XXXIII da 2.ª Série), janeiro-dezembro 2020, n.º 1-4, Coimbra, Almedina, 2020, p. 170] em que a testemunha prestará depoimento a partir de um espaço privado sem acompanhamento ou controle por funcionário de serviço público, temos advertido, por despacho, que, durante a inquirição, deve ser sempre garantida a ausência de interferências de qualquer índole, porquanto não deve verificar-se a presença de qualquer sujeito no espaço envolvente da testemunha [LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, “Julgamento presencial *versus* julgamento com telepresença: a pandemia e o futuro”, in *Julgar*, n.º 44, maio-agosto 2021, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 13-31], além de reunidas as condições para a manutenção de comunicação, por meio visual e sonoro, em tempo real e de forma estável.

⁴⁸ Com ARMINDO RIBEIRO MENDES, enfatiza-se que a formulação adotada na norma do n.º 4 do art. 33.º da LAV – “O demandado pode deduzir reconvenção, desde que o seu objecto seja abrangido pela convenção de arbitragem” [sublinhado nosso] – “impede que, por via de reconvenção em processo arbitral, se obtenha compensação quando o crédito do devedor compensante derive de relação jurídica não abrangida pela convenção de arbitragem” – AA.VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, coord. DÁRIO MOURA VICENTE, 3.ª edição, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 107-108.

reconvenção deve ser aceite – n.º 6 –, até porque a improcedência de pedido de declaração de inexistência de dívida (em ação de simples apreciação negativa), em arbitragem iniciada pelo consumidor, não se consubstancia em sentença condenatória que possa ser executada, de imediato, pelo profissional (cf. art. 703.º, n.º 1, al. a) do CPC), obrigando este último a propor nova ação (ou iniciar procedimento de injunção) para obtenção de título executivo⁴⁹.

A propósito da admissibilidade (ou não) da reconvenção nos processos de arbitragem de conflitos de consumo, em confronto com o princípio da unidirecionalidade, como notou, com acerto, JOANA CAMPOS CARVALHO, «este princípio diz respeito, essencialmente, ao momento inicial do procedimento de resolução alternativa de litígios de consumo⁵⁰, o que significa que se veda a qualquer profissional a prerrogativa de iniciar o procedimento, com o propósito de evitar o “entupimento” dos centros de arbitragem de conflitos de consumo com pedidos emergentes dos profissionais. Sendo esta a razão subjacente ao princípio da unidirecionalidade, a mesma já não é mobilizável para dar fundamento à inadmissibilidade do pedido reconvenicional pelo profissional na pendência do procedimento iniciado pelo consumidor. Dito de outro modo, se é plausível vedar aos profissionais o impulso do procedimento de resolução alternativa de litígio de consumo, para que os centros de arbitragem não fiquem sobrecarregados com pedidos dos

⁴⁹ No mesmo sentido, JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA e JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, Reimpressão, p. 200.

⁵⁰ Tanto assim que, como se recorda no artigo de JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, 2016, pp. 313-314, antes da aprovação da Lei RALC, “[a]lguns autores entendiam que o profissional carecia de legitimidade para iniciar um procedimento de resolução alternativa de litígios no caso de pretender o cumprimento de obrigações pecuniárias, de forma a evitar que os centros de arbitragem de conflitos de consumo se transformassem em instâncias de cobrança de dívidas” [sublinhado nosso].

profissionais, esta mesma razão já não é viável para impedir o profissional de utilizar o mesmo procedimento, que já corre termos por iniciativa do consumidor, para deduzir um pedido reconvenicional” [sublinhados nossos]⁵¹.

⁵¹ No *Workshop*, transmitido por via remota, subordinado ao tema “Arbitragem de Conflitos do Consumo: Questões Práticas”, organizado, em 20.11.2020, pelo Centro de Direito do Consumo da FDUC e cujo *memorandum* foi dado à estampa por ANA FRANCISCA PINTO DIAS e MARIA JOSÉ CAPELO, “Arbitragem de Conflitos de Consumo: Questões Práticas”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 17, 2021, CDC, FDUC, disponível *online* em https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_17_completo.pdf, pp. 331-361, em especial pp. 353-354. Ainda em abono do entendimento que sufragamos acerca da admissibilidade da reconvenção, na doutrina, DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de Conflitos de Consumo: Da Lei n.º 31/86 ao Anteprojecto de Código do Consumidor”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, coord. LUÍS MENEZES LEITÃO, Vol. III, FDUL, Coimbra, Almedina, 2006, p. 84 manifesta sérias dúvidas sobre a conformidade das disposições que consagram a unidirecionalidade do processo de arbitragem com o princípio fundamental da igualdade de tratamento entre as partes. E na jurisprudência, por apelo a um argumento *a pari* ou de identidade de razão, *vide* o recente Ac. do TRP de 13.07.2022, Proc. n.º 102792/21.8YIPRT-A.P1 (Fernando Vilares Ferreira), que confirmou a decisão recorrida, na qual, por sua vez, se encontra o seguinte trecho relevante: “Ora, uma vez deduzida oposição o procedimento de injunção transmuta-se em acção especial para o cumprimento de obrigações pecuniárias sujeita ao regime previsto no Decreto-lei 269/98, de 1 de Setembro e Decreto-lei 62/2013, de 10 de Maio, em vigor à data do contrato, que se caracteriza por ser um processo simplificado em relação à forma processual comum.

Com efeito, o artigo 1º, do citado Decreto-lei 269/98, de 1 de Setembro, inspirado no modelo da acção declarativa de condenação em processo sumaríssimo, com base na ideia de simplificação que lhe era própria e em que é frequente a não oposição do demandado, prevê, apenas, dois articulados a saber a petição e a contestação estabelecendo que esta só é notificada ao Autor aquando do despacho que designa o dia para julgamento.

Sucede que é nosso entendimento que a admissão do pedido reconvenicional traz a extraordinária vantagem de se apreciar numa única acção o que de contrário terá de ser apreciado em duas, com todo o desperdício de tempo, meios e custos que tal acarreta.

Acresce não existir motivo de justiça material que justifique o tratamento desigual que se consubstancia em admitir a reconvenção em procedimento de injunção instaurado por comerciante contra um outro comerciante e destinado à cobrança de quantia de valor superior a metade da alçada da Relação, mas em rejeitá-la em procedimento de injunção destinado à obtenção do pagamento de importâncias de valor inferior. Importa, ainda, referir que não se vislumbram, no caso dos autos, razões de celeridade que imponham solução diversa.

Por outro lado, a primeira parte do n.º 1 do art. 14.º do Regulamento Harmonizado, com a redação que aqui propomos, tem em vista consagrar, *expressis verbis*, a **possibilidade de o árbitro dispensar a realização de audiência arbitral, depois de ouvidas as partes** (sob pena de violação do princípio da proibição de decisões-surpresa – cf. art. 3.º, n.º 3 do CPC) e **apenas se as mesmas nisso assentirem**, se verificada a hipótese, **taxativa**, de desnecessidade de fase oral para a produção de prova – por toda a prova (documental) necessária à formação completa e esclarecida da convicção do julgador já se encontrar nos autos e/ou a resolução do litígio somente compreender questões de direito – ou para a exposição dos argumentos das partes⁵².

Por último, de acordo com a jurisprudência firmada pelo Ac. do STJ de 26.11.2015, Proc. n.º 538/13.0YRLSB.S1 (Fernanda Isabel Pereira), e pelo Ac. do TRC de 28.06.2019, Proc. n.º 1957/18.0YRLSB.C1 (Arlindo Oliveira), propõe-se uma remissão expressa para a solução normativa da segunda parte do n.º 5 do art. 42.º da LAV (possibilidade de o árbitro decidir que alguma(s) das partes compense(m) a outra(s) pela totalidade ou parte dos custos e despesas razoáveis que esta(s) última(s) demonstre(m) ter suportado por causa da sua intervenção na arbitragem) – n.º 12 –, tornando ainda mais evidente que a regulamentação própria dos litígios arbitrais no que se refere a encargos e a especificidade destes litígios excluem a aplicação das normas do CPC e do RCP aos processos de arbitragem⁵³.

Vejam-se no sentido da admissibilidade da reconvenção na forma processual em causa o parecer do Professor Teixeira de Sousa, no blogue do IPPC (dia 25 de Abril de 2017), o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24.01.2018, publicado em www.dgsi.pt, bem como o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6.06.2017, aí citado”.

⁵² Como já se prevê no Regulamento do CNIACC, no seu art. 14.º, n.º 3, al. a).

⁵³ A este respeito, importa atender à norma do n.º 3 do art. 10.º da Lei RALC, segundo a qual “[a]s entidades de RAL devem ainda assegurar que os procedimentos de RAL são gratuitos ou estão disponíveis para os consumidores contra o pagamento de uma taxa de valor reduzido”,

assinalando que, por força da celebração de Protocolos de Cooperação com a ANACOM, a ERSAR, a ERSE e a AMT (e do financiamento por estes assegurado) – a que se refere o art. 4.º-B da Lei RALC –, os centros de arbitragem de conflitos de consumo com competência genérica instalados em Portugal Continental e na Região Autónoma da Madeira (à exceção do CACCL) não praticam, atualmente, a cobrança de taxas às partes pelos procedimentos de RALC que neles correm termos. Como constata, muito acertadamente, CATARINA FRADE, “A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65, maio 2003, pp. 111-112, “(...) é na menor formalidade processual e no acordo voluntário das partes que reside boa parte da mais-valia da RAL. Celeridade, informalidade, menor custo, consideração dos interesses e dos sentimentos das partes e procura de uma solução em que todos os lados ganham são características particularmente adequadas à resolução de certos litígios (familiares, laborais, de consumo, ambientais, comerciais ou de vizinhança), onde existe uma forte presença da componente de bem-estar pessoal ou comunitário”. E mais à frente, prossegue a mesma autora, afirmando que “[s]ó a atitude inconformista do lesado perante a rejeição da sua queixa pelo lesante faz desencadear os mecanismos institucionais, mais ou menos formalizados, de resolução de conflitos. E é aqui que se faz a opção fundamental quanto ao mecanismo resolutório a adotar. É aqui que, perante as questões de adequação, custos, interrelação, expectativas e acessibilidade se pondera qual o melhor caminho para se conseguir uma solução que responda satisfatoriamente aos interesses em causa” [sublinhados nossos]. Com efeito, se é certo que a cobrança de taxas pode, em muitos casos, influir decisivamente na opção pela resolução do litígio com recurso aos procedimentos de RALC, também não menos verdade – e a nossa experiência prática atesta-o – é que alguns consumidores se servem da gratuidade dos procedimentos para fazerem um uso abusivo dos recursos humanos e materiais do centro de arbitragem de conflitos de consumo, visando com eles, por vezes, suscitar um litígio supérfluo ou vexatório (o que constitui, aliás, fundamento de recusa de tratamento do litígio pelas entidades de RALC – cf. al. b) do n.º 1 do art. 11.º da Lei RALC). Daí que, com respeito pelo que é imposto pelos instrumentos legais (europeu e nacional) aplicáveis, somos partidários da aplicação de taxas de valor reduzido nos procedimentos de RALC tramitados nos centros de arbitragem de conflitos de consumo, que assumam uma função de “taxas moderadoras”, sem colocar em causa o direito de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efetiva (art. 20.º da CRP). A favor da solução proposta se pronunciou JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, 2016, p. 323, para quem “(...) a criação de taxas reduzidas para os procedimentos de resolução alternativa de litígios, com especial enfoque na arbitragem, é a solução que melhor concilia a acessibilidade com a eficácia. Para que esta opção seja compatível com o acesso aos meios de resolução alternativa de litígios, é essencial assegurar a proporcionalidade entre a taxa aplicável e o valor do litígio”. Sobre esta questão controversa, *vide* o recente artigo de TIAGO SOARES DA FONSECA, “Entidades de Resolução Alternativa de

Sentença arbitral (art. 15.º)

Artigo 15.º

(Sentença arbitral)

1 – A sentença arbitral deve conter um sumário, ser fundamentada e conter a identificação das partes, a exposição do litígio e os factos dados como provados e não provados.

2 – A sentença arbitral, cujo original fica depositado no Centro, é notificada às partes com o envio de cópia simples, no prazo máximo de 30 ~~15~~ dias a contar da data da realização da audiência.

3 – (...)

4 – (...)

No que respeita às alterações propugnadas para a redação que o art. 15.º conhece na presente data, defende-se, em primeiro lugar, que, à semelhança do que é imposto pelo n.º 4 do art. 607.º do CPC, inexistente fundamento bastante para se considerar inexigível a declaração, na sentença arbitral, dos factos que se julgam não provados de entre aqueles que hajam sido alegados pelas partes, tendo em consideração o objeto do litígio, para além dos factos que se

Litígios de Consumo (Por um acesso à mediação, conciliação e arbitragem de consumo com custos para as partes)”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem, n.º 17, 2022, pp. 175-236.

encontram em contradição com os julgados provados e dos prejudicados por estes e excluindo aqueles que são meramente conclusivos⁵⁴⁻⁵⁵.

Em segundo lugar, atendendo à tendencial maior complexidade que os litígios de consumo submetidos à jurisdição arbitral veem conhecendo, à qual não é, de todo, alheia a adoção da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto (procedeu à quinta alteração da LDC), entendemos razoável um aumento do prazo para prolação da sentença arbitral em mais 15 (quinze) dias, desta forma se

⁵⁴ Nos dias de hoje, carece de sentido a adoção de uma solução análoga àquela que vigorou até à reforma do CPC operada pelo DL n.º 39/95, de 15 de fevereiro, por via da qual se circunscrevia o dever de fundamentação aos factos considerados provados. Tal como conclui HELENA CABRITA, *A Fundamentação de Facto e de Direito da Decisão Cível*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 209, “(...) se o tribunal nem uma palavra dedicar quanto à fundamentação dos factos não provados, fica-se sem saber a concreta razão na qual o tribunal fundou tal juízo, o que assume particular importância nos casos em que foi produzida prova contraditória quanto ao mesmo facto e é necessário explicitar a razão pela qual um desses meios de prova logrou convencer o tribunal e outro não”.

⁵⁵ A propósito do dever de fundamentação da sentença arbitral a que alude o n.º 3 do art. 42.º e a subalínea vi) da al. a) do n.º 3 do art. 46.º, ambos da LAV, criou-se uma corrente jurisprudencial maioritária nos nossos tribunais superiores, nos termos da qual tal exigência de motivação das decisões arbitrais (emanadas dos tribunais arbitrais de consumo) não corresponde à mesma imposição que é legalmente determinada para a fundamentação das sentenças judiciais (art. 607.º, n.ºs 3 a 5 do CPC). Declarou-se no Ac. do TRP de 28.01.2021, Proc. n.º 298/20.8YRPRT (Aristides Rodrigues de Almeida) que “(...) exigir aos árbitros que *motivem a sua decisão sobre a matéria de facto como o faria ou deveria fazer um juiz togado* seria abrir o caminho à *inutilidade da arbitragem* tantas seriam as possibilidades de obter a anulação da decisão arbitral. Por isso, cremos, a definição da amplitude do dever de fundamentação das decisões arbitrais não pode ser feit[a] de modo absolutamente decalcado do dever sinónimo aplicável às sentenças dos tribunais estaduais; importa ter em conta as especificidades do processo arbitral e os seus objectivos de celeridade, simplicidade e informalidade. Onde essas ideias nos conduzem é algo que deve ser *visto caso a caso*, verificando se a fundamentação tem no caso o *conteúdo mínimo exigível* aferido em função da necessidade de *apreensão do sentido, das razões e do percurso racional seguido pelo árbitro na interpretação dos meios de prova*, mas também da complexidade dos factos em discussão e do volume de prova produzida”. No mesmo sentido, os Acs. do TRC de 09.01.2018, Proc. n.º 191/17.1YRCBR (Jaime Carlos Ferreira), de 21.02.2018, Proc. n.º 194/17.6YRCBR (Fonte Ramos) e de 26.11.2019, Proc. n.º 100/19.3YRCBR.C1 (Carlos Moreira).

promovendo um alinhamento com a solução prevista no n.º 1 do art. 607.º do CPC, aplicável aos tribunais judiciais de 1.ª instância.

Prazos processuais (art. 17.º)

Artigo 17.º

(Prazos processuais)

*Os **procedimentos de RAL** ~~processos de reclamação~~, **individualmente considerados**, não podem ter duração superior a 90 dias, a não ser que o litígio revele especial complexidade, podendo então ser prorrogado no máximo por duas vezes, por iguais períodos, nos termos do n.º 5 e 6 do artigo 10.º da Lei RAL*

No que concerne à alteração apresentada para o art. 17.º, esta prossegue o fito de não deixar margem para dúvidas quanto à aplicação do prazo de 90 dias a cada procedimento de resolução alternativa de litígios de consumo (mediação, conciliação e arbitragem – art. 3.º, al. j) da Lei RALC) – cf. art. 10.º, n.º 5 da Lei RALC –, a única solução que se conforma com a lógica de *multi-step dispute resolution* adotada nos centros de arbitragem de conflitos de consumo nacionais (surgindo a mediação como fase prévia, seguida da conciliação e da arbitragem) e que assegura a exigível proteção ao consumidor⁵⁶.

⁵⁶ Assim, JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, Reimpressão, p. 130. Note-se que o Regulamento do CNIACC já estabelece a compreensão que propomos de forma inequívoca, no seu art. 17.º: “Os procedimentos de resolução alternativa de litígios não podem ter duração superior a 90 dias, a não ser que o litígio revele especial complexidade, podendo então ser prorrogado no máximo por duas vezes, por iguais períodos, nos termos do n.º 5 e 6 do artigo 10.º da Lei RAL” [sublinhado nosso]. Em

abono deste entendimento, o Ac. do TRC de 21.01.2020, Proc. n.º 211/19.5YRCBR (Falcão de Magalhães), em cujo sumário se pode ler o seguinte: “(...) IV – No artº 43º da LAV, além do prazo aí previsto ser o de 12 meses, em lugar dos 90 dias (fora a possibilidade de prorrogação), previstos no Regulamento e no artº 10 da RAL, o início desse prazo conta-se, à luz da LAV, da data de aceitação do último árbitro (ou da aceitação, ainda que tácita, do árbitro único), contando-se, diferentemente, o início do referido prazo de 90 dias, desde a data em que a entidade de RAL receba o processo de reclamação completo. V – Não havendo compatibilização, não só nos prazos neles previstos – um reporta-se à duração do processo e outro ao prazo máximo para notificar a sentença final –, com termos iniciais e duração diversos, o certo é que a cominação da anulação da sentença arbitral só está prevista para o caso de ser notificada às partes depois de decorrido o prazo máximo para o efeito fixado de acordo com o artº 43º da LAV, e, ainda que se aceite, que, por remissão do Regulamento para os nºs 5 e 6 do artº 10º da Lei n.º 144/2015, **o prazo de 90 dias** (a que acrescerá a prorrogação, sendo esse o caso), **este prazo só deve contar da data da aceitação do último árbitro (ou do árbitro único), por ser esse o único termo “a quo” que, com respeito a essa notificação, está prevista (nº 1 do artº 43º da LAV) para contabilizar o prazo cujo excesso tem como consequência a inevitável anulação da sentença arbitral**” [negrito nosso]. Com interesse, *vide*, também, o Ac. do TRP de 28.01.2021, Proc. n.º 298/20.8YRPRT (Aristides Rodrigues de Almeida), onde se fez consignar o seguinte, a propósito do prazo previsto no art. 17.º do Regulamento (Harmonizado) do CICAP: “Questão diferente é a que se prende com o *prazo do artigo 17.º do Regulamento* em análise. Resulta expressamente da redacção da norma que o prazo que ela assinala é um *prazo máximo para a conclusão dos processos de reclamação*, característica que de facto aproxima a norma do artigo 43.º da Lei da Arbitragem Voluntária porque, como vimos, também esta fixa um *prazo máximo para a conclusão do processo arbitral*. Essa constatação obriga a perguntar se apesar da notória diferença entre os dois prazos a violação de qualquer deles deve importar a *mesma consequência*, isto é, o termo automático do processo arbitral e a anulabilidade da sentença arbitral que apesar desse termo haja sido proferido; e se nos processos instaurados no Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto se deve entender que o prazo do artigo 43.º da Lei da Arbitragem Voluntária se encontra *substituído* pelo prazo do artigo 17.º do respectivo Regulamento para efeitos de possível *anulação da decisão* arbitral. Não parece defensável *misturar* ambos os preceitos, regulamentar e legal, para alcançar uma redacção conjugada e através dela uma disposição que não se encontra numa nem noutra das normas, isto é, que valeria o prazo de 90 dias (do artigo 17.º do Regulamento) mas contado da aceitação do último perito (como o prazo do artigo 43.º da Lei da Arbitragem Voluntária). O que não obsta a que seja necessário saber como se conta o prazo do artigo 17.º do Regulamento, questão que passará pela *interpretação e integração* do próprio Regulamento. A primeira questão suscitada emerge desde logo da *enorme diferença entre os prazos*: no primeiro caso, *12 meses, prorrogáveis por iguais períodos, uma ou mais vezes*, por decisão fundamentada que pode não estar associada à complexidade do processo; no segundo caso, *3 meses, prorrogáveis por igual período apenas até duas vezes* e apenas em situações de especial complexidade. Para compreender

essa diferença convém estabelecer a distinção necessária entre *processo arbitral* e *procedimento de resolução alternativa de conflitos (RAL)*. Os processos arbitrais são aqueles que se integram na competência dos tribunais arbitrais e se encontram regulados pela *Lei da Arbitragem Voluntária* e pelos estatutos dos respectivos tribunais no caso de a arbitragem funcionar no âmbito de um Tribunal Arbitral já constituído. Estes processos podem variar muito de complexidade, pela dificuldade, diversidade e natureza das questões a decidir ou pelas exigências de produção de prova que essa decisão demanda. Para as questões que envolvem relações de consumo e consumidores foram criados específicos *meios de resolução alternativa de litígios* através da *Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro*, que transpõe a Directiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo e o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo. Os procedimentos de resolução extrajudicial de litígios de consumo podem envolver a mediação, a conciliação, e a arbitragem. Todavia, em qualquer caso, são procedimentos que se devem orientar segundo princípios de eficácia, disponibilidade, acessibilidade e celeridade (artigos 10.º e seguintes). Não estabelecendo a lei o contrário, deve entender-se que os processos arbitrais estão sujeitos aos prazos estabelecidos na *Lei da Arbitragem Voluntária* e que os procedimento de resolução alternativa de conflitos (RAL) aos prazos estabelecidos na *Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro*, na medida em que embora qualquer deles vise a resolução dos conflitos fora dos tribunais estaduais se tratam de mecanismos de resolução distintos que possuem regimes jurídicos específicos. Naturalmente quando o procedimento de resolução alternativa de conflitos compreende a realização da arbitragem deve aplicar-se a essa fase do procedimento as regras e as normas da *Lei da Arbitragem Voluntária*. Enquanto o artigo 43.º *define expressamente a consequência da ultrapassagem do prazo* para a conclusão do processo arbitral com a notificação da sentença às partes, estabelecendo que essa circunstância «põe automaticamente termo ao processo arbitral, fazendo também extinguir a competência dos árbitros para julgarem o litígio que lhes fora submetido, sem prejuízo de a convenção de arbitragem manter a sua eficácia, nomeadamente para efeito de com base nela ser constituído novo tribunal arbitral e ter início nova arbitragem», a *Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro, não fixa qualquer consequência para a ultrapassagem do prazo máximo* para a decisão do procedimento estabelecido no respectivo artigo 10.º. Ora a *redacção do artigo 17.º do Regulamento do Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto remete expressamente para a redacção do referido artigo 10.º da Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro*, ao estabelecer que os processos de reclamação não podem ter duração superior a 90 dias, a não ser que o litígio revele especial complexidade, podendo então ser prorrogado no máximo por duas vezes, por iguais períodos, nos termos do n.º 5 e 6 do artigo 10.º da referida Lei. Daí que, nem directamente através do respectivo clausulado, nem indirectamente através da remissão para a *Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro*, o Regulamento estabeleça qualquer *consequência* para a ultrapassagem daquele prazo. Nesse contexto, sendo certo que a *caducidade* é uma forma de extinção do processo de resolução do conflito fora dos tribunais estaduais que tem de estar

Legislação aplicável (art. 19.º)

Artigo 19.º

Legislação aplicável

1- (...)

2- (...)

3 – *Para além dos diplomas legais referidos nos números anteriores, em tudo o que não estiver previsto no presente Regulamento aplicam-se, sucessivamente, a Lei da Arbitragem Voluntária e o Código de Processo Civil.*

Uma derradeira e mais aturada consideração se impõe acerca de uma diferença relevante e que salta à vista na redação que toma a norma do n.º 3 do art. 19.º do regulamento de cada um dos centros de arbitragem de conflitos de consumo. Se, por um lado, os regulamentos do CIAB⁵⁷, do CICAP⁵⁸, do CACRC⁵⁹ e do CACCL⁶⁰ preveem que, em caso de omissão, se aplica,

consagrada na lei ou na convenção de arbitragem, entendemos que não estando fixada qualquer consequência para a ultrapassagem do prazo do artigo 17.º do Regulamento do Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto este é um mero prazo regulador ou disciplinador do procedimento, que tem por objectivo imprimir celeridade ao procedimento e cujo cumprimento pode determinar consequências relativamente à diligência com que o árbitro exerce as suas funções e/ou à inscrição do Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto junto da Direcção-Geral do Consumidor na lista de entidades de RAL. A consequência do encerramento automático do processo arbitral relativamente a um procedimento que corra termos no Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto apenas ocorrerá quando este procedimento incluir a realização de arbitragem e o seu curso se prolongue para além do prazo do artigo 43.º da Lei da Arbitragem Voluntária, isto é, quando o procedimento, mais do que ter excedido o prazo 3 meses do artigo 17.º do Regulamento, se prolongue mesmo por mais de 12 meses a que a Lei da Arbitragem Voluntária associa aquela consequência”.

⁵⁷ Disponível em <https://www.ciab.pt/pt/regulamentos>.

⁵⁸ Disponível em <https://www.cicap.pt/cicap/estatutos-e-regulamentos/>.

⁵⁹ Disponível em <https://cacrc.pt/images/pdf/REGULAMENTO.pdf>.

⁶⁰ Disponível em <http://www.centroarbitragemlisboa.pt/files/Regulamento.pdf>.

subsidiariamente e “com as devidas adaptações”, o Código de Processo Civil⁶¹, já os regulamentos do TRIAVE, do CIMAAL⁶² e do CNIACC não estatuem o recurso às regras e princípios da lei processual civil “em tudo o que não estiver previsto” no Regulamento Harmonizado.

Nesta controvérsia sobre a aplicabilidade do CPC à arbitragem de conflitos de consumo, posicionamo-nos a favor de uma aplicação, de último grau, da lei adjetiva comum, ainda que adaptada “à natureza marcadamente abreviada e informal do procedimento arbitral”, como dispõe, com particular acerto, a regra do n.º 2 do art. 32.º do Regulamento do CIMPAS⁶³.

Não se ignora que, como salienta MANUEL PEREIRA BARROCAS⁶⁴, “[o] Código de Processo Civil, tal como qualquer outra lei processual, nacional ou estrangeira, não foi pensado, elaborado e publicado para regular a arbitragem em geral e o processo arbitral em particular, sob pena de se transpor para a arbitragem a complexidade, quando não discussões doutrinárias e jurisprudenciais que não têm a ver com a arbitragem, desvirtuando e retirando as vantagens que lhe são próprias”. Afinal, “[a] jurisdição arbitral funda-se em

⁶¹ E assim, também, o Regulamento Harmonizado de Arbitragem dos Centros de Arbitragem de Competência Genérica disponível no sítio da *internet* da DGC.

⁶² Regulamento do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve disponível em:
https://www.consumidoronline.pt/uploads/files/Regulamento_de_Arbitragem_do_Centro_d_e_Arbitragem_de_Conflitos_de_Consumo_do_Algarve_.pdf.

⁶³ Disponível em https://www.cimpas.pt/files/files/Regulamento_CIMPAS.pdf. Em sentido contrário, considerando que a aplicação subsidiária do CPC, embora “admissível”, é “contrária ao espírito da arbitragem em geral e da arbitragem de consumo em particular”, JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, Reimpressão, pp. 194-196.

⁶⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A Prova do Processo Arbitral”, Separata da Obra “IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)”, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 147-174, em especial pp. 151-152.

juízos de equidade e na extrema simplificação e agilização dos procedimentos, recortando-se como uma forma de resolução de litígios em modo *simplex*, ao passo que a jurisdição estadual assenta no rigor do estrito cumprimento da lei processual e na absoluta salvaguarda de todas as garantias do pleno exercício das mais amplas faculdades processuais, de que *não abre mão* em circunstância alguma”⁶⁵.

Sem prejuízo do que antecede e, ainda, do disposto no n.º 3 do art. 30.º da LAV⁶⁶, propugnamos que a certeza e da segurança jurídicas na aplicação do

⁶⁵ Ac. do TRP de 07.02.2017, Proc. n.º 292/16.3YRPRT (Rodrigues Pires).

⁶⁶ Que dispõe nos seguintes termos: “[n]ão existindo tal acordo das partes [sobre as regras do processo a observar na arbitragem] e na falta de disposições aplicáveis na presente lei, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, definindo as regras processuais que entender adequadas, devendo, se for esse o caso, explicitar que considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente [i.e., o Código de Processo Civil]”. Contra a escolha das regras do Código de Processo Civil, por reputar de “contraditória com a natureza alternativa da arbitragem”, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª edição, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2022, p. 235: “Uma das vantagens deste meio de resolução alternativa de litígios é, precisamente, a possibilidade de criar regras processuais flexíveis, quase casuísticas, que permitam um tratamento célere e adequado do caso. Um dos dilemas do processo civil é ser uma forma rígida, onde têm de caber todos os casos da vida, independentemente das suas diferentes características. É certo que o atraso crónico dos tribunais portugueses tem diversas justificações, mas uma delas – e de importância não desprezável – é precisamente o conjunto rígido, formalista e ancestral de regras que os regem. Foi, aliás, precisamente com esta razão que se introduziu no Código de Processo Civil a regra da gestão processual.

De acordo com o dever de gestão processual, hoje consagrado no artigo 6.º do Código de Processo Civil e o princípio da adequação formal constante do artigo 547.º do mesmo Código, o juiz, enquanto diretor do processo, tem o dever de adotar a tramitação processual adequada à causa, adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, garantir que não são praticados atos inúteis e adotar os mecanismos de agilização processual previstos na lei.

Este dever de gestão processual estabelece um poder-dever que consiste na obrigação de o juiz fazer uma aplicação criteriosa das regras processuais. O juiz fica obrigado a uma reflexão

Direito reclamam que, na ausência de solução aplicável prevista na Lei RALC, na Lei da Mediação⁶⁷ (aplicável ao procedimento de RALC de mediação) ou na LAV (aplicável ao procedimento de RALC de arbitragem), se imponha aos colaboradores das entidades de RALC responsáveis por cada um dos procedimentos a convocação e observância das regras e princípios postulados no CPC, ainda que despojados dos formalismos próprios e específicos de uma lei que rege o processo perante os tribunais estaduais.

A aplicação da lei processual civil reveste particular interesse na verificação dos pressupostos processuais de que depende a regularidade da instância arbitral, seja os relativos ao próprio tribunal arbitral, e.g. competência em razão do valor (arts. 296.º e ss. do CPC), seja os relativos às partes, e.g. personalidade e capacidade judiciárias (arts. 11.º e ss. e 15.º e ss. do CPC), seja, ainda, os relativos ao próprio objeto da demanda arbitral, e.g. aptidão da reclamação (art. 186.º do CPC) e inexistência de litispendência e de caso julgado (arts. 577.º, al. i), 580.º, 581.º e 582.º, todos do CPC), seguindo-se aqui de perto SARA LOPES FERREIRA, em apresentação feita no *webinar* “A importância e a intervenção dos advogados no processo arbitral de consumo”⁶⁸.

Mas não só. Também algumas disposições relativas à prática dos atos processuais devem ser, a nosso ver, atendidas e respeitadas pelo árbitro na

crítica sobre toda a tramitação e todo o ato, tendo de os analisar em função do que é mais adequado a atingir com rapidez e justiça a solução para aquele caso”.

⁶⁷ Aprovada pela Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que conserva, até ao momento, a sua redação originária.

⁶⁸ *Webinar* sobre “A importância e a intervenção dos advogados no processo arbitral de consumo”, promovido pelo CIAB – Tribunal Arbitral de Consumo e pela Delegação de Barcelos da Ordem dos Advogados, com o apoio do Município de Barcelos, realizado em 13.05.2021. Para mais informações: <https://www.cm-barcelos.pt/2021/04/webinar-sobre-a-importancia-e-a-intervencao-dos-advogados-no-processo-arbitral-de-consumo/> [consultado em 18 de agosto de 2022].

condução do processo arbitral. É o caso do princípio da proibição da prática de atos inúteis (art. 130.º do CPC), da alegação e prova de “justo impedimento” pela parte ou seu representante ou mandatário que obste à prática atempada do ato ou à presença na audiência arbitral, cuja marcação, por norma, não é antecedida de acordo prévio das partes, seja por contacto direto do tribunal, seja com a intermediação do secretariado do tribunal (arts. 139.º, n.º 4, 140.º, 151.º, n.ºs 2 e 3 e 603.º, n.º 1, todos do CPC), ou de disposições atinentes à instrução do processo, como a inexigibilidade de alegação e prova dos factos públicos e notórios (art. 412.º do CPC), o critério de julgamento em caso de dúvida sobre a realidade de um facto (art. 414.º do CPC), a prova por apresentação de coisas móveis ou imóveis (art. 416.º do CPC), a prova por depoimento de parte e por declarações de parte, a prova por inspeção e a prova testemunhal (arts. 452.º e ss., art. 466.º, arts. 490.º e ss. e arts. 495.º e ss., todos do CPC, com as devidas adaptações, impostas pelo facto de o tribunal arbitral não possuir a “*potestas* inerente e característico do poder judicial”⁶⁹), ou mesmo respeitantes à sequência dos atos a praticar na audiência de julgamento (art. 604.º, n.º 3 do CPC).

⁶⁹ MARIA TERESA DOS SANTOS VIDEIRA, “A intervenção dos tribunais estaduais na arbitragem voluntária”, Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica – Especialidade de Direito da Empresa, sob orientação da Professora Doutora Elsa Dias Oliveira, FDUL, 2018, p. 62. É esta falta de *ius imperii*, expressa de forma eloquente pela célebre formulação cunhada pelo Ac. do TC n.º 230/86, de 12.09.1986, Proc. n.º 178/84 (José Martins da Fonseca) – “os tribunais arbitrais não são tribunais como os outros” –, que determina o facto de os tribunais arbitrais (i) não terem competência executiva (como se depreende, desde logo, do artigo 47.º, n.º 1 da LAV); (ii) não terem competência para aplicar multas (sendo controvertido que possam aplicar sanções pecuniárias compulsórias, pelo menos nos termos da lei portuguesa – artigo 829.º-A do CC); (iii) não poderem exigir o juramento de quem for chamado a depor; (iv) não poderem forçar uma determinada pessoa a comparecer perante si, nem condenar uma testemunha por depoimento falso; e (v) verem-se, por vezes, constringidos em recorrer ao tribunal estadual em matéria de obtenção de provas (documental, testemunhal e/ou pericial – artigo 38.º da LAV) – cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 68.

Por último, sem embargo do disposto no n.º 2 do art. 10.º da Lei RALC, considerando que, paulatinamente, demandados e, sobretudo, demandantes vêm tomando consciência da importância que, amiúde, reveste a constituição de mandatário forense em prol da melhor tutela da sua posição jurídica no litígio, importa levar em consideração, no sentido do texto, que os advogados e os solicitadores trabalham quotidianamente com o CPC e têm a sua *formamentis* moldada pela lei adjetiva comum.

CARLOS FILIPE COSTA

Bibliografia

- AA.VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, coord. DÁRIO MOURA VICENTE, 3.^a edição, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2017, ISBN 978-972-40-6952-4
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, ISBN 978-972-40-2548-3
- ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, ISBN 978-972-40-7770-3
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA, “A Prova do Processo Arbitral”, Separata da Obra “IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)”, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 147-174
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Lei de Arbitragem Comentada*, 2.^a edição, Coimbra, Almedina, 2018, ISBN 978-972-40-7584-6
- CABRITA, HELENA, *A Fundamentação de Facto e de Direito da Decisão Cível*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, ISBN 978-972-32-2311-8
- CARVALHO, JORGE MORAIS, CARVALHO, JOANA CAMPOS, “Problemas Jurídicos da Arbitragem e da Mediação de Consumo”, in *RED – Revista Eletrónica de Direito*, fevereiro de 2016 – n.º 1, pp. 1-32, disponível *online* em https://cije.up.pt//client/files/0000000001/3_642.pdf
- CARVALHO, JORGE MORAIS, PINTO-FERREIRA, JOÃO PEDRO, CARVALHO, JOANA CAMPOS, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, Reimpressão, ISBN 978-972-40-7203-6
- CEBOLA, CÁTIA MARQUES, “Revisitar os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo em Portugal: evolução recente e tendências de digitalização”, *Revista Jurídica Portucalense*, N.º Especial, Vol. III – Direito Processual Civil – Os Desafios do Desenvolvimento Sustentável Global e Digital, Universidade Portucalense, Porto, 2022, pp. 23-48, disponível *online* em <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/26285/19734>
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro*, Coimbra, Almedina, 2015, ISBN 978-972-40-6160-3

- COSTA, CARLOS FILIPE, “Litígio entre utente e concessionária de autoestrada: conflito de consumo?”, *Revista Data Venia*, Ano 10, n.º 13, junho de 2022, pp. 235-242, ISSN 2182-8242, disponível *online* em https://datavenia.pt/ficheiros/edicao13/datavenia13_p235_242.pdf
- DIAS, ANA FRANCISCA PINTO, “A Responsabilidade Civil dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo: Algumas pistas de reflexão”, in *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 4, 2022, pp. 226-246, disponível *online* em <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2022/a-responsabilidade-civil-dos-centros-de-arbitragem-de-conflitos-de-consumo-algumas-pistas-de-reflexao-ana-francisca-pinto-dias/>
- DIAS, ANA FRANCISCA PINTO, CAPELO, MARIA JOSÉ, “Arbitragem de Conflitos de Consumo: Questões Práticas”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 17, 2021, CDC, FDUC, pp. 331-361, disponível *online* em https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_17_completo.pdf
- DUARTE, PAULO, «A chamada “arbitragem necessária” de “litígios de consumo” no domínio dos serviços públicos essenciais: âmbito, natureza e aspectos processuais”, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, 2016, pp. 452-469
- DUARTE, PAULO, “O conceito de consumidor segundo o art. 2º/1 da Lei de Defesa do Consumidor”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXV, 1999, pp. 649-703, ISSN 0303-9773
- FONSECA, PAULO JORGE QUINTAIS CANCELADA, “A Arbitragem e a Mediação. Os desafios do novo regime de resolução alternativa de litígios”, in *Estudos de Direito do Consumo*, coord. geral RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, CARLOS LACERDA BARATA, AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 447-461, ISBN 978-972-629-090-2
- FONSECA, TIAGO SOARES DA, “Entidades de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo (Por um acesso à mediação, conciliação e arbitragem de consumo com custos para as partes)”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem, n.º 17, 2022, pp. 175-236

- FRADE, CATARINA, “A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65, maio 2003, pp. 107-128
- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a edição, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2022, ISBN 978-972-40-5570-1
- MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO PINTO, SILVA, ARTUR FLAMÍNIO DA, MIRANTE, DANIELA, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2019, ISBN 978-972-40-7965-3
- PINTO, PAULO MOTA, “Conformidade e Garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n.º 2, 2000, pp. 197-331
- PINTO-FERREIRA, JOÃO PEDRO, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.º 144/2015”, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, 2016, pp. 310-332
- PISSARRA, NUNO ANDRADE, “Audiências judiciais por videoconferência no processo civil”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LXI (XXXIII da 2.^a Série), janeiro-dezembro 2020, n.º 1-4, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 167-182
- REGO, CARLOS LOPES DO, “Os princípios orientadores da reforma do Processo Civil em curso: o modelo de acção declarativa”, in *Julgar*, n.º 16, 2012, pp. 99-129
- SILVA, ANA MARGARIDA RODRIGUES FERREIRA DA, “A arbitragem de consumo nos ordenamentos jurídicos português e espanhol. Estudo comparado”, Tese de Doutoramento apresentada no âmbito do programa de doutoramento “Gestión y Resolución de Conflictos. Menores, Familia y Justicia Terapéutica”, sob orientação dos Professores Doutores Pablo Grande Seara e Jorge Morais Carvalho, Universidade de Vigo, Escola Internacional de Doutoramento, 2020, disponível *online* em <http://www.investigacion.biblioteca.uvigo.es/xmlui/handle/11093/1519>
- SOUSA, LUÍS FILIPE PIRES DE, “Julgamento presencial *versus* julgamento com telepresença: a pandemia e o futuro”, in *Julgar*, n.º 44, maio-agosto 2021, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 13-31

- TRINDADE, JOÃO CARLOS PIRES, “Resolução Alternativa de Litígios de Consumo: Papel do Juiz Árbitro”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. V, N.º 22, junho 2016, p. 127, pp. 117-138, disponível *online* em <http://www.cjlp.org/materias/Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo n. 22.pdf>
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “Arbitragem de Conflitos de Consumo: Da Lei n.º 31/86 ao Anteprojecto de Código do Consumidor”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, coord. LUÍS MENEZES LEITÃO, Vol. III, FDUL, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 75-92
- VIDEIRA, MARIA TERESA DOS SANTOS, “A intervenção dos tribunais estaduais na arbitragem voluntária”, Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica – Especialidade de Direito da Empresa, sob orientação da Professora Doutora Elsa Dias Oliveira, FDUL, 2018, disponível *online* em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/38766/1/ulfd138887_tese.pdf

Vendas para Descendentes No Direito Português:

BREVE GENEALOGIA E ESTUDO DA NORMA

Renato de Mello Gomes dos Santos

Advogado

Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa

RESUMO: Embora a Constituição garanta de forma expressa o direito à propriedade privada e sua transmissão em vida ou por morte, há certas limitações a serem respeitadas. Em especial, esse artigo estuda a necessidade de consentimento para a realização de venda de bens de ascendentes para descendentes. Veremos que a regra do artigo 877º do Código Civil tem cinco séculos de raízes jurídicas, históricas e culturais que influenciaram os demais países lusófonos. Para além disso, não obstante alguns pensamentos divergentes, há fundamento teleológico para sua aplicação no sistema jurídico português.

PALAVRAS CHAVE: Venda para descendentes; limitações ao direito de transferência de propriedade privada; genealogia da norma; direito lusófono comparado.

ABSTRACT: Although the Constitution of the Portuguese Republic explicitly expresses the right to private property and its transference in life or death, there are certain restrictions to be respected. In particular, this article studies the need for consent to the sale of goods from ascendants to descendants. We will see that the rule of article 877º of the Portuguese Civil Code has five centuries of legal, historical and cultural roots that that influenced the other lusophone countries. Moreover, despite some divergent opinions, there is a teleological basis for its application in the portuguese legal system.

KEYWORDS: Sale to descendants; restraints on transferring private property; genealogy of the norm; lusophone law.

Vendas para Descendentes No Direito Português:

BREVE GENEALOGIA E ESTUDO DA NORMA

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 62º.1, garante de forma expressa o direito à propriedade privada e sua transmissão em vida ou por morte.ⁱ Por outro lado, o artigo 877º do Código Civil Português exige a necessidade de consentimento para a realização de venda de ascendentes para descendentes.

Ao estudar a genealogia dessa norma restritiva, observamos que o curioso dispositivo legal atravessou os séculos e encontra-se profundamente enraizado no processo histórico-legislativo dos países lusófonos.

Com pouquíssimas alterações, a regra do artigo 877º pode ser notada — pelo menos — desde as Ordenações Manuelinas (aproximadamente no ano de 1512). Estava presente também nas Ordenações Filipinas (aproximadamente no ano de 1595); no Código Seabra – Código Civil já revogado de 1867; e chegou até o atual o Código Civil de 1966.

Por certo, importa recordar que as ordenações não foram codificações tal qual as que viemos a conhecer na Europa ocidental a partir do século XIX, em especial, depois do Código Civil Francês de 1804 (*Code Napoléon*). Consistiram, a princípio, em compilações de precedentes e leis esparsas em vigor na altura. Por isso, não é possível precisar quando a necessidade de consentimento tenha surgido.ⁱⁱ Não se ignora que alguns autores especulem que essa disposição possa ter origem no direito romano ou no visigótico.ⁱⁱⁱ Contudo, por limitações de

tempo, a pesquisa optou por retroagir até o século XVI que oferece fontes abundantes.

Vejam, portanto, as Ordenações Manuelinas e Filipinas com grafia parcialmente atualizada para facilitar a compreensão:

Ordenações Manuelinas^{iv}

Livro 4 Título LXXXII - Das vendas que se fazem por algumas pessoas a seus filhos ou netos.

Por evitarmos muitos enganos e demandas, que se causam e podem causar das vendas, que algumas pessoas fazem a seus filhos, ou netos, ou outros descendentes, determinamos, que pessoa alguma não faça venda alguma, nem troca que desigual seja, a seu filho, ou neto, ou outro descendente, sem consentimento dos outros filhos, ou netos, ou descendentes, que houverem de ser herdeiros do dito vendedor; e não lhe querendo dar o dito consentimento aquele que assim quiser fazer a dita venda ou troca, no-lo fará saber, e sendo nós informado da causa, por que quer fazer a dita venda ou troca ao seu filho, ou descendente, e assim da causa por que os ditos filhos ou descendentes lhe não querem dar o dito consentimento, Nós lhe Daremos licença que a possa fazer; e fazendo a tal venda ou troca sem consentimento dos ditos filhos, ou sem nossa expressa licença, a tal venda ou troca será nenhuma, e de nenhum efeito, e por morte do dito vendedor será a dita cousa, que assim for vendida ou trocada, partida entre os seus descendentes, que seus herdeiros forem, como que estivera em poder do dito vendedor, e fora sua ao tempo de sua morte, sem por ele pagarem preço algum a aquele que comprou.

Ordenações Filipinas^v

Livro 4 Título XII - Das vendas e trocas, que alguns fazem com seus filhos ou netos

Por evitarmos muitos enganos e demandas, que se causam e podem causar das vendas, que algumas pessoas fazem a seus filhos, ou netos, ou outros descendentes, determinamos, que ninguém faça venda alguma a seu filho, ou

neto, nem a outro descendente, nem outrossim faça com os sobreditos troca, que desigual seja, sem consentimento dos outros filhos, netos ou descendentes, que houverem de ser herdeiros do dito vendedor.

E não lhe querendo dar o consentimento, o que quiser fazer a venda, ou troca, nol-o fará saber; e sendo Nós informado da causa, por que a quer fazer, e da causa por que os filhos, ou descendentes lhe não querem dar consentimento. Nós lhe daremos licença que a possa fazer, parecendo-nos justo; e fazendo a tal venda, ou troca sem consentimento dos filhos, ou sem nossa expressa licença, será nenhuma e de nenhum efeito. E por morte do vendedor, a cousa que assim for vendida, ou trocada, será partida entre os seus descendentes, que seus herdeiros forem, como que estivera em poder do vendedor, e fora sua ao tempo de sua morte, sem por isso pagarem preço algum ao que a comprou.

Em 1867, com o Código Seabra, a proibição de venda à descendentes passou a ser apenas em face dos filhos e netos. O suprimento da vontade, por sua vez, era conferido por um conselho de família. Assim encontrava-se previsto, com grafia atualizada:

Código Civil Português de 1867

Art. 1565º Não podem vender a filhos, ou netos, os pais ou avós se os outros filhos ou netos não consentirem na venda.

§ único. Se algum filho deles recusar o seu consentimento, poderá este ser suprido por um conselho de família que para esse fim será convocado.

Finalmente, o Código Civil de 1966 (ainda em vigor) manteve a proibição e estabeleceu que era caso de anulabilidade. Vejamos:

Código Civil

Art. 877.º (Venda a filhos ou netos)

1. Os pais e avós não podem vender a filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda; o consentimento dos descendentes, quando não possa ser prestado ou seja recusado, é susceptível de suprimento judicial.

2. A venda feita com quebra do que preceitua o número anterior é anulável; a anulação pode ser pedida pelos filhos ou netos que não deram o seu consentimento, dentro do prazo de um ano a contar do conhecimento da celebração do contrato, ou do termo da incapacidade, se forem incapazes.

3. A proibição não abrange a dação em cumprimento feita pelo ascendente.

Ao cotejar os textos, pode-se aferir que há três elementos que sempre foram coincidentes: (i) a vedação da conduta, (ii) a possibilidade de consentimento por parte dos descendentes e, (iii) a possibilidade de suprimento da vontade na ausência de consentimento.

O suprimento de vontade, com efeito, depende da prova que não se está diante de uma doação simulada.^{vi} Hoje, o suprimento de vontade está a cargo do poder judicial. Contudo, no antigo sistema das ordenações, o suprimento da vontade ocorria mediante alvará régio, eis que naquela altura não havia a divisão de poderes que mais tarde foi inaugurada na Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822. Durante a vigência do Código Seabra, o controle era realizado por um “conselho familiar”. A ação de suprimento de consentimento estava regulada no artigo 485º do Código de Processo Civil então vigente (1876). E, nesta criativa solução, o conselho familiar era presidido por um juiz e contava com 3 familiares indicados por cada uma das partes.^{vii}

DIREITO LUSÓFONO

Do ponto de vista do direito comparado, é interessante observar que a vedação da venda descendentes é uma previsão tipicamente portuguesa. Não se

encontram exemplos de outros sistemas jurídicos com disposições semelhantes fora do mundo lusófono.

Em breve consulta às legislações de Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe — países nos quais o Código Civil Português de 1966 continua a vigorar integral ou parcialmente — o teor do artigo 877º não foi alterado. Até mesmo Timor-Leste que aprovou um novo Código Civil pela Lei 10/2011, de 14 de setembro de 2011 manteve artigo com redação idêntica à do artigo 877º no seu artigo 811º.^{viii}

Já em Goa, Damão e Diu, territórios que compuseram a antiga Índia Portuguesa, boa parte do Código Seabra ainda está em vigor por força do “Goa, Daman and Diu Administration Act de 1962”. E, conforme determina o artigo 348 da Constituição indiana^{ix} o texto normativo foi traduzido para o inglês.^x

Article 1565 – Sale to children or grand children.— Parents or grand parents shall not be entitled to sell or mortgage to children or grand children if the other children or grand children do not consent to the sale or mortgage.

§ Sole paragraph - If any of them refuses the consent or is incapable of granting the same or it is not possible to obtain such consent, the consent may be made good through family council constituted and summoned for this purpose in the manner set out in Article 207.^{xi}

O Código Civil do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, contudo, seguiu caminho diverso. O texto aprovado, pelo Decreto-Lei n.º 39/99/M, de 3 de agosto, tem disposições com redação idêntica ao texto do Código Civil Português sobre a compra e venda. Porém, preferiu excluir a restrição da venda para filhos e netos.^{xii}

No Brasil, as Ordenações Filipinas, em parte, vigoraram até 1917,^{xiii} portanto, mais até do que em Portugal. Certo é que a limitação sofreu inúmeras críticas da doutrina ao longo do tempo. THEODOMIRO DIAS, por exemplo, ao comentar o tema, se expressou com preconceito e deselegância:

“preceito obsoleto, rançoso, carunchosa velharia portuguesa, lusitanismo inútil, exdruxularia arcaica, que não aparece em nenhum outro Código, a não ser no português, aferrado ao pirrônico apego a um passado anacrônico”.^{xiv}

TEIXEIRA DE FREITAS ao redigir o § 1º do artigo 582 da Consolidação das Leis Civis fez constar a regra que vigia nas Ordenações.^{xv} No entanto, o autor era contra o dispositivo e chegou a propor regra oposta no Esboço do Código Civil Brasileiro.^{xvi} Porém, em que pesem as críticas, a regra manteve-se prevista no Código Civil brasileiro de 1916^{xvii} e continuou no Código Civil de 2002.

Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.

FUNDAMENTOS TELEOLÓGICOS

Como vimos, a Constituição da República Portuguesa garante o livre direito de transmissão da propriedade. Ocorre que o próprio dispositivo constitucional refere que a propriedade privada deve ser garantida "nos termos da Constituição". Isso significa que o direito de propriedade não é absoluto e, para “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, submete-se a limites como está claro no artigo 18º da Constituição.^{xviii}

Art. 18º. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

No que toca ao direito sucessório, o direito português é particularmente recheado de limitações. Existem vedações, por exemplo, para dispor a favor da

pessoa com quem o testador cometeu adultério. E, até do médico ou enfermeiro que tratou o testador, ou do sacerdote que lhe prestou assistência espiritual.^{xix}

De forma ainda mais ampla, a legislação prevê um sistema cogente de limitações que engloba quinhões e partes que são disponíveis ou indisponíveis para o testador.^{xx}

Ora, na evolução normativa do artigo 877º, ao longo de cinco séculos, é possível perceber a manutenção lógica de sua *ratio juris* original, qual seja, evitar simulação de venda com o objetivo de diminuir o patrimônio da herança e fraudar as limitações sobre os quinhões. O caráter teleológico reconstituído a partir do pensamento legislativo^{xxi} do dispositivo resta evidente. Desde as Ordenações Manuelinas, buscava-se evitar “*muitos enganos e demandas, que se causam e podem causar das vendas, que algumas pessoas fazem a seus filhos, ou netos, ou outros descendentes*”.

Apesar da longa tradição na legislação portuguesa, GALVÃO TELLES (elaborador do projeto do Código Civil Português em vigor) era desfavorável à proibição de um ato pela simples possibilidade de que pudesse ser simulado. Acreditava o professor que se constituía em “grave restrição à liberdade contratual” e que seria mais razoável que os interessados lesados fossem em juízo buscar a anulação do ato.^{xxii}

No Brasil, MELLO entende em sentido completamente diverso e sustenta que com “a necessidade de anuência destes [herdeiros necessários] há uma fiscalização prévia que pode evitar demandas futuras”.^{xxiii}

Sob o ponto de vista da prevenção acima aludido, julgamos pertinente uma concisa abordagem sobre a eficiência econômica da norma.

Uma vez que se esteja de acordo com a premissa de que existem limitações quanto a quinhões e partes legítimas, trata-se de avaliar se é mais eficiente para as partes e para a sociedade proibir a venda para os descendentes (controle *ex ante*) ou exigir que os bens sejam levados à colação para necessária verificação judicial de possível simulação. (controle *ex post*).^{xxiv}

Aqui, os custos de controle *ex post* parecem relevantes. No mínimo, haveria necessidade desembolsar valores com advogados, taxas de justiça e sucumbência. Assim, de plano, o resultado financeiro tende a ser menor para as partes. Para além disso, há sempre o custo de oportunidade da demora no encerramento de um processo judicial e eventuais gastos e dificuldades com perícias e avaliações de bens que podem ter sido alienados há bastante tempo. Visto dessa maneira, o controle *ex ante*, ao menos aparenta ser mais eficiente do ponto de vista econômico-jurídico.

CONCLUSÃO

Como já referido, a Constituição garante o direito à propriedade privada e sua transmissão em vida ou por morte. Por outro lado, o Código Civil exige a necessidade de consentimento para a realização de venda de ascendentes para descendentes.

Face ao exposto, vimos que as restrições hoje previstas no art 877º do Código Civil Português têm raízes jurídicas, históricas e culturais que atravessam cinco séculos. Não obstante alguns pensamentos divergentes, ainda há fundamento teleológico para sua aplicação no sistema jurídico português. Entende-se desta forma, pois a norma intenciona prevenir a simulação e, assim, manter a paz social no seio das famílias e na sociedade. Também indica ser uma norma cuja prevenção seria eficiente do ponto de vista econômico.

RENATO DE MELLO GOMES DOS SANTOS

ⁱ Art. 62º. 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

ⁱⁱ Para mais informações, consulte: DIAS, João José Alves: **Um olhar sobre as ordenações – Biblioteca das Cortes: 180 Anos** Lisboa. Assembleia da República. <https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/catalogoexpobib2.pdf>

ⁱⁱⁱ BOUCAULT, Carlos Eduardo: **Da venda de ascendente a descendente: Reminiscências das Ordenações Portuguesas no Direito Civil Brasileiro** [http://www.idclb.com.br/revistas/16/revista16%20\(15\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/16/revista16%20(15).pdf)

^{iv} Ordenações Manuelinas <https://bdigital.tcontas.pt/titulos/o.shtm>

^v Ordenações Filipinas <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p791.htm>

^{vi} “... o suprimento poderá ser obtido provando-se que, nesse caso, não se verifica a razão impeditiva para a venda, ou seja, o perigo de simulação.” VENTURA, Raul. **Contrato de compra e venda no código civil: Proibições de compra e de venda. Venda de bens futuros. Venda de bens de existência ou de titularidade incerta. Venda de coisas sujeitas a contagem, pesagem ou medida.** Doutrina da revista da ordem dos advogados (43ª ed. Vol. II, Maio e Setembro). <https://portal.oa.pt/upl/%7B16865038-1cf9-4dbd-8e5a-99fb85d06a0e%7D.pdf>

^{vii} ROCHA, M.A. Coelho da. (1857) **Instituições de Direito Civil Portuguez** (4ª edição) Coimbra. Imprensa da Universidade. p. 80.

^{viii} Código Civil do Timor-Leste - Artigo 811º 1. Os pais e avós não podem vender a filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda; o consentimento dos descendentes, quando não possa ser prestado ou seja recusado, é susceptível de suprimento judicial. 2. A venda feita com quebra do que preceitua o número anterior é anulável; a anulação pode ser pedida pelos filhos ou netos que não deram o seu consentimento, dentro do prazo de um ano a contar do conhecimento da celebração do contrato, ou do termo da incapacidade, se forem incapazes. 3. A proibição não abrange a dação em cumprimento feita pelo ascendente.

^{ix} *Article 348. Language to be used in the Supreme Court and in the High Courts and for Acts, Bills, etc.—(1) Notwithstanding anything in the foregoing provisions of this Part, until Parliament by law otherwise provides— (a) all proceedings in the Supreme Court and in every High Court, (b) the authoritative texts— (i) of all Bills to be introduced or amendments thereto to be moved in either House of Parliament or in the House or either House of the Legislature of a State, (ii) of all Acts passed by Parliament or the Legislature of a State and of all Ordinances promulgated by the President or the Governor 1*** of a State, and (iii) of all orders, rules, regulations and bye-laws issued under this Constitution or under any law made by Parliament or the Legislature of a State, shall be in the English language.* https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI_English.pdf

^x *The Portuguese Civil Code, 1867 has survived by virtue of Section 5(1) of the Goa, Daman and Diu Administration Act, 1962. 1 Article 348 of the Constitution provides for an English translation of legislation which is in a language other than English. Such a translation is to be published in the Official Gazette and shall thereafter be deemed to be the authoritative text thereof in the English language.* <http://goaprintingpress.gov.in/downloads/1819/1819-29-SI-OG-0.pdf>

^{xi} Há apenas uma sutil diferença em relação à constituição no conselho familiar que lá é constituído de acordo com o art. 207 do Código Civil.

^{xii} <https://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codcivpt/declei39.asp>

<https://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codcivpt/codciv0001.asp#l3t2>

^{xiii} Código Civil Brasileiro de 1916: “Art. 1.806. O Código Civil entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1917. Art. 1.807. Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código.”

^{xiv} DIAS, Theodomiro. **Venda de ascendente a descendente: negócio realizado sem o consentimento dos outros descendentes** - Revista dos Tribunais, vol. 355, pág. 54 In MONTEIRO, Washington de Barros (s.d.). Venda de Ascendente a Descendente. <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66484/69094/>

^{xv} Consolidação das Leis Cíveis. Art. 582. Não Podem vender: § 1º Os pais aos filhos, aos netos, e aos mais descendentes; sem o consentimento dos outros filhos, ou descendentes.

^{xvi} Esboço de Código Civil. Art. 1.986. Não se proíbe que os pais e mães vendam a seus filhos, ou netos, sem autorização dos mais descendentes que tiverem, mas, se venderem imóveis, a venda poderá ser anulada por ação dos mais descendentes, como contendo uma doação disfarçada, provando-se que não houve pagamento de preço algum, ou que o preço pago foi inferior à metade do justo valor do imóvel vendido.

^{xvii} Art. 1.132. Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam.

^{xviii} Sobre o assunto, *vide* CANOTILHO, **Constituição da República Portuguesa Anotada** Vol. I - Artigos 1º a 107º

^{xix} Art. 2194.º É nula a disposição a favor do médico ou enfermeiro que tratar o testador, ou do sacerdote que lhe prestar assistência espiritual, se o testamento for feito durante a doença e o seu autor vier a falecer dela [...] Art. 2196.º 1. É nula a disposição a favor da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério. [...]

^{xx} Sobre sucessão legitimária, *vide* Art. 2156.º e seguintes do Código Civil Português.

^{xxi} Conforme preceitua o Art. 9.º do Código Civil Português. Art. 9º (Interpretação da Lei) 1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas **reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo**, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. 2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente exposto. 3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

^{xxii} TELLES, Inocêncio Galvão (1973). **Venda a Descendentes e o Problema da Superação da Personalidade Jurídica das Sociedades** ROA. (Revista da Ordem dos Advogados, ano 39, Tomo III. <https://portal.oa.pt/upl/%7Baf781549-ef5c-4449-b158-392c4389af99%7D.pdf>

^{xxiii} MELLO, Marco Aurélio Bezerra de (2019). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense. p.295.

^{xxiv} Para saber mais sobre o tema, *vide* FRIEDMAN, David D., **Law's order : what economics has to do with Law and why it matters** /. New Jersey Princeton University Press, 2000, em especial, o capítulo 7 Coin Flips and Car Crashes: Ex Post versus Ex Ante “The same distinction [(Ex Post Ex Ante)] is useful in analyzing how the legal system can be used to prevent undesirable outcomes [...] One approach punishes people for doing things that increase the probability of accidents ex ante: speeding, drunk driving, failing to get their brakes inspected. The other punishes the undesirable outcome observed ex post, via tort liability for the damage done to the car you collide with or criminal penalties for drunk drivers who run over people. p. 73 ... ex ante punishment, [is] a way of preventing undesirable outcomes by punishing behavior that increases their probability p.74”.

Proteção do Comerciante no Arrendamento:

A PREFERÊNCIA NO DIREITO PORTUGUÊS

Renato de Mello Gomes dos Santos

Advogado

Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa

RESUMO: Apesar da garantia constitucional ao direito de propriedade há uma série de limitações previstas na legislação, entre elas, o direito de preferência na compra e venda de imóvel arrendado. Neste sentido, é fato que o direito positivo nem sempre encontra fundamento em critérios científicos para a solução dos conflitos sociais. Foi isso que ocorreu na legislação sobre arrendamentos. As inúmeras alterações legislativas ao longo do último século acabaram inclinando o debate sobre o direito à preferência para o campo ideológico. Este artigo demonstra que o direito de preferência ao comerciante em Portugal é norma de origem histórica-política, sem fundamento em estudos científicos-jurídicos. No entanto, ao que tudo indica, o direito preferência apresenta uma discreta vantagem do ponto de vista da eficiência econômica do direito.

PALAVRAS CHAVE: Direito Comercial. Arrendamento não habitacional. Direito de Preferência.

ABSTRACT: Despite the constitutional guarantee of the right to property, there are a number of limitations provided for in the legislation, including the Right of first refusal in the purchase and sale of the leased property. In this sense, it is a fact that positive law is not always based on scientific criteria for the solution of social conflicts. This is what happened in the tenancy legislation. The numerous legislative changes over the last century ended up leaning the debate on the right of first refusal to the ideological field. This article demonstrates that the right of first refusal in Portugal is a norm of historical-political origin, without foundation in scientific-legal studies. However, it seems that has a slight advantage from the point of view of the economic efficiency.

KEYWORDS: Commercial law. Non-residential lease. Right of first refusal.

Proteção do Comerciante no Arrendamento:

A PREFERÊNCIA NO DIREITO PORTUGUÊS

I. Introdução

O Velho Testamento conta que o Rei Salomão alugava suas vinhas para produtores rurais em troca de mil siclos de prata.ⁱ Já o celebrado economista Adam Smith, em 1776, afirmava que um comerciante era um empresário corajoso, enquanto um “simples” homem do campo era um empreendedor tímido [covarde] acostumado apenas a gastar dinheiro.ⁱⁱ Estabelecia, o escocês, uma diferença entre o dinamismo da cidade e do campo. E, também, marcava em cores fortes uma disputa entre os proprietários de bens imóveis e os que lidavam com os bens móveis.

Estamos no século XXI.

No presente, o tema do direito de preferência para os arrendatários é objeto de intensa divergência jurisprudencial. Houve, até mesmo, recente alteração legislativa, (posteriormente declarada inconstitucional) no que se refere aos arrendamentos para fins habitacionais.ⁱⁱⁱ

Ocorre que a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 62º n.1, garante de forma expressa o direito à propriedade privada e sua transmissão em vida ou por morte. Alinhado ao texto constitucional, o artigo 405º n.1 do Código Civil Português consagra o princípio da liberdade contratual.

Porém, ao examinar o artigo 1091º n. 1 a) do Código Civil Português, observa-se uma limitação: os arrendatários têm direito de preferência na compra e venda ou dação em cumprimento do local arrendado há mais de dois anos.

É fato que o direito positivo nem sempre encontra fundamento em critérios científicos para a solução dos conflitos sociais. Assim, pensamos que foi isso que ocorreu na legislação sobre arrendamentos.

As inúmeras alterações ao longo do último século acabaram inclinando o debate sobre o direito à preferência para o campo ideológico-político.

Nesse ponto, basta observar que o NRAU (Novo Regime do Arrendamento Urbano – Lei n.º 6/2006 de 27/02/2006) já está em sua 11ª versão.^{iv} Portanto, confirma-se que a legislação tem se modificado ora para relativizar a liberdade de transmissão de propriedade, ora para a tornar mais absoluta.

Ao passo que algumas medidas protetivas importantes vêm sendo implementadas, parece que a necessidade de proteção constitucional a vulneráveis, por vezes, é estendida a relações entre partes igualmente fortes.

O risco desse comportamento é a subversão do princípio da igualdade. Sabe-se que o direito não pode servir para desigualar. A criação de uma vantagem no exercício de direitos patrimoniais estritamente privados é injustificável.

Este artigo trata, então, de reflexões a respeito do ponto específico da preferência do arrendatário em caso de venda do imóvel pelo senhorio em contratos de arrendamento comercial.

Veremos que a contenda entre “aristocratas proprietários” — como o Rei Salomão — e os “burgueses oprimidos” parece ter deixado marcas que não querem se apagar.

II. Relativização do Direito de Propriedade

Como já referido, a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 62º n.1, garante o direito à transmissão da propriedade.

Art. 62. 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

Aderente ao princípio constitucional, o artigo 405º n.1 do Código Civil Português explicita o princípio da liberdade contratual.

Art. 405º (Liberdade contratual) 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

Contudo, o artigo 1091º n. 1 a) do Código Civil Português prevê o direito de preferência na compra e venda ou dação em cumprimento do local arrendado.

Art. 1091.º (Regra geral)1. O arrendatário tem direito de preferência: a) Na compra e venda ou dação em cumprimento do local arrendado há mais de dois anos, sem prejuízo do previsto nos números seguintes;

Na mesma ordem de ideias, embora não previstos literalmente na Constituição da República, os princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade possuem “dignidade constitucional”, conforme é largamente reconhecido pela jurisprudência.^v

Ora, os artigos citados são herdeiros claros e diretos dos ideais da Revolução Francesa que exigiam a liberdade dos indivíduos em tudo aquilo que se referisse aos contratos.

Para além de uma simples questão filosófica, o pensamento liberal acreditava que o homem livre e responsável por seus atos atuaria melhor na busca por seus interesses individuais e a soma dos interesses individuais, por sua vez, contribuiria para a “riqueza das nações”.^{vi} É como descreve HUGON, sobre aquele momento no mundo:

CAIRU é, como ADAM SMITH, liberal. O liberalismo paira "no ar", chega do exterior com as revoluções norte-americana e francesa; três séculos de política colonial fazem com que, principalmente aqui [Brasil], seja ardentemente desejado. Em termos de economia smithiana, este liberalismo reveste a forma individualista, expressa na harmonia de interesses. CAIRU expõe os seus princípios e as consequências daí decorrentes: o homem, quando livre e responsável pela sua atividade econômica, está nas melhores condições para conduzir essa atividade de forma mais consentânea com os seus interesses, constituindo a soma dos interesses individuais a riqueza das nações.

Não à toa, o Código Civil Francês (desde 1804) estabelece que os contratos legalmente firmados substituem a lei entre as partes.^{vii}

De facto, a liberdade contratual é um valor muito caro a nossa sociedade. Vale dizer, porém, que esse valor não é absoluto. A ciência do direito vem evoluindo no sentido de, ao identificar imperfeições na tradicional teoria dos contratos, idealizar mecanismos para corrigi-las. Daí surgiram, entre outras, as questões relacionadas à proteção da parte mais débil, aos vícios da vontade, à alteração das circunstâncias, e ao abuso de direito.

Assim, para sanar a aparente antinomia, temos que observar que o próprio dispositivo constitucional refere que a propriedade privada deve ser garantida "nos termos da Constituição". Isso significa que o direito de propriedade, no sistema jurídico português, para "salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos", submete-se a limites que devem ser previstos na própria Constituição ou em lei.^{viii}

Art. 18º. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Como exemplo mais evidente da limitação da propriedade, observe-se que há permissão constitucional, inclusive, para desapropriação, desde que mediante indenização.

62. nº 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.

Reforçamos o argumento com as palavras de CANOTILHO:^{ix}

As leis restritivas estão teleologicamente vinculadas à salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, ficando vedado ao legislador justificar restrição de direitos, liberdades e garantias por eventual colisão com outros direitos ou bens tutelados apenas a nível infra constitucional.

Não se pretende aqui um estudo axiológico que hierarquize todos valores constitucionais. No entanto, não é razoável considerar que a liberdade automaticamente prevalece sobre os demais. Defende-se, ao contrário, que esses valores constitucionais devem ser sopesados e harmonizados de maneira a, no caso concreto, alcançar a segurança jurídica, previsibilidade e a paz social.

Em regra, quando o legislador percebe que uma das partes está em situação de manifesta superioridade técnica ou econômica deve intervir com o propósito de reequilibrar as forças. Assim, de forma geral, pode-se afirmar que o direito português reconhece que as condições de vulnerabilidade costumam verificar-se em relações de arrendamento, de trabalho, e de consumo.^x

Nos contratos de arrendamento, historicamente, inúmeros são os exemplos de dispositivos que reduzem a autonomia das partes. A mais relevante chegava a impor a renovação imperativa dos contratos. Além disso, podemos encontrar, nas palavras de GRAVATO MORAES "restrições amplas quanto à atualização das rendas e no quadro de resolução do contrato".^{xi}

III. Preferência para fins habitacionais

No caso de arrendamento para fins habitacionais, a tutela do equilíbrio contratual, sacrifica, em boa medida, os direitos do senhorio em busca da proteção do direito essencial de moradia.

Essa gama de direitos do arrendatário para fins habitacionais é derivada do artigo 65º da Constituição da República Portuguesa, interpretado segundo o artigo 16º.nº 2, em harmonia com o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Vejamos:

CRP Art. 65º. 1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.

CRP Art. 16º. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

DUDH Art. 25.º Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Com efeito, a primeira norma a conferir direito de preferência aos arrendatários para fins habitacionais, a Lei 63/77 de 25 de agosto, expressava em sua exposição de motivos que “conferir aos arrendatários habitacionais direito de preferência na compra e venda ou dação em cumprimento dos imóveis” poderia contribuir “ainda que em grau reduzido” na política de acesso à habitação própria prevista da Constituição. Fruto, como se pode depreender, dos avanços sociais advindos posteriormente à Revolução dos Cravos de 25 de abril de 1974.

Mais recentemente, podemos também encontrar fundamento à proteção dos arrendatários para fins habitacionais na Lei de bases da habitação (Lei n.º 83/2019) que, entre outras disposições, define a “função social da habitação”.

CANOTILHO também explica que o direito à habitação não está submetido a uma lógica capitalista puramente de mercado e que é dever do estado promover meios que facilitem a obtenção à habitação própria. Daí, encontra-se o direito de preferência para aquisição da casa arrendada.^{xii}

A garantia do direito à habitação implica direito de acesso [...] às habitações, incumbindo ao Estado promover o acesso à habitação própria ou arrendadas e estabelecer um regime arrendamento que tenha em conta os rendimentos familiares (nº3) o que [...] exige que a construção não esteja exclusivamente submetida a uma lógica de rentabilidade capitalista. [...]

Cumpra ao Estado garantir os meios que facilitem o acesso à habitação própria (fornecimento de terrenos urbanizados, crédito acessível à generalidade das pessoas, direito de preferência na aquisição da casa arrendada, etc.)

No entanto, deixa claro também:

*O direito à habitação justifica seguramente limitações à propriedade no caso de prédios arrendados, e não só. [...] Mas essas limitações devem obedecer a um princípio de equidade e de proporcionalidade. Os titulares passivos do direito à habitação, como direito social, são **primacialmente o Estado** [...] e não principalmente os proprietários e senhorios.*

No mesmo sentido, decidiu diversas vezes o Tribunal Constitucional, e transcrevemos trecho do Processo n.º 757/04 2.^a que menciona o posicionamento consolidado do Tribunal:^{xiii}

Salientou-se no Acórdão n.º 866/96 (ATC, vol. 34º, pp.53 e ss.): “Não definindo o texto constitucional o que deva entender-se por direito de propriedade, nem sempre têm sido pacíficas as conclusões atingidas pelos seus intérpretes a propósito da dimensão e contornos daquele conceito, sendo,

porém, seguro que a velha concepção clássica da propriedade, o jus fruendi ac abutendi individualista e liberal, foi, nomeadamente nas últimas décadas deste século, cedendo o passo a uma concepção nova daquele direito, em que avulta a sua função social.

Como quer que seja, o direito de propriedade constitucionalmente consagrado não beneficia de uma garantia em termos absolutos, havendo de conter-se dentro dos limites e nos termos definidos noutros lugares do texto constitucional [...] Noutros arestos, este Tribunal salientou a necessidade de considerar limites fundados na “função social da propriedade.

Comentando regra análoga no direito brasileiro, CAPANEMA DE SOUZA afirma que a regra: ^{xiv}

tem grande alcance social, evitando que a alienação importe na retirada do locatário do imóvel, agravando o déficit habitacional. Converte-se, assim, o locatário em proprietário da coisa que lhe fora, antes, locada, o que socialmente é do maior interesse, operando-se a chamada traditio brevi manu, ou seja, a inversão da posse.

Ainda neste sentido, cumpre mencionar a recente mudança acima referida pela Lei n.º 64/2018 que reforçava o direito de preferência para os arrendatários para fins habitacionais.

A lei surgiu com a finalidade expressa de garantir o exercício do direito de preferência. Causou impacto, sobretudo, pela concessão de preferência para os arrendatários para fins habitacionais sobre a parte de prédio não constituído em propriedade horizontal, com o pagamento proporcional à permissão do bem locado. O que, sem dúvida, limitava ainda mais o direito de transmissão da propriedade e protegia os arrendatários.

Levada a nova lei ao Supremo Tribunal de Justiça, foram reforçados os argumentos de que a preferência restringe o comércio jurídico e, por isso, deve ser excepcional.^{xv}

Lembremos, em primeiro lugar, que a preferência, impondo-se unilateralmente à contraparte, restringe o comércio jurídico e a liberdade de contratar, valores fundamentais do nosso ordenamento. É, assim, incontestável que, na medida em que faculta a aquisição de uma propriedade, mesmo contra a vontade do próprio titular, o instituto assume natureza excepcional. Ora, ao atribuir a preferência ao arrendatário, o legislador terá pretendido facultar-lhe o acesso à habitação ou instalações próprias, pondo termo ao arrendamento.

Cumprе, também ressaltar que Tribunal Constitucional declarou que aquela limitação é inconstitucional.^{xvi}

Pelo exposto, o Tribunal Constitucional declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 8 do artigo 1091.º do Código Civil, na redação dada pela Lei n.º 64/2018, de 29 de outubro, por violação do n.º 1 do artigo 62.º, em conjugação com o n.º 2 do artigo 18.º, da Constituição. [...]

A aquisição da propriedade do "local arrendado", por força do exercício do direito de preferência, só se justifica enquanto expressão do direito fundamental à habitação. Aqui, o arrendatário é visto como um beneficiário do direito à habitação - um direito económico e social consagrado no artigo 65.º da CRP - e não como titular de um direito de propriedade privada. Por isso, não estão em confronto duas posições jurídicas tuteladas pela garantia constitucional da propriedade, mas a resolução de conflito entre o direito de propriedade do senhorio e o direito à habitação do arrendatário.

Ainda assim, todos argumentos acima descritos para o arrendamento habitacional, não são válidos quando se trata de arrendamento comercial. Em nossa visão, há mesmo um certo constrangimento da jurisprudência ao não encontrar um fundamento robusto para a restrição no caso dos arrendamentos comerciais.

IV. Proteção do Comerciante - Conflito Histórico

Neste momento, tomamos a liberdade de fazer uma regressão histórica para explorar a disputa ideológica amplificada a partir da Revolução Francesa entre os membros do *ancien régime* e da burguesia.

Já vimos que, mesmo antes da Revolução Francesa, as ascendentes burguesias europeias explicitavam seu descontentamento com o poder da nobreza fundado nas suas propriedades imobiliárias.

De forma simplificada, o argumento era que a aristocracia obtinha rendimentos em razão da “mera fruição” advinda de suas propriedades imobiliárias e da atividade agrícola (também em suas propriedades imobiliárias).^{xvii}

Na visão da burguesia, portanto, os títulos de propriedades e a exploração de arrendamentos significavam um obstáculo para o desenvolvimento da sua atividade comercial. Tudo isso, alegavam, imobilizava e atrasava o progresso econômico que só poderia ocorrer por meio do desenvolvimento do comércio.

De outro lado, parte da aristocracia, influenciada pelo pensamento religioso da época, resistia a modernização da economia. Inclusive, MENEZES CORDEIRO — ao recontar a história do direito comercial português — lembra que até as reformas empreendidas por Marquês de Pombal no século XVIII, as Ordenações do Reino proibiam a prática do comércio pela nobreza e a considerava uma atividade degradante.^{xviii}

Com efeito, a doutrina comercialista francesa clássica defendia que o direito comercial não deveria sequer tratar de bens imóveis.^{xix}

Le droit commercial se présente ainsi comme le droit de la richesse circulante et des agents de sa circulation; le droit civil comme le droit de la richesse immobile e des titulaires de cette richesse. De là vient que l'un s'applique surtout (mais non exclusivement) aux meubles, et l'autre aux immeubles.

HUVELIN

Aliás, seria essa a justificativa para compra e venda de imóveis e arrendamentos não se encontrarem na lista de atos de comércio do primeiro Código Comercial francês (artigos 632 a 633).^{xx}

O brasileiro ULHOA COELHO destaca o caráter ideológico dessa distinção e afirma que é de cariz político-histórico gerado pelo anseio da burguesia francesa em preservar sua luta contra os senhores feudais.^{xxi}

Na lista dos atos de comércio não se encontravam algumas atividades econômicas que, com o tempo, passaram a ganhar importância equivalente às de comércio, [...]

Também da lista não constavam atividades econômicas ligadas à terra, como a negociação de imóveis, agricultura ou extrativismo. Na Europa Continental, principalmente em França, a burguesia foi levada a travar uma acirrada luta de classes contra o feudalismo, e um dos reflexos disso na ideologia jurídica é a desconsideração das atividades econômicas típicas dos senhores feudais no conceito aglutinador do Direito Comercial do período.

MENEZES CORDEIRO, porém, refuta a tese de que o direito comercial seria meramente uma espécie de direito burguês em contraposição ao direito civil aristocrático, pois sustenta que o direito civil é a base para qualquer classe que se pretenda tornar dominante.^{xxii}

Não se afigura provável pensar que estaríamos, ainda hoje, mais de dois séculos passados, ainda “presos” a um modelo mental de uma luta de classes que coloca proprietários aristocratas e burgueses em lados opostos. Observemos a seguir, contudo, como ocorreu o processo legislativo.

V. Processo Legislativo

Para interpretar o direito de preferência de acordo com parâmetros estabelecidos pelo art. 9º do Código Civil Português é preciso examinar o pensamento legislativo e as circunstâncias em que a lei foi elaborada.

Art. 9º 1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

Ao contrário do que seria intuitivo, o direito de preferência, no direito português, veio antes ao contrato de arrendamento comercial. Vejamos de forma sintética como isso ocorreu:

- **Lei n.º 1:662, de 04/09/1924** (estabelece o “direito de opção” aos comerciantes e industriais)
- **Lei n.º 2:030, de 22/06/1948** (estende o direito aos profissionais liberais)
- **Decreto n.º 43.525, de 07/03/1961** (art. 84 confere direito apenas aos exerçam o comércio ou indústria há mais de um ano)
- **Código Civil** (versão original) (art. 1117.º mantém direito apenas aos exerçam o comércio ou indústria há mais de um ano)
- **Lei n.º 63, de 25/08/1977** (estende direito ao arrendamento habitacional)

• **DL n.º 321-B/90, de 15/10/1990** (Regime do Arrendamento Urbano): (art. 47º prevê direito de preferência sem fazer distinção para o arrendamento para fins habitacionais)

• **Lei n.º 6/2006, de 27/02/2006** (Novo Regime do Arrendamento Urbano) (altera o Código Civil para manter no art. 1091º direito de preferência sem fazer distinção entre o arrendamento para fins habitacionais e o para fins não habitacionais)

Compreende-se, pois, que a preferência para os comerciantes (hoje denominados na legislação como “arrendatários não residenciais” está prestes a completar um século.

Retroagimos, neste ponto, ao momento em que essa regra nasceu no direito português para tentar alcançar “as circunstâncias em que a lei foi elaborada”, conforme preceitua o art. 9º do Código Civil Português.

O Código Seabra (Código Civil Português de 1867) regulava o contrato de arrendamento conferindo grande margem de liberdade entre as partes e não possuía entre suas disposições direito de preferência para arrendatários.^{xxiii}

A crise econômica provocada pela primeira guerra mundial entre os anos de 1914 e 1918 acabou por gerar forte desequilíbrio nos contratos de arrendamento. Esse fato levou o legislador da república recém instalada a intervir fortemente no mercado de arrendamento e a regular uma série de aspectos.

Sem pretender esgotar toda as modificações legislativas desse período, podemos mencionar:

- **Decreto n.º 1097, de 23/11/1914** (congela as rendas)
- **Lei n.º 828, de 28/09/1917** (restringe as possibilidades de despejos)
- **Decreto n.º 4499, de 27/06/1918** (mantém o congelamento de rendas e despejos restritos até um ano após assinatura de tratado de paz)
- **Decreto n.º 5411, de 17/04/1919** (reune a legislação esparsa);

• **Lei n.º 1368, de 21/09/1922** (permite implicitamente a subida das rendas);

• **Lei n.º 1662, de 04/09/1924** (estabelece, pela primeira vez, o “direito de opção” (preferência) para o arrendatário comercial e industrial na alienação do imóvel com a seguinte redação:

Art. 11º. O principal locatário, comercial ou industrial, de prédio urbano, pode usar do direito de opção nos termos da legislação geral, quando o senhorio vender o prédio.

§ único. Se o principal locatário não puder ou não quiser usar desse direito poderá usá-lo qualquer dos outros locatários, pela ordem decrescente de rendas.

O Projeto de lei 734-C do Senado, que deu origem à Lei n.º 1662, foi intensamente debatido no parlamento conforme pode-se aferir lendo as transcrições das sessões no Senado e na Câmara dos Deputados.

Com a dificuldade de poder pesar as influências que teriam sido exercidas sobre o parlamento naquela altura, resta claro que havia uma corrente que sustentava que a propriedade privada e a liberdade contratual deveriam ser protegidas de forma ampla.

Outra corrente propunha uma defesa do arrendatário comerciante e industrial com base na ideia de que, neste tipo de arrendamento, a valorização do imóvel advém da atividade e inteligência do arrendatário. Portanto, a ação produtiva e progressiva do inquilino justificaria a limitação no direito do senhorio.^{xxiv}

Essa última tese, acabou por prevalecer e redundou numa legislação em que uma série de direitos foram conferidos ao arrendatário comercial em relação ao senhorio.

A extensão do direito de preferência aos profissionais liberais em 1948 também foi polêmica. PIRES DE LIMA, em parecer à Câmara Corporativa, afirmava

que o direito de preferência "embaraça gravemente o comércio jurídico". Logo, seria admissível somente "naqueles casos em que, acima de um interesse privado a satisfazer, há o interesse público em pôr termo a uma situação inconveniente sob o ponto de vista económico ou social."

Sustentava, ainda, que as legislações tendem resolver as "propriedades imperfeitas", ou mesmo, facilitar a resolução de certos ônus ou restrições que prejudicam o livre ou melhor aproveitamento das coisas.^{xxv}

Quase meio século depois, em 2004, na tentativa frustrada de ampla reforma do RAU (Regime do Arrendamento Urbano DL n.º 321-B/90, de 15 de outubro), o tema voltou a ser debatido com intensidade e pretendeu-se eliminar o direito de preferência dos arrendatários na alienação dos prédios arrendados.^{xxvi}

Naquela altura, o fundamento era "libertar a riqueza imobiliária, permitindo a transparência requerida pela efectividade de um mercado".^{xxvii}

Por ocasião do debate da Proposta de Lei n.º 34/X que originou o NRAU, mais uma vez, chegou a haver uma proposta malsucedida para extinguir o direito de preferência.

Posteriormente, houve mais uma alteração quanto ao direito de preferência. Desta vez, como já vimos, a Lei n.º 64/2018, de 29 de outubro, previa para os arrendatários para fins habitacionais o exercício do direito de preferência sobre a parte de prédio não constituído em propriedade horizontal, com o pagamento proporcional.

O legislador, portanto, demonstra sua reiterada convicção de que o direito de preferência deve ser mantido no ordenamento.

VI. Valores que a norma queria proteger

Apesar de vozes contrárias, os legisladores há um século vêm se dedicando a debater o direito de preferência e o mantém no ordenamento jurídico. O propósito de proteger o arrendatário para fins não habitacionais é claro. Porém,

resta a dúvida sobre o que coloca a atividade comercial em posição de vulnerabilidade e/ou fragilidade a ser defendida.

Como vimos, os argumentos que existem para o direito de preferência nos arrendamentos habitacionais estão bem tratados do ponto de vista teleológico e axiológico. A finalidade é cumprir um preceito constitucional e, ao relativizar o direito de propriedade, busca-se proteger valores mais relevantes e “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Estaria atendido, também o princípio constitucional da proporcionalidade, vez que, em tese, o senhorio não teria prejuízo financeiro e deve apenas aguardar os prazos previstos para o eventual exercício do direito de preferência.

Por outro lado, não nos parece que a doutrina e a jurisprudência tenham conseguido avançar e se aprofundar adequadamente sobre os fundamentos teleológicos e axiológicos do direito de preferência para fins não residenciais.

PINTO FURTADO^{xxviii}, faz um interessante cotejamento entre posições de autores que defendem o contrato de arrendamento por permitir que pessoas que não podiam comprar bens tenham acesso ao gozo, e outros, que o atacam como se fossem uma espécie de agiotagem do senhorio.

Segue o autor ao condenar os pontos de vista extremos e sugerir que o arrendamento deve estar sujeito ao progresso da sociedade e adaptar-se ao momento presente. Por oportuno, registre-se que PINTO FURTADO afirma que o direito de preferência é uma constante no direito moderno e consta em legislações de diversos países.^{xxix}

Dito isso, há três proposições doutrinárias divergentes que são mencionadas para sustentar a existência do direito de preferência.

A **primeira** refere-se ao interesse público de "resolver" a questão análoga à “propriedade imperfeita” que seria um obstáculo econômico ou social.

A **segunda** posição advoga um reconhecimento ao papel do arrendatário comercial na valorização potencial do imóvel.

A **terceira** corrente defende que o interesse é privilegiar o comércio e a indústria enquanto atividades que são, em teoria, produtoras de riqueza.

Quanto à resolução da “propriedade imperfeita” temos o posicionamento de PINTO LOUREIRO, em 1941 e de PIRES DE LIMA^{xxx}, em 1948. Ambos, ainda sob vigência do Código Seabra e da Constituição Política da República Portuguesa de 1933, sustentavam que o sistema do Código tendia a tornar a propriedade imperfeita em propriedade perfeita.^{xxxi}

Código Seabra. *Art. 2187º Propriedade perfeita é a que consiste na fruição de todos os direitos contido no direito de propriedade; propriedade imperfeita é a que consiste na fruição de parte desses direitos.*

Não pensamos ser possível continuar defender essa tese pelo fato do Código Civil de 1966 ter seguido outra linha doutrinária e deixado de lado o conceito de propriedade imperfeita.

Depois, consideramos que a construção de um conceito de propriedade imperfeita por analogia não é compatível com compreensão atual da natureza do contrato de arrendamento. Acreditamos que o arrendamento não é um “mal” ou uma “situação inconveniente” com a qual o arrendatário é obrigado a conviver provisoriamente.

Com frequência, é mesmo uma opção econômica e financeira deliberada. Pode ter como objetivos uma melhor alocação de recursos líquidos, uma gestão de fluxo de caixa mais eficiente, ou, ainda, uma situação fiscal mais favorável.

Dizem muito a esse respeito, os debates sobre os contratos de *sale & leaseback*. Nesta modalidade de negócio, o proprietário vende o imóvel que ocupa para um investidor com a garantia de que vai permanecer o utilizando por meio de um contrato de arrendamento.

O antigo proprietário passa a ter recursos para investir no curto prazo e pode, em alguns casos, ter uma vantagem fiscal com o aumento de despesas. Já o investidor, tem um fluxo de recebíveis de renda de um arrendatário que dificilmente irá deixar o imóvel.^{xxxii}

Retomando a segunda corrente. MONTEIRO,^{xxxiii} por sua vez, citando VAZ SERRA,^{xxxiv} aponta como *ratio* da norma a eliminação da desvalorização da propriedade e o reconhecimento do aumento de valor que a atividade do arrendatário pode ter dado ao imóvel.

Aqui recupera-se o argumento original da criação do direito de preferência em 1924: O direito de preferência seria uma espécie de “prémio” à corajosa atividade do comerciante arrendatário. (Lembre-se do que SMITH falava ainda no século XVIII)

Apesar de guardarem certa lógica, esses argumentos não estão aderentes à Constituição da República Portuguesa já que se exige para limitar um direito o objetivo de proteção de valores mais relevantes e “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Não compartilhamos da ideia de que o “merecimento” do comerciante possa justificar a limitação ao direito de propriedade.

A terceira corrente tem um viés aparentemente econômico: a finalidade de proteger as atividades, geradoras de riqueza. Este seria um argumento mais consistente do ponto de vista da Constituição, pois o direito individual do proprietário estaria contraposto à função social da propriedade e a necessidade de gerar empregos, riqueza e pagar tributos.

Logo, o direito coletivo e bem-estar geral deveriam prevalecer.^{xxxv}

Ocorre que ao sustentar tal tese, sem uma adequada reflexão, soa como se estivéssemos voltando à velha concepção dos burgueses oprimidos pelos aristocratas.

Vejamos o que o Tribunal da Relação do Porto usou como fundamento de sua decisão em 29/04/2019:^{xxxvi}

Por se tratar sempre de uma restrição à plenitude do direito de propriedade (tal como resulta do art. 1305.º CC), as constringões a tal direito e à vontade do seu titular só serão justificáveis quando razões importantes,

mormente de ordem económica, imponham solução diversa, como sucede, por exemplo, com o disposto no art. 1380.º CC [...]

A atribuição de direito real de preferência ao arrendatário comercial, surgida no séc. XX, teve como finalidade a proteção da atividade comercial, em detrimento da propriedade do senhorio.

Embora mais antigo, vale a pena ler o voto de **SOUSA INÊS**. (voto vencido – em um caso de cessão de exploração de estabelecimento comercial).^{xxxvii}

O que releva nesta espécie de contrato é o interesse de protecção do comércio e da indústria enquanto actividades produtivas geradoras de riqueza.

Por isto mesmo, a protecção que a lei dá é às actividades que, em abstracto, se apresentem como geradoras de riqueza, produtivas. [...]

Há dois interesses que se apresentam merecedores de protecção: o do proprietário que investiu em meio de produção de riqueza e o do comerciante ou industrial que produz essa riqueza mediante uma actividade económica.

A lei procura regular, ainda que com favor do segundo, os respectivos interesses.

Trata-se no mesmo argumento de **MIRANDA** que sobre a norma reconhece uma valorização da “atividade produtiva” em detrimento da propriedade do senhorio.^{xxxviii}

No mesmo sentido, **MENEZES CORDEIRO** defende que “quer histórica quer actualissimamente”, a preferência do arrendatário visa a tutela da família e a proteção da empresa, consoante esteja em causa o arrendamento habitacional ou

comercial.^{xxxix} Ao mesmo tempo, MENEZES CORDEIRO defende o desaparecimento do direito de preferência:^{xl}

Muito importante é o desaparecimento da apertada teia de preferências, antes existente. Desde o período liberal, são pacíficos os inconvenientes dos gravames que recaem sobre a propriedade. Meros sobrecustos não produtivos, as preferências exprimiam-se por abundante litigiosidade, complicando os negócios e entravando a livre circulação da propriedade.

Hoje, ao observar o dinamismo do mercado imobiliário cada vez mais complexo e profissional, poderia chegar a ser ingênuo defender que os resultados de investimentos imobiliários são “meros frutos civis”.

Na verdade, é o sentido oposto. O mercado imobiliário sofisticado exige a constituição de sociedades comerciais para sua exploração o que tem potencial direto de gerar empregos, riqueza e pagamento de tributos.

Indiretamente, o benefício é ainda maior, pois o aquecimento do mercado imobiliário fomenta o mercado da construção civil (que utiliza mão de obra em caráter intensivo). O mercado imobiliário potencializa, portanto, uma cadeia de empregos, riquezas e tributos.

Ainda, é possível imaginar que, individualmente, há casos em que o imóvel comercial subutilizado, uma vez vendido, possa gerar mais resultado à coletividade do que a simples continuidade da exploração pelo seu antigo arrendatário comercial.

VII. Conclusão sobre a Eficiência da Norma

Como cabe ao intérprete da norma buscar sua compreensão axiológica ou teleológica, fizemos uma retrospectiva histórica-jurídica e examinamos os seus valores e finalidade.

Agora, procuraremos olhar o tema de acordo com a perspectiva sobre a eficiência da regra. Neste sentido, tudo indica, que o legislador não se aprofundou com método científico para pesar e aferir, do ponto de vista econômico, se o direito de preferência do arrendatário está a dinamizar a economia e gerar o benefício para a sociedade.

Afirmamos isso pois, nos trabalhos de elaboração das normas ao longo dos tempos, encontramos argumentos do ponto de vista cultural e político, mas nenhum estudo sobre a eficiência econômica que, afinal, é o que se pretende proteger com esse direito.

De outro lado, os argumentos dos senhorios a respeito da liberdade contratual plena também não são acompanhados de estudos científicos econômicos a demonstrar os prejuízos para a sociedade em geral.

Arriscamos, mesmo sem um estudo econômico, uma reflexão empírica, inspirada, na doutrina da análise econômica do direito. Prega essa vertente que o Direito deve dar a solução mais eficiente do ponto de vista econômico em caso de conflito de interesses.^{xli}

A análise econômica do direito [...] tem por finalidade aplicar às decisões jurídicas o raciocínio econômico, que toma como melhor decisão a que for mais eficiente para o mercado considerado. Em outras palavras, a solução do conflito de interesses deve corresponder à melhor decisão econômica possível, que será a mais eficiente. [...] O método de análise tem por característica fundamental o encontro do efeito econômico de maior eficiência na aplicação da ordem jurídica. [...] Em síntese, o raciocínio jurídico é moldado pela maximização da eficiência econômica,

Isso significa que o resultado econômico das partes deve ser o maior possível e que devemos considerar que nem sempre as trocas significam um “jogo de soma zero” no qual uma das partes deve ganhar para que a outra parte perca na mesma proporção.

Considerando que a relação entre senhorios e comerciantes está no campo de vista estritamente privado, se provarmos que há uma norma de ordem pública que tende a induz um melhor resultado para a sociedade poderia estar justificada a constitucionalidade da limitação. A razão é que estariam protegidos valores mais relevantes.

Vejamos os quadros abaixo que simulam a não existência da regra:

- **Direito de Preferência do Ponto de Vista do Senhorio**

- ***Ponto de Vista Financeiro: Neutro***

Conforme atualmente previsto: Alienação do imóvel é realizada pelo mesmo valor

Caso não existisse: Alienação do imóvel é realizada pelo mesmo valor

- ***Vantagem***

Conforme atualmente previsto: Nenhuma vantagem

Caso não existisse: Prazo menor para a alienação

- ***Desvantagem***

Conforme atualmente previsto: Prazo concedido ao arrendatário

Caso não existisse: Nenhuma desvantagem

- **Direito de Preferência do Ponto de Vista do Arrendatário**

- ***Ponto de Vista Financeiro: Neutro***

Conforme atualmente previsto: Valor potencialmente maior a eventual trespasse

Caso não existisse: Impede valor potencialmente maior em eventual trespasse

- ***Vantagem***

Conforme atualmente previsto: **(a)** Pode evitar definitivamente uma denúncia do contrato. **(b)** É direito que pode alienado. [Trespasário pode exercer preferência se trespasse tiver ocorrido há mais de 3 anos.]

Caso não existisse: Nenhuma Vantagem

▪ ***Desvantagem***

Conforme atualmente previsto: Nenhuma desvantagem

Caso não existisse: Retira possibilidade de estratégia empresarial e chance de “transferir” esse direito via trespasse.

Além dessas vantagens e desvantagens descritas acima, há outra um pouco mais sutil e que foi corretamente apontada pelo Tribunal Constitucional na já mencionada decisão sobre a constitucionalidade da Lei n.º 64/2018.

É que o senhorio pode ter uma proposta de compra com pagamento a prazo e, nesses casos, considerar a solvabilidade daquele que pretende adquirir o imóvel. O direito de preferência, no entanto, o obriga a oferecer nas mesmas condições ao inquilino, sem considerar a situação econômico-financeira. Isso pode, por si só inviabilizar a alienação, dado que o senhorio não aceitaria esse risco de crédito.^{xlii}

À parte a limitação quanto à livre escolha da contraparte, o direito de preferência em nada afeta a posição subjetiva do proprietário. O obrigado tem inteira liberdade para dispor da coisa objeto de preferência, nos termos que bem entender - nomeadamente, quanto ao preço e às condições de pagamento - e à partida é-lhe indiferente, em termos económicos, vender a coisa ao preferente ou a qualquer terceiro. [...] do ponto de vista do alienante, pode ter relevância a maior ou menor solvabilidade financeira do preferente-comprador.

Um erro de concepção comum é a ideia de que sem o direito de preferência, o arrendatário seria levado a enfrentar grave prejuízo ao ter contrato de arrendamento denunciado.

Acontece que a alienação do imóvel, do ponto de vista jurídico, não significa a necessária cessação do vínculo contratual, conforme os artigos. 1101º e 1110º e 1110º-A do Código Civil Português.

A legislação prevê que a cessação somente ocorreria nas muito restritas hipóteses de denúncia.^{xliii} Vejamos, com mais destaque (modificação da Lei 13/2019):

Art. 1110º-A 1 - Nos contratos de arrendamento não habitacional, o senhorio apenas pode denunciar o contrato nos casos previstos nas alíneas b) e c) do artigo 1101.º

2 - A denúncia prevista no número anterior obriga o senhorio a indemnizar separadamente o arrendatário e os trabalhadores do estabelecimento pelos prejuízos que, comprovadamente, resultem da cessação do contrato de arrendamento, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

3 - No que respeita ao arrendatário, a indemnização prevista no número anterior não tem lugar se o arrendamento tiver sido objeto de trespasse nos três anos anteriores. [...]

Embora se vislumbre intenso debate judicial sobre os valores de indenização, é certo que, no plano da legislação, o arrendatário não experimentará nenhum prejuízo financeiro direto se tiver seu contrato de arrendamento denunciado.

Poderíamos, até mesmo, afirmar que, de certa forma, a regra da denúncia, desestimula o exercício do direito de preferência pelo arrendatário. Isso porque, além de ter que respeitar o prazo mínimo de arrendamento de cinco anos, todos os prejuízos do arrendatário e dos trabalhadores teriam que ser indenizados.

Do cenário acima apresentado, verifica-se alguma eficiência econômica na regra do direito de preferência. Da “soma” das vantagens para o arrendatário com

as desvantagens do senhorio (prazo maior para alienação e eventual risco de crédito) deduz-se uma discreta eficiência da regra que gera um valor maior para as partes.

Também parece estar atendido o princípio constitucional da proporcionalidade, pois, em teoria, o senhorio não tem prejuízo financeiro.

Embora não seja o tema do artigo, fica evidente que outras disposições legais que limitam a propriedade como, por exemplo, a questão da denúncia, tem papel muito mais relevante na circulação da propriedade imobiliária.

Resta ao final, concluir que o centenário direito de preferência ao comerciante em Portugal é norma de origem histórica-política, sem fundamento em estudos científicos-jurídicos. No entanto, ao que tudo indica, a preferência apresenta uma discreta vantagem do ponto de vista da eficiência econômica do direito.

RENATO DE MELLO GOMES DOS SANTOS

VIII. Bibliografia

- ALMEIDA, Mariana **O direito de preferência do arrendatário** Braga, Universidade do Minho, 2018. Dissertação de Mestrado [Consult. 22/11/2022]. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/60847/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2BMariana%2BAlmeida.pdf>.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada Vol I - Artigos 1º a 107º**. 2. ed. Revista. Coimbra, 2007. ISBN 9789723222869.
- CAPANEMA DE SOUZA, Sylvio - **A lei do inquilinato comentada I**. - 8. ed. - Rio de Janeiro, 2012. ISBN 978-85-309-4415-5.
- COOTER, Robert; ULEN Thomas - **Law & economics** 6. ed. p. cm. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=books> ISBN 978-0-13-254065-0.

- ESTRELA, Paulo Jorge Rodrigues - **O Direito de Preferência do Arrendatário de Parte de Prédio não Constituído em Propriedade Horizontal**, Universidade de Coimbra, 2018. Dissertação de Mestrado [Consult. 22/11/2022]. Disponível em:
<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/85804/1/TESE%20REFORMULADA%20-%20FINAL.pdf>.
- FRIEDMAN, David D., **Law's order : what economics has to do with Law and why it matters**. New Jersey: Princeton University Press, 2000. ISBN 0-691-01016-1.
- GRAVATO MORAIS, Américo Fernando **Manual de Direito Comercial - Volume I - Parte Geral** 4.ed. Braga: AEDUM, 2019.
- HUGON, Paul, **História das Doutrinas econômicas** 14ª ed. São Paulo Editora Atlas 1980 ISBN 9788522419043.
- MASSO, Fabiano Del, **Direito econômico esquematizado** 2. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo:MÉTODO, 2013.ISBN 978-85-309-4771-2.
- MENEZES CORDEIRO, António - **Direito Comercial**, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-406699-8.
- MIRANDA, Filipa Lobo de - **Atribuição de direitos legais de preferência em Portugal**. Universidade Nova de Lisboa, 2015. Dissertação de Mestrado [Consult. 22/11/2022] Disponível em :
https://run.unl.pt/bitstream/10362/15180/1/Miranda_2015.pdf.
- MONTEIRO, Luiz Miguel, **Direitos e obrigações Legais de Preferência no Novo Regime Jurídico do Arrendamento Urbano** [em linha] Lisboa [Consult. 22/11/2022]. Disponível em:
<https://www.mlghts.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigos/339.pdf>.
- PINTO FURTADO, Jorge Henrique da C.ruz – **Manual do Arrendamento Urbano**. 3. ed., Coimbra, 2001. ISBN 9789724031651
- PINTO LOUREIRO, José, **Os Direitos de preferência e as leis do inquilinato – Revista da Ordem dos Advogados** p. 299. 1941 [Consult. 22/11/2022]. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-1941/1941-vol-i-ano-1-n%C2%BA-2/doutrina-1941/jose-pinto-loureiro-os-direitos-de-preferencia-e-as-leis-do-inquilinato/>
- SMITH, Adam – SMITH, Adam **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**(1776). [Consult. 22/11/2022]. Disponível em:
https://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA_WealthNations_p.pdf.
- ULHOA COELHO, Fábio - **Manual de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo, 2011. ISBN 978850211269-8.

VOSGIEN, Sebasti en  tudes générales – **Gouverner le commerce au XVIIIe si cle**
[em linha] Paris [Consult. 22/11/2022]. Disponível em:
<https://books.openedition.org/igpde/4402>

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal da Rela o de Lisboa [em linha] de 08 de fevereiro de 2018 (proc 3131/16.1T8LSB.L1-2) relatado por Jorge Leal [consult. 22/11/2022]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/EE4530783FAB78CC8025825D003B41DE>

Acórdão do Tribunal da Rela o do Porto [em linha] de 29 de abril de 2019 (proc 22782/17.0T8PRT.P1) relatado por Fernanda Almeida [consult. 22/11/2022]. Disponível em:

<http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a7c9f7f141e7217e8025840b004a429d?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [em linha] de 06/05/1998 (proc 98B059) relatado por Miranda Gusmão [consult. 22/11/2022]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/29a1493a054e10f3802568fc003b82af>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [em linha] de 07/11/2019 (proc 14276/18.3T8PRT.P1.S2) relatado por MARIA DO ROSARIO MORGADO [consult. 22/11/2022]. Disponível em:

<http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/61c7f78402806a06802584ab00633877?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal Constitucional [em linha] de 21 de Dezembro de 2004 Proc. n.  757/04 2.  Sec o Relator: Conselheiro PAULO MOTA PINTO [consult. 22/11/2022] Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=argui%E7%E3o&ficha=1351&pagina=54&exacta=&nid=5432

Acórdão do Tribunal Constitucional [em linha] de 18 de Setembro de 2020 Proc. n.  984/2018 2.  Sec o Relator: Conselheiro LINO RODRIGUES RIBEIRO [consult. 22/11/2022] Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/143189682/details/normal?l=1>

OUTROS DOCUMENTOS

BÍBLIA SAGRADA - Nova Vulgata - Vaticano. [em linha] [consult. 22/11/2022] Disponível em:
http://www.vatican.va/archive/bible/nova_vulgata/documents/nova-vulgata_vt_canticum-canticorum_lt.html

MEMORANDO DE ENTENDIMENTO SOBRE AS CONDICIONALIDADES DE POLÍTICA ECONÓMICA [em linha] [consult. 22/11/2022] Disponível em:
https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexosmou_pt.pdf

PROPOSTA DE LEI N.º 140/IX [em linha] [consult. 22/11/2022]. Disponível em:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7653566776644756346447397a4c334277624445304d43314a5743356b62324d3d&fich=pl140-IX.doc&Inline=true>

JORNAL DE NEGÓCIOS

Sonae obtém quase 11 milhões com operação de "*sale & leaseback*" [em linha] 01/10/2019 [consult. 22/11/2022]. Disponível em:
<https://www.jornaldenegocios.pt/empresas/comercio/detalhe/sonae-obtem-quase-11-milhoes-com-operacao-de-sale-leaseback>

Fidelidade quer vender sede por 80 milhões de euros numa operação de "*sale & leaseback*" " [em linha] 01/10/2019 [consult. 22/11/2022]. Disponível em:
<https://www.jornaldenegocios.pt/empresas/banca---financas/detalhe/fidelidade-quer-vender-sede-por-80-milhoes-de-euros-numa-operacao-de-sale-leaseback>

DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r1/cd/01/06/03/133/1924-07-29/23?q=comercio%2Bop%25C3%25A7%25C3%25A3o&pPeriodo=r1&pPublicacao=cd>

<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r1/cd/01/06/03/133/1924-07-29?sft=true#p17>

ⁱ Cânticos [8:11] - BÍBLIA SAGRADA

ⁱⁱ *A merchant is accustomed to employ his money chiefly in profitable projects; whereas a mere country gentleman is accustomed to employ it chiefly in expense. [...]*

The merchant is commonly a bold, [...] is not afraid to lay out at once a large capital upon the improvement of his land [...] a country gentleman [is] a timid undertaker. [...] If he improves at all, it is commonly not with a capital, but with what he can save out [...] SMITH, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations.

ⁱⁱⁱ O Código Civil faz a distinção ente aluguel e arrendamento no direito português. Art. 1023º A locação diz-se arrendamento quando versa sobre coisa imóvel, aluguer quando incide sobre coisa móvel

^{iv} 11ª versão (Lei n.º 2/2020, de 31/03); 10ª versão (Retificação n.º 11/2019, de 04/04); 9ª versão (Retificação n.º 7/2019, de 07/03); 8ª versão (Lei n.º 13/2019, de 12/02); 7ª versão (Lei n.º 12/2019, de 12/02); 6ª versão (Lei n.º 43/2017, de 14/06); 5ª versão (Lei n.º 42/2017, de 14/06); 4ª versão (Lei n.º 79/2014, de 19/12); 3ª versão (Lei n.º 31/2012, de 14/08); 2ª versão (Rect. n.º 24/2006, de 17/04); 1ª versão (Lei n.º 6/2006, de 27/02)

^v [...] (“O princípio da autonomia privada tem dignidade constitucional, podendo ser inferido dos preceitos da nossa lei fundamental que consagram os princípios da igualdade (artigo 13.º), da liberdade (artigo 27.º, n.º 1), da propriedade (artigo 62.º, n.º 1), da liberdade de trabalho (artigo 53.º, n.º 3) e da liberdade de empresa (artigo 85.º, n.º 1). [...] - SÉRVULO CORREIA, Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, pág. 438, Almedina/1987). In Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 697/10.3TCFUN.L1.S1.

^{vi} HUGON, História das Doutrinas econômicas p.148

^{vii} Redação Original de 1804. Art. 1103: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*” Redação Atual “*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*». [Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2] [“os contratos legalmente formados têm força de lei entre aqueles que o fizeram”]

^{viii} Sobre o assunto, *vide* CANOTILHO, Constituição da República Portuguesa Anotada Vol. I - Artigos 1º a 107º p. 381 e seguintes.

^{ix} CANOTILHO, Constituição da República Portuguesa Anotada Vol I. p. 391/392

^x O Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica, firmado no âmbito da Troika, reconheceu a necessidade de “garantir obrigações e direitos equilibrados de senhorios e inquilinos, tendo em conta os grupos mais vulneráveis.”

^{xi} GRAVATO MORAES, Manual de Direito Comercial - Volume I - Parte Geral, p. 83.

^{xii} CANOTILHO,- Constituição da República Portuguesa Anotada Vol I. p. 836/837

^{xiii} Acórdão do Tribunal Constitucional de 21 de Dezembro de 2004 Proc. n.º 757/04

^{xiv} CAPANEMA DE SOUZA, A lei do inquilinato comentada I. p. 143.

^{xv} Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/11/2019 Proc 14276/18.3T8PRT.P1.S2.

^{xvi} Acórdão do Tribunal Constitucional de 18/09/2020 Ac. 299/2020

^{xvii} “mera” fruição” para usar uma expressão do art. 980º do Código Civil Português, lembrando-se o art. 212 do Código Civil: 1. Diz-se fruto de uma coisa tudo o que ela produz periodicamente,

sem prejuízo da sua substância.² Os frutos são naturais ou civis; dizem-se naturais os que provêm directamente da coisa, e civis as rendas ou interesses que a coisa produz em consequência de uma relação jurídica.

^{xviii} MENEZES CORDEIRO, Direito Comercial. p. 91

^{xix} HUVELIN, *L'histoire du droit commercial. Conception générale, état actuel des études*. Paris, Librairie Leoplod Cerf, 1904. pg 19, *apud* VOSGIEN, *Études générales – Gouverner le commerce au XVIIIe siècle* [O direito comercial aparece, portanto, como o direito da riqueza circulante e dos agentes de sua circulação; o direito civil como o direito da riqueza imobiliária e os detentores dessa riqueza. Daí o fato de que um se aplica acima de tudo (mas não exclusivamente) aos bens móveis, e o outro aos imóveis] [**tradução nossa**].

^{xx} A legislação já mudou bastante desde então.

^{xxi} ULHOA COELHO, Manual de Direito Comercial: p.25.

^{xxii} MENEZES CORDEIRO, Direito Comercial. p. 52.

^{xxiii} Arts. 1606º e seguintes.

^{xxiv} Para mais informações, *vide* Diário da Câmara dos Deputados, transcrição da sessão de 29/07/1924.

^{xxv} Transcrição colhida em “Para uma leitura restritiva da norma (artigo 1091.º do Código Civil) relativamente ao direito de preferência do arrendatário”, de José Carlos Brandão Proença, in Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, volume II, Almedina, 2008, pp. 941 e 942). *Apud* Acórdão TRL de 08 de fevereiro de 2018 (proc. 3131/16.1T8LSB.L1-2)

^{xxvi} [Proposta de Lei n.º 140/IX – Proposta para o art.º 1096.º do Código Civil: Subsecção VI (Direito de preferência) da Secção VII (Arrendamento de prédios urbanos), proclamava o seguinte: “Nos arrendamentos urbanos regidos pela presente secção, nenhuma das partes tem o direito de preferência na compra e venda ou na dação em cumprimento do direito da outra, salvo preceito expresso em contrário.”]

^{xxvii} Item 18 da justificativa da Proposta de Lei n.º 140/IX.

^{xxviii} PINTO FURTADO, Manual do Arrendamento Urbano p. 17-18.

^{xxix} PINTO FURTADO, Manual do Arrendamento Urbano p. 151

^{xxx} PIRES LIMA no parecer já mencionado acima no Acórdão TRL de 08/02/2018 (proc. 3131/16.1T8LSB.L1-2)

^{xxxi} O Art. 2189º do Código Seabra., as enumerava: enfiteuse e subenfiteuse; o censo; quinhão; usufruto, uso e habitação; compáscuo; e servidões.

^{xxxii} *Vide* «Sonae obtém quase 11 milhões com operação de “sale & leaseback”» e «Fidelidade quer vender sede por 80 milhões de euros numa operação de “sale & leaseback”».

^{xxxiii} MONTEIRO, Direitos e obrigações Legais de Preferência no Novo Regime Jurídico do Arrendamento Urbano.

^{xxxiv} VAZ SERRA, anotações ao acórdão STJ de 27/04/1971, RLJ ano 105º, nº 3472, p. 105 *apud* MONTEIRO, Direitos e obrigações Legais de Preferência no Novo Regime Jurídico do Arrendamento Urbano.

^{xxxv} É possível observar e tomar por exemplo os conceitos do art. 64º. 1 do Código das Sociedades Comerciais indica, para além dos interesses dos sócios, os interesses dos trabalhadores, clientes e credores.

^{xxxvi} Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29/04/2019 (proc. 22782/17.0T8PRT.P1)

^{xxxvii} Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06/05/1998 (proc. 98B059)

^{xxxviii} MIRANDA, Atribuição de direitos legais de preferência em Portugal.

^{xxxix} MENEZES CORDEIRO, O Novo Regime do Arrendamento Urbano: dezasseis meses depois, a ineficácia económica do direito”, in *O Direito* (139), V, 2007; pág. 971. apud. “ESTRELA, O Direito de Preferência do Arrendatário de Parte de Prédio não Constituído em Propriedade Horizontal.

^{xl} MENEZES CORDEIRO, Novo Regime do Arrendamento Urbano, 1990, Almedina, p. 97, nota 3). “A modernização do Direito português do arrendamento urbano”, in *O Direito*, ano 136.º (2004), II-III, pp. 235-253: *Apud* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa [em linha] de 08 de fevereiro de 2018 (proc 3131/16.1T8LSB.L1-2)

^{xli} MASSO, Fabiano Del, Direito econômico esquematizado p.217. Para conceitos mais aprofundados *vide* FRIEDMAN, *Law’s order: what economics has to do with Law and why it matters* e COOTER e ULEN - *Law & economics*.

^{xlii} Acórdão do Tribunal Constitucional de 18/09/2020 Ac. 299/2020

^{xliii} *Vide* também Art. 1101.º O senhorio pode denunciar o contrato de duração indeterminada nos casos seguintes: a) Necessidade de habitação pelo próprio ou pelos seus descendentes em 1.º grau; b) Para demolição ou realização de obra de remodelação ou restauro profundos; c) Mediante comunicação ao arrendatário com antecedência não inferior a cinco anos sobre a data em que pretenda a cessação. / 1110º 1. As regras relativas à duração, denúncia e oposição à renovação dos contratos de arrendamento para fins não habitacionais são livremente estabelecidas pelas partes, aplicando-se, na falta de estipulação, o disposto quanto ao arrendamento para habitação, sem prejuízo do disposto no presente artigo e no seguinte.2. Na falta de estipulação, o contrato considera-se celebrado com prazo certo, pelo período de cinco anos, não podendo o arrendatário denunciá-lo com antecedência inferior a um ano.3. Salvo estipulação em contrário, o contrato celebrado por prazo certo renova-se automaticamente no seu termo e por períodos sucessivos de igual duração ou de cinco anos se esta for inferior, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 1096.º 4. Nos cinco primeiros anos após o início do contrato, independentemente do prazo estipulado, o senhorio não pode opor-se à renovação.

Data  **enia**

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

ISSN 2182-6242

Ano 10 • N.º 13 • dezembro 2022

