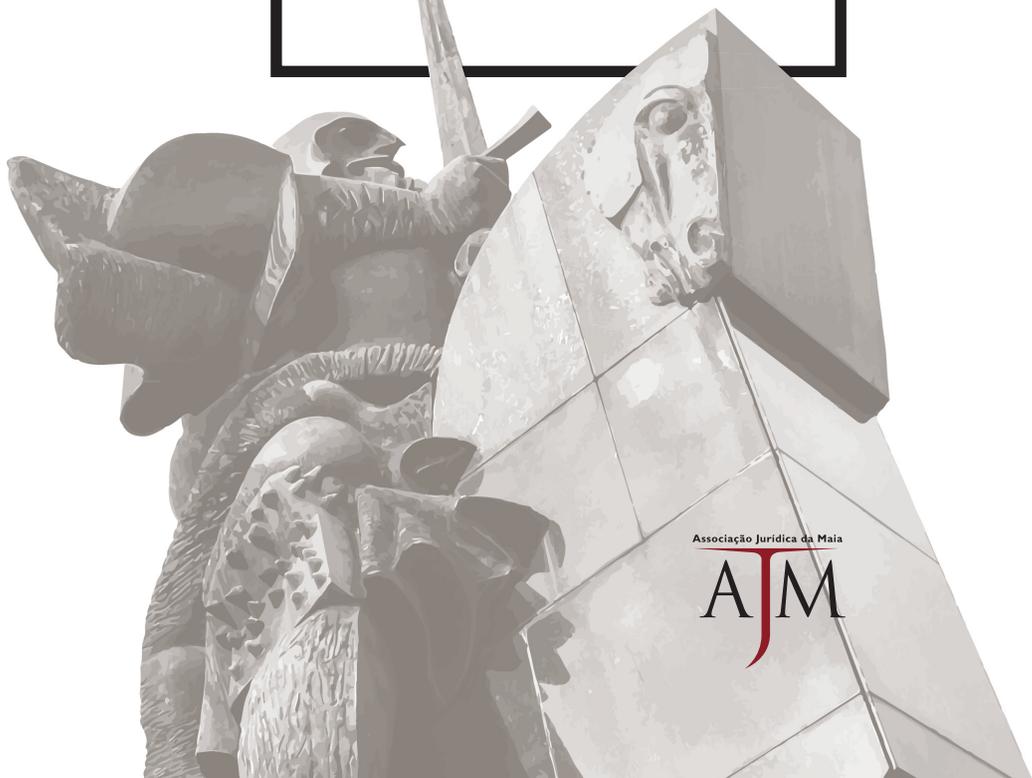


R E V I S T A D E D I R E I T O

01

MAIA
JURÍ
DICA

SEMESTRAL
2ª SÉRIE_1(1)
JANEIRO_JUNHO 2025



Associação Jurídica da Maia

AJM

R E V I S T A D E D I R E I T O

1

SEMESTRAL
2ª SÉRIE_1(1)
JANEIRO_JUNHO 2025

MAIA
JURÍ
DICA

Associação Jurídica da Maia

AJM

ÍNDICE

EDITORIAL 05

NOTA PRÉVIA 07

1 DOCTRINA

**ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO
A TERMO RESOLUTIVO: UMA ESPADA DE DOIS GUMES?** 11
[Iva Faria], [Susana Ferreira dos Santos].

**CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS
POR UMA ASSEPSIA DOS CONTRATOS DE ADESÃO
POVOADOS DE CLÁUSULAS LEONINAS** 29
[Mário Frota].

A CONVERSÃO INVERTIDA 59
[Paula Quintas].

2 REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES
COMERCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA E BRASILEIRA** 75
[João António Bahia de Almeida Garrett].

3 DISSERTAÇÕES / PROJETOS

**DA EMERGÊNCIA À EMERGÊNCIA - OS LIMITES CONSTITUCIONAIS
DO CAMINHO TRILHADO EM UM ANO DE EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL
(NO ÂMBITO DA PANDEMIA COVID-19)** 103
[Vânia Dias da Silva].

4 OBSERVATÓRIO DA LEGISLAÇÃO 148 | 149

5 PROTOCOLOS 152 | 153

6 NOTÍCIAS 160 | 161

7 NOTAS PARA OS AUTORES 168 | 169

EDITORIAL

A Revista MAIAJURÍDICA, como órgão estatutário da Associação Jurídica da Maia, tem como finalidade essencial promover a consecução dos objetivos propostos por esta associação, designadamente constituindo um espaço aberto à discussão científica ou prática de temas jurídicos e afins, à análise crítica da legislação e jurisprudência nacional e dos países de expressão portuguesa, assim como a divulgação de acontecimentos e medidas de carácter institucional e orgânico, quer de natureza funcional, quer profissional.

Como Revista de uma Associação Jurídica, será um local privilegiado, sem embargo da desejada qualidade, para a publicação de trabalhos ou estudos dos seus associados, mas não será limitada por tal característica, recorrendo, quando entenda necessário, à colaboração de terceiros de reconhecida credibilidade.

Pautando-se por critérios de total independência face aos poderes instituídos, não adotará comportamentos denunciadores de opções políticas, partidárias ou religiosas, funcionando, ainda, na definição de conteúdos, com carácter de inteira autonomia relativamente à Direção da Associação.

Composta de um corpo redatorial próprio, procurará transmitir as informações e conhecimentos de modo imparcial, não acrítico embora, por forma a melhor contribuir para a divulgação e desenvolvimento da ciência e prática do Direito, sem deixar de cuidar das necessidades de formação permanente dos profissionais do foro.

NOTA PRÉVIA

Publica-se o primeiro número da segunda série da Revista MAIAJURÍDICA, no âmbito da parceria instituída pelos protocolos de colaboração celebrados entre a Associação Jurídica da Maia, o Politécnico da Maia (IPMAIA) e a Maiêutica – Cooperativa de Ensino Superior, CRL, sua Entidade Instituidora.

Reforça-se, assim, uma antiga relação institucional de proximidade e colaboração, que esperamos venha a beneficiar a comunidade jurídica da Maia e os seus membros, desde os que se iniciam no estudo do Direito aos que percorreram já anos de prática.

A Revista, estando naturalmente aberta a todos os que se dedicam ou interessam pelos temas jurídicos, incluirá uma secção de doutrina, em que os artigos serão objeto de revisão cega por pares, destinada a acolher, entre outros, trabalhos de investigação científica de docentes e discentes do IPMAIA, e secções de revisão de jurisprudência, dissertações e/ou projetos, e de notícias de interesse para as instituições parceiras e para a comunidade jurídica em geral. Inclui-se também uma secção destinada a dar conta da legislação mais relevante que vai sendo publicada, nestes tempos frenéticos de proliferação legislativa, começando com diplomas que introduziram alterações de relevo no Código Civil.

A Revista adota a ortografia resultante do Acordo Ortográfico de 1990, dando, todavia, inteira liberdade aos autores nesta matéria.

Este número conta com a colaboração de autores prestigiados, na sua maioria professores do ensino superior, que amavelmente acederam ao nosso convite, permitindo-nos apresentar estudos em áreas de reconhecido interesse teórico e prático: direito do consumidor, direito do trabalho, direito comercial, direito constitucional.

DOCTRINA[†]

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO A TERMO RESOLUTIVO: UMA ESPADA DE DOIS GUMES?

[Iva Faria], [Susana Ferreira dos Santos].

CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS POR UMA ASSEPSIA DOS CONTRATOS DE ADESÃO POVOADOS DE CLÁUSULAS LEONINAS

[Mário Frota].

A CONVERSÃO INVERTIDA

[Paula Quintas].

[†] Os trabalhos incluídos nesta secção foram objeto de revisão cega por pares.



ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO A TERMO RESOLUTIVO: UMA ESPADA DE DOIS GUMES?

SOME REFLECTIONS ON FIXED-TERM EMPLOYMENT CONTRACT: A DOUBLE-EDGED SWORD?

Iva Faria¹

Susana Ferreira dos Santos²

¹ LICENCIADA EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA.
MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA.
ESPECIALISTA EM CIÊNCIAS JURÍDICO-PRIVATÍSTICAS PELA ESCOLA SUPERIOR
DE GESTÃO DO INSTITUTO POLITÉCNICO DO CÁVADO E DO AVE.
DOUTORANDA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DO MINHO.
ESCOLA SUPERIOR DE GESTÃO, POLITÉCNICO DO CÁVADO E DO AVE.
DEPARTAMENTO DE DIREITO. PROFESSORA-ADJUNTA.
DIRETORA DA LICENCIATURA EM SOLICITADORIA.
CAMPUS DE BARCELOS, VILA FRESCAÍNHA S. MARTINHO, BARCELOS.
ORCID: 0000-0002-3290-4886.

² LICENCIADA E MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA.
DOUTORADA EM DIREITO PRIVADO PELA FACULDADE
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DA CORUNHA.
ESCOLA SUPERIOR DE COMUNICAÇÃO, ADMINISTRAÇÃO
E TURISMO, INSTITUTO POLITÉCNICO DE BRAGANÇA.
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS EMPRESARIAIS E JURÍDICAS.
PROFESSORA ADJUNTA. DIRETORA DA LICENCIATURA EM SOLICITADORIA.
CAMPUS DO CRUZEIRO, AVENIDA 25 DE ABRIL, MIRANDELA.
ORCID: 0000-0003-3034-4034.

Resumo

A precariedade laboral tem sido, nos últimos anos, uma realidade marcante em Portugal, evidenciando a urgência na promoção da estabilidade e segurança no emprego, com o objetivo de diminuir as injustiças sociais e evitar a segmentação do mercado de trabalho. O contrato de trabalho a termo resolutivo, enquanto modalidade excecional, visa, em regra, responder a necessidades temporárias das entidades empregadoras. Para mitigar abusos, têm ocorrido sucessivas alterações legislativas, a fim de proteger os direitos dos trabalhadores; em contrapartida, essas mudanças podem comprometer a competitividade e a criação de emprego em mercados dinâmicos (“a espada de dois gumes”). Considerando a importância da temática, para além de umas considerações gerais, faz-se uma reflexão sobre o carácter excecional do contrato de trabalho a termo. Em seguida, analisam-se as últimas alterações ao regime jurídico, com destaque para a Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, e a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, bem como as situações

em que a sua celebração é admissível. Nas conclusões, analisa-se a evolução recente do regime jurídico do contrato de trabalho a termo, destacando o equilíbrio que o legislador procura alcançar entre a flexibilidade para o empregador e a proteção do trabalhador.

Palavras-Chave: Contrato de trabalho a termo; Termo resolutivo certo e incerto; Precariedade laboral; Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro; Lei n.º 13/2023, de 3 de abril; Admissibilidade do contrato de trabalho a termo.

Abstract

In recent years, job insecurity has been a marked reality in Portugal, highlighting the urgent need to promote stability and security in employment, with the aim of reducing social injustices and avoiding the segmentation of the labour market. As an exceptional arrangement, fixed-term employment contracts are generally intended to meet employers' temporary needs. To mitigate abuses, there have been successive legislative changes to protect workers' rights; on the other hand, these changes can compromise competitiveness and job creation in dynamic markets ("the double-edged sword"). Considering the importance of the issue, in addition to general considerations, we reflect on the exceptional nature of fixed-term employment contracts. This is followed by an analysis of the latest changes to the legal framework, with emphasis on Law 93/2019, of 4 September, and Law 13/2023, of 3 April, as well as the situations in which it is admissible. The conclusions analyse the recent evolution of the fixed-term employment contract legal framework, highlighting the balance that the legislator seeks to achieve between flexibility for the employer and protection for the worker.

Keywords: Fixed-term employment contract; Certain and uncertain resolutive fixed-term; Labour precariousness; Law 93/2019, of 4 September; Law 13/2023, of 3 April; Admissibility of the fixed-term employment contract.

SUMÁRIO

1. Considerações Gerais. 2. Contrato de Trabalho a Termo Resolutivo: Sua excecionalidade. 3. Contrato de Trabalho a Termo Resolutivo: Recentes Alterações. 3.1 Alterações introduzidas pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro; 3.2 Alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril; 4. Contrato de Trabalho a Termo Resolutivo: Admissibilidade. 5. Conclusões

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Direito do Trabalho está intimamente ligado, não só com a ideologia, mas também com a conjuntura económica. Desonerar os empregadores da rigidez dos despedimentos e facilitar a contratação são medidas para promover a competitividade e a criação de emprego em contextos económicos flexíveis. No entanto, essas

medidas podem comprometer a estabilidade laboral e os direitos dos trabalhadores, acentuando a precariedade nas relações laborais, ainda que alguns autores, tal como MONTEIRO FERNANDES, entendam que “não existe verdadeiramente uma relação de incompatibilidade radical entre Direito do Trabalho e competitividade”¹.

JÚLIO GOMES destacava, já no início do século XXI, que a regulamentação do contrato a termo é uma das questões mais delicadas em países industrializados, exigindo um equilíbrio entre a flexibilidade e segurança no emprego.² Neste contexto, na década de 90, o conceito de “flexisegurança” foi idealizado por Ton Wilthagen, académico dos Países Baixos, unindo dois princípios: flexibilidade no emprego e segurança no desemprego, com o objetivo de facilitar os despedimentos, enquanto se garante proteção social ao trabalhador.

No contexto laboral português, em vez de flexisegurança, parece-nos mais adequado falar em precarização, já que a precarização das relações laborais segue, nas palavras de Alain SUPIOT, “a curva da actividade das empresas e não a das reformas do direito do trabalho”³. Do ponto de vista sociológico, este termo refere-se à “instabilidade no emprego ou integração limitada no trabalho não controladas pelos trabalhadores”.⁴ Na maioria dos casos, estar em situação precária significa a não celebração de um contrato de trabalho por tempo indeterminado. “O termo é, no entanto, muito utilizado nos países latinos (França, Itália, Espanha e Portugal) e corresponde a uma situação laboral marcada pela precariedade, que se opõe ao contrato de trabalho tradicional que assegurava ao trabalhador um trabalho a tempo inteiro, com duração indeterminada e com proteção social”⁵.

Contudo, é importante evitar uma análise redutora do fenómeno, pois existem diferentes formas de entender essa instabilidade. Como refere, há muito, REGINA REDINHA “nem sempre é possível discernir ou avaliar, aprioristicamente, a fragilidade do vínculo laboral”⁶.

¹ MONTEIRO FERNANDES, *Um Rumo para as Leis Laborais*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 66.

² JÚLIO GOMES, *O Contrato de Trabalho a Termo ou a Tapeçaria de Penélope?*, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Volume IV, Almedina, 2003, p. 36.

³ ALAIN SUPIOT, *O direito do trabalho ao desbarato no «mercado das normas»*, in *Questões Laborais*, n.º 26, vol. 12, Lisboa, 2005, p. 121.

⁴ JOSÉ MADUREIRA PINTO – *Precarização e relações de sentido no espaço social do trabalho*. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, in *Sociologia*, vol. XVI, 2006, p. 182.

⁵ TERESA SÁ, “Precariedade e Trabalho precário”, in *Revista de Sociologia Configurações*, n.º 7, 2010.

⁶ MARIA REGINA REDINHA, *A precariedade do emprego – Uma Interpelação ao Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho, 1998, p. 329.

O artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe “segurança no emprego”, estabelece que a relação laboral deve configurar um vínculo de carácter duradouro pelo que a contratação a termo, *a contrario*, evidencia um laço precário entre os atores da cena laboral.

A Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, surgiu, no ordenamento jurídico português, visando duas grandes ordens de objetivos: por um lado, o reforço da proteção dos trabalhadores pela inserção de várias limitações ao recurso pelos empregadores dos contratos a termo; e, por outro, a promoção da contratação de trabalhadores à procura de primeiro emprego e de desempregados de longa duração por via de uma contratação sem termo, de forma incondicionada.

Para tal, foram fixadas por aquele diploma novas regras relativamente aos contratos a termo que passaram, entre outras, pelo estabelecimento da imperatividade do seu regime e pela redução da sua duração máxima. As principais e mais recentes alterações ao regime jurídico do contrato de trabalho a termo serão analisadas no ponto 3 do presente artigo.

Antes da análise e reflexão jurídicas, valerá a pena atentar na tabela 1, disponibilizada pela PORDATA, da Fundação Francisco Manuel dos Santos, sobre o número de trabalhadores, em Portugal, com um contrato de trabalho sem termo e a termo.

Tabela 1. Número de trabalhadores, em Portugal, com um contrato de trabalho sem termo e a termo:

Anos	Tipo de contrato			
	Total	Contrato permanente / sem termo	Contrato a termo / a prazo	Outras situações
2012	3 536,4	2 812,2	595,0	129,2
2013	3 453,5	2 715,1	608,2	130,2
2014	3 611,0	2 834,9	646,0	130,1
2015	3 714,8	2 898,4	686,9	129,5
2016	3 794,1	2 946,3	708,8	139,0
2017	3 953,4	3 081,2	730,7	141,4
2018	4 064,0	3 167,6	748,2	148,2
2019	4 092,4	3 238,0	722,9	131,5
2020	4 001,7	3 286,0	597,3	118,4
2021	4 036,1	3 344,1	588,6	103,4
2022	4 190,3	3 494,0	580,8	115,6
2023	4 310,5	3 558,8	620,9	130,8

Fonte: PORDATA (<https://www.pordata.pt>)

O número total de contratos de trabalho aumentou ao longo dos anos, passando de 3.536.400 em 2012 para 4.310.500 em 2023. Esta subida reflete uma tendência de crescimento no mercado de trabalho, com mais pessoas a celebrar contratos de trabalho (em “outras situações” estão em causa contratos de prestação de serviço). Os contratos de trabalho por tempo indeterminado têm tido uma evolução crescente: em 2012 eram 2.812.200, aumentando para 3.558.800 em 2023. Já os contratos de trabalho a termo, embora não se distingam a termo certo e incerto, tiveram uma leve diminuição ao longo dos anos, embora representem ainda uma parte considerável do total.

2. CONTRATO DE TRABALHO A TERMO RESOLUTIVO: SUA EXCECIONALIDADE

Ao contrato de trabalho pode ser aposto um termo suspensivo ou resolutivo. De acordo com o artigo 278.º do Código Civil, os contraentes podem estipular que os efeitos do negócio jurídico tenham o seu início a partir de certa altura (termo suspensivo) ou cessem a partir de determinado momento (termo resolutivo). O legislador laboral português admite as duas modalidades: a primeira consagrada no artigo 135.º do CT e a segunda nos artigos 139.º e ss. do CT.

A possibilidade de celebração de um contrato de trabalho a termo resolutivo foi consagrada pela primeira vez pela Lei n.º 1952, de 10 de março de 1937.⁷ Foi com o Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de novembro de 1969 (LCT), que se consagrou “a natureza excecional da contratação a termo”⁸, na medida em que o artigo 10.º da LCT permitia a celebração de um contrato a prazo, sempre que motivos sérios o justificassem. Já o Decreto-Lei n.º 781/76, de 28 de outubro, estabeleceu um sistema moderadamente restritivo⁹. Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro (LCCT), “tentou reforçar a ideia de que o contrato a termo é um instrumento excecional”¹⁰. Assim, o contrato de trabalho a termo tem sido encarado,

⁷ Seguiu-se o Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de novembro de 1969 (LCT); posteriormente o Decreto-Lei n.º 781/76, de 28 de outubro; e mais tarde o Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro (LCCT), que aprovou o Regime Jurídico da Cessação do Contrato de Trabalho. A LCCT foi revogada pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, que aprovou o primeiro Código do Trabalho Português. Sobre a evolução histórica do contrato de trabalho a termo resolutivo, em Portugal, *cfr.* MARIA JOÃO MACHADO, *O Contrato de Trabalho a Termo, Vida Económica*, 2014, pp. 182-199; bem como MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte IV - Contratos e Regimes Especiais*, Almedina, 2023, pp. 60 e ss.

⁸ PEDRO ORTINS DE BETTENCOURT, *Flexibilidade e Rigidez na Contratação a Termo*, IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, 2002, p. 121.

⁹ *Cfr.* PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2023, p. 673.

¹⁰ PEDRO ORTINS DE BETTENCOURT, *Flexibilidade e Rigidez na Contratação a Termo*, IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, 2002, pp. 123 e 124. O autor tece o seguinte comentário: “Se o legislador de 1989 tentou reforçar a ideia de que o contrato a termo é um instrumento excepcional, nomeadamente, introduzindo o princípio da

desde a LCT, como uma exceção em relação ao contrato de trabalho por tempo indeterminado. JOSÉ JOÃO ABRANTES fala da “excepcionalidade da contratação a termo” e de uma “tendência das diversas legislações nacionais”, sendo necessária “uma razão objetiva” para que a aposição do termo seja válida.¹¹

De facto, em muitos ordenamentos jurídicos europeus a modalidade regra de contratação é o contrato de trabalho por tempo indeterminado e o contrato de trabalho a termo é um desvio ao “contrato de trabalho *standard*”¹². Senão vejamos.

O *contrat à durée déterminée* tem natureza excepcional na legislação francesa, e apenas poderá ser celebrado por um motivo preciso, dentro das circunstâncias previstas e taxativamente enumeradas pelo artigo L. 1242-2 do *Code du Travail*.

De igual modo, em Espanha, o *Estatuto de los Trabajadores* (ET) revela a sua preferência pela celebração do contrato de trabalho por tempo indeterminado, em que o *contrato de trabajo de duración determinada* é claramente uma exceção, por força do artigo 15.º do ET.

O mesmo sucede em Itália, por força do Decreto Legislativo n.º 81, de 15 de junho de 2015, na sua redação atual, em que o artigo 1.º consagra que “o contrato de trabalho sem termo constitui a forma comum da relação laboral”.

Mais acrescentamos que o CT de 2003 consagrou algumas modificações relevantes no que respeita ao regime jurídico do contrato de trabalho a termo, todavia, não reconheceu no contrato de trabalho a termo um contrato especial, mas concebeu o termo como uma cláusula acessória. De acordo com MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, estamos perante uma perspetiva do legislador “substancialmente incorreta e teleologicamente inadequada”¹³.

Diferentemente, o CT de 2009, atualmente em vigor, no título II, na secção IX denominada como “modalidades de contrato de trabalho”, agrupou nesta secção várias modalidades que antes estavam dispersas pelo CT de 2003: contrato de trabalho a termo, trabalho a tempo parcial, trabalho intermitente, comissão de serviço, teletrabalho e trabalho temporário. Sabendo que cada vez mais surgem formas contratuais que se afastam do contrato de trabalho clássico ou padrão, o

taxatividade das causas de celebração, esqueceu que nos ordenamentos mais próximos este tem sido afastado em favor de sistemas mistos, muito mais flexíveis, porquanto assentes na ideia de que a contratação a termo se pode justificar na transitoriedade da necessidade de mão-de-obra, mas também na própria natureza do vínculo”.

¹¹ Cfr. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho a Termo*, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Volume III, Almedina, 2002, pp. 155 e 156.

¹² Cfr. JOÃO LEAL AMADO *et al.*, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2023, p. 542.

¹³ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV - Contratos e Regimes Especiais, Almedina, 2023, p. 58.

legislador decidiu consagrar um regime jurídico específico para cada um desses institutos.

3. CONTRATO DE TRABALHO A TERMO RESOLUTIVO: RECENTES ALTERAÇÕES

No Direito do Trabalho, a acessibilidade e a clareza das regras jurídicas são princípios essenciais, especialmente devido ao caráter tuitivo deste ramo do Direito. Todavia, no Código do Trabalho de 2009, tal como no de 2003, o regime jurídico do contrato de trabalho a termo encontra-se disperso pelo próprio Código. Para além dos artigos 139.º a 149.º do CT, é importante considerar, em especial, o artigo 112.º, n.º 2 (período experimental); o artigo 131.º, n.º 2 (formação contínua); os artigos 344.º e 345.º (compensação por caducidade do contrato de trabalho a termo certo e incerto, respetivamente); artigo 366.º (por remissão dos artigos 344.º e 345.º); artigo 393.º (denúncia com aviso prévio); e, ainda, artigo 400.º, n.º 3 (denúncia do contrato).

O contrato de trabalho a termo resolutivo divide-se em termo certo ou incerto. A distinção entre estas duas modalidades não diz respeito à verificação do facto em si, mas ao momento da sua verificação. Quando um trabalhador é contratado por um período determinado, como seis meses, o momento da cessação do contrato está precisamente estabelecido no tempo, configurando-se, assim, como termo certo. Por sua vez, se um trabalhador é contratado para substituir outro ausente, o contrato dura pelo tempo necessário até ao regresso deste, logo o termo é incerto. Na verdade, a estipulação de um termo incerto desencadeia uma incerteza ainda maior na relação de trabalho.¹⁴

No que concerne às mais recentes alterações ao regime jurídico do contrato de trabalho a termo¹⁵, a Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, modificou inúmeros artigos e introduziu alterações em relação aos requisitos e duração máxima do contrato a termo certo e incerto. Por sua vez, a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, alterou os artigos 141.º a 144.º, bem como os artigos 344.º e 345.º do CT.

As alterações que vamos elencar, em seguida, são, naturalmente, medidas bem-intencionadas e com objetivos claros de redução da precariedade laboral. No entanto, muitos dos contratos atualmente em vigor são contratos que, consabidamente, se baseiam em necessidades temporárias inexistentes e, como tal, sem motivo justificativo que legitime a sua celebração. Sendo assim, e permitam-nos o desabafo,

¹⁴ Como mero apontamento histórico, o Decreto-Lei n.º 781/76, de 28 de outubro, admitia apenas que as partes celebrassem um contrato de trabalho a termo certo. Foi com a LCCT que a lei passou a admitir a celebração de um contrato de trabalho a termo incerto, sendo tipificadas as reduzidas situações em que tal era possível.

¹⁵ Note-se que Lei n.º 90/2019, de 4 de setembro, alterou apenas a redação do artigo 144.º, n.º 3 do CT, muito embora tenha voltado a sofrer alterações com a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril.

a consagração e o endurecimento de medidas legislativas nunca atingirão a eficácia pretendida sem a devida fiscalização por parte da Autoridade para as Condições do Trabalho, através do cruzamento de dados entre a Segurança Social e a Autoridade Tributária.

3.1. Alterações introduzidas pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro

O regime do contrato de trabalho a termo resolutivo estabelecido no CT passou a ter caráter imperativo, nos termos do artigo 139.º do CT. Este artigo determina que “o regime do contrato de trabalho a termo resolutivo (...) não pode ser afastado por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, com exceção do n.º 2 do artigo seguinte e do artigo 145.º”, estabelecendo, desta forma, a imperatividade do regime da contratação a termo resolutivo, ainda que com algumas exceções. Assim, impossibilitou que fosse afastada a regra da sucessão dos contratos a termo prevista no artigo 143.º do CT num claro combate ao recurso abusivo pelos empregadores da contratação a termo¹⁶.

Conforme a anterior redação do artigo 140.º, n.º 4, alínea a) do CT, existia a possibilidade de os empregadores celebrarem contratos de trabalho a termo com fundamento no lançamento de nova atividade de duração incerta ou início de funcionamento da empresa ou estabelecimento com menos de 750 trabalhadores. A Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, estipulou “com menos de 250 trabalhadores”, embora possamos questionar se esse número não deveria ser ainda mais reduzido. Discutia-se até quando as entidades empregadoras podiam recorrer a esta possibilidade e a nova lei resolveu esta questão: “não pode exceder os dois anos posteriores ao início do motivo justificativo”, como previsto no 148.º, n.º 4 do CT.¹⁷

¹⁶ A este respeito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de dezembro de 2022 (Relatora: Albertina Pereira) declarou sem termo um contrato de trabalho por violação do n.º 2, do artigo 143.º do CT: “Considerando que ao contrato a termo deve corresponder a satisfação de necessidades temporárias da empresa, a lei estabelece regras que visam obstar à sua eternização. Por isso, impõe ao legislador limites máximos às suas renovações e à sua duração (artigo 148.º, do CT). A sucessão de contratos a termo também é regulada de modo a impedir a espiral da contratação a termo. Pretende-se evitar que a cessação de um contrato de duração limitada seja seguida de uma nova contratação a termo, implicando esta violação a conversão do contrato em contrato de duração indeterminada (artigo 143.º do CT). (...) No presente caso, uma vez que entre o termo do contrato de trabalho celebrado entre a Autora e a Ré (...) e a data da celebração do novo contrato de trabalho (...) mediarão apenas 17 dias, a interrupção da relação laboral é inferior a um terço da duração do anterior contrato, não se mostrando respeitado o período temporal previsto no artigo 143.º, n.º 1, do CT (...)”.

¹⁷ Vamos supor que uma empresa com 200 trabalhadores abre um novo estabelecimento a 1 de janeiro de 2024. Se celebrar um contrato de trabalho a termo certo a 1 de julho de 2024 (6 meses após a abertura), a duração máxima permitida para esse contrato será de 1 ano e 6 meses (ou seja, o período restante até 31 de dezembro de 2025, que corresponde aos dois anos desde o início do motivo justificativo).

A Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, eliminou a possibilidade de celebrar um contrato de trabalho a termo resolutivo com trabalhadores à procura de primeiro emprego, em situação de desemprego de longa duração ou noutra prevista em legislação especial de política de emprego. A Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, permite a celebração de contratos de trabalho a termo apenas com desempregados de muita longa duração e alargou a duração do período experimental nos contratos de trabalho sem termo dos trabalhadores à procura de primeiro emprego e de desempregados de longa duração¹⁸. Não se compreende a razão pela qual o CT não define estes conceitos. De acordo com DAVID FALCÃO, “o legislador tem insistido, por um lado, em desconsiderar a importância de consagrar no CT tais noções e, por outro, em descurar a necessidade de uniformização de critérios que permitam determinar, com rigor, o âmbito de aplicação subjetivo da norma”¹⁹. Teremos de recorrer, com cautelas, à legislação na área da política de emprego, ou seja, ao Decreto-Lei n.º 72/2017, de 21 de junho,²⁰ que define “jovens à procura do primeiro emprego”²¹, “desempregados de longa duração”²² e “desempregados de muito longa duração”²³. Seguindo o entendimento do Tribunal Constitucional (Acórdão do TC n.º 318/2021)²⁴, podemos admitir as noções previstas naquele diploma, mas há que “desconsiderar o requisito de inscrição no IEFP, I. P., na medida em que, tratando-se de um requisito específico relativo a legislação especial de política de

¹⁸ A Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, aditou que o período experimental dos trabalhadores à procura do primeiro emprego e dos desempregados de longa duração, previsto no n.º 1, alínea b), subalínea iii), “é reduzido ou excluído consoante a duração de anterior contrato de trabalho a termo, celebrado com empregador diferente, tenha sido igual ou superior a 90 dias”, conforme estabelecido no artigo 112.º, n.º 5 do CT. Este aditamento vem ao encontro do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021, de 1 de julho (Relator: Conselheiro José António Teles Pereira) que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do período experimental de 180 dias nos contratos de trabalho por tempo indeterminado, nos casos de trabalhadores à procura do primeiro emprego que já tivessem celebrado um contrato de trabalho a termo por um período superior a 90 dias, por outro(s) empregador(es).

¹⁹ Cfr. David Falcão, *Às voltas com o regime do período experimental*, Revista Eletrónica de Direito, N.º 3 (vol. 35), FDUP, 2024, p. 155.

²⁰ Este diploma estabeleceu incentivos à contratação de jovens à procura do primeiro emprego e de desempregados de longa duração e de muito longa duração.

²¹ “(...) pessoas com idade até aos 30 anos, inclusive, que nunca tenham prestado atividade ao abrigo de contrato de trabalho sem termo”. Cfr. Artigo 4.º, n.º 1, alínea a) do Decreto-Lei n.º 72/2017, de 21 de junho.

²² “(...) pessoas que tenham 45 ou mais anos de idade e que se encontrem inscritas como desempregadas no IEFP, I. P., há 12 meses ou mais”. Cfr. Artigo 4.º, n.º 1, alínea b) do Decreto-Lei n.º 72/2017, de 21 de junho.

²³ “(...) pessoas que tenham 45 ou mais anos de idade e que se encontrem inscritas como desempregadas no IEFP, I. P., há 25 meses ou mais”. Cfr. Artigo 4.º, n.º 1, alínea c) do Decreto-Lei n.º 72/2017, de 21 de junho.

²⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021, de 18 de maio e publicado em 1 de julho (Relator: Conselheiro José António Teles Pereira). Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210318.html>.

emprego, só deve relevar para a atribuição dos incentivos nela referidos e não no domínio do Direito do Trabalho”²⁵.

A Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, alterou, ainda, a duração máxima dos contratos de trabalho a termo certo e incerto: no primeiro caso, não podem ser superiores a dois anos; no segundo, a quatro anos (artigo 148.º, n.º 1 e n.º 4, respetivamente). A redução dos limites máximos de duração dos contratos a termo, certo ou incerto, é, portanto, uma medida de aplaudir na medida em que, partindo da *ratio* da norma que assenta na satisfação de necessidades temporárias da empresa (com as exceções já *retro* evidenciadas), evita a eternização dos mesmos. Como refere GLÓRIA REBELO, “na perspectiva do empregador, o objectivo do recurso a este tipo de contratos é, acima de tudo, o de retardar, tanto quanto possível, a passagem a contratos indeterminados, a fim de prolongar ao máximo a “experimentação” do candidato”²⁶.

Esta medida, ainda que tenha contribuído para a subida do número de contratos por tempo indeterminado em Portugal, tem, no entanto, apresentado resultados perversos, já que os empregadores para evitar as limitações existentes da duração de contratos de trabalho a termo certo, cujo limite é de dois anos, têm optado por fazer contratações a termo incerto para prolongar os efeitos do contrato a termo até quatro anos²⁷.

No que diz respeito ao artigo 149.º do CT, mantém-se a possibilidade de as partes acordarem, desde logo, que o contrato a termo certo não estará sujeito a renovação (n.º 1), bem como a possibilidade de renovação do contrato por igual período, salvo estipulação diversa entre as partes (n.º 2). Claro que esta renovação exige que se mantenham os requisitos de substância, assim como os formais (neste último caso apenas se for estipulado um período diferente).

A novidade é o n.º 4: “o contrato de trabalho a termo certo pode ser renovado até três vezes e a duração total das renovações não pode exceder a do período inicial daquele”, sob pena de conversão em contrato sem termo, conforme disposto no artigo 147.º, n.º 2, alínea b) do CT. Naturalmente se os contraentes celebram um contrato de trabalho a termo certo pelo prazo de dois anos, não será alvo de

²⁵ Cfr. David Falcão, *Às voltas com o regime do período experimental*, Revista Eletrónica de Direito, N.º 3 (vol. 35), FDUP, 2024, p. 155.

²⁶ GLÓRIA REBELO, *Flexibilidade e diversidade laboral em Portugal*, Dinâmia Working Paper, 2006/50, p. 6.

²⁷ A este respeito, veja-se a notícia do “Jornal de Negócios” de 4 de janeiro de 2024, ao anunciar que “Contratos a termo incerto sobem 165% em doze anos. Depois das alterações ao Código do Trabalho de 2019, o peso dos contratos sem termo no privado aumentou e o dos contratos a termo certo baixou. Mas os contratos a termo incerto não pararam de subir, mostram os dados dos Quadros de Pessoal, com informação sobre 3,1 milhões de trabalhadores”.

qualquer renovação; já se a duração do contrato for de seis meses e o contrato for renovado por igual período, não obstante não ter atingido o limite máximo dos dois anos, uma vez que a renovação teve a mesma duração do período inicial, não serão permitidas novas renovações.

Por último, a Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, resolveu uma antiga quezília sobre o direito do trabalhador à compensação por caducidade do contrato de trabalho a termo certo. Assim, foram dissipadas eventuais dúvidas ou diferentes entendimentos, tendo o legislador aditado ao n.º 2 do artigo 344.º que o trabalhador apenas não terá direito à compensação na hipótese de “a caducidade decorrer de declaração do trabalhador nos termos do número anterior”. Em suma, o trabalhador não terá direito ao pagamento da compensação por caducidade no caso de comunicar ao empregador que o contrato cessará no final do prazo estipulado, nos termos do n.º 1, do artigo 344.º, sendo igualmente abrangidas as situações em que o trabalhador denuncie o contrato durante a sua execução.

3.2. Alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril

Sem o desiderato de analisar todas as alterações, destacamos o facto de o legislador clarificar nas menções que devem constar do contrato (“indicação do termo estipulado, ou da duração previsível do contrato, e do respetivo motivo justificativo, consoante se trate, respetivamente, de contrato a termo certo ou incerto”), no artigo 141.º, n.º 1, alínea e) do CT, em que se faz alusão, que não era feita até então, ao termo incerto.

O artigo 143.º, n.º 1, que se refere à sucessão de contrato de trabalho a termo, sofreu uma “pequena” alteração: “A cessação de contrato de trabalho a termo, por motivo não imputável ao trabalhador, impede nova admissão ou afetação de trabalhador através de contrato de trabalho a termo ou de trabalho temporário cuja execução se concretize no mesmo posto de trabalho ou atividade profissional, ou ainda de contrato de prestação de serviços para o mesmo objeto ou atividade, celebrado com o mesmo empregador ou sociedade que com este se encontre em relação de domínio ou de grupo, ou mantenha estruturas organizativas comuns, antes de decorrido um período de tempo equivalente a um terço da duração do contrato, incluindo renovações”. Salvo melhor opinião, atividade profissional é mais abrangente do que “mesmo posto de trabalho”. Podem até ser postos de trabalho distintos, mas estar em causa a mesma atividade. Existem, para todos os efeitos, algumas exceções consagradas no artigo 143.º, n.º 2 do CT. Estas exceções (que se baseiam em situações bastante comuns do dia-a-dia das empresas, tais como: nova ausência do trabalhador substituído; acréscimo excepcional da atividade da

empresa; e atividade sazonal) deixam, no entanto, um sabor amargo, já que permitem o recurso à contratação a termo por via excecional, mas que, nos parece, acabam por esvaziar o propósito da norma de evitar a proliferação de contratos a termo e da precariedade.

Por fim, destacamos as alterações introduzidas no cálculo da compensação por caducidade do contrato de trabalho a termo certo e incerto: passaram a ser 24 dias (em vez de 18) de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade (artigo 344.º, n.º 2 e 345.º, n.º 4 do CT, respetivamente).

4. CONTRATO DE TRABALHO A TERMO RESOLUTIVO: ADMISSIBILIDADE

O artigo 140.º, n.º 2 do CT faz uma enumeração exemplificativa das situações em que é admissível a celebração de um contrato de trabalho a termo e a cláusula geral prevista no n.º 1 exige que esteja em causa “a satisfação de necessidades temporárias”, “objetivamente definidas” pelo empregador e “apenas pelo período estritamente necessário à satisfação dessas necessidades”.

No que se refere à “satisfação de necessidades temporárias”, a contratação a termo deve destinar-se a necessidades transitórias (embora existam casos excecionais, como veremos) e não a necessidades permanentes. Essas necessidades devem ser “objetivamente definidas pelo empregador”, o que implica que não são admissíveis definições genéricas ou vagas²⁸. Por último, a duração do contrato a termo deve ser limitada ao período estritamente necessário para satisfazer a necessidade temporária que justificou a aposição do termo.

As primeiras quatro alíneas do artigo 140.º, n.º 2 do CT referem-se a situações em que o contrato de trabalho a termo é celebrado para substituir um trabalhador ausente; que tenha pendente em juízo ação de apreciação da licitude do despedimento; que esteja em licença sem retribuição; ou ainda que passe a prestar trabalho a tempo parcial por período determinado. A lei fala em “substituição direta ou indireta”, o que significa que, na hipótese de uma substituição indireta, o empregador recorre

²⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de maio de 2016, (Relator: José Eduardo Sapateiro): “O fundamento justificativo da aposição do termo neste tipo negocial não pode limitar-se a transcrever secamente uma das alíneas dos números 2 ou 4, do artigo 140.º do atual Código do Trabalho, sob pena de o mesmo se converter em contrato por tempo indeterminado - artigo 147.º, n.º 1, alínea c) do mesmo diploma. (...) Por tal motivo, se não pode ser tão vago e indefinido que impeça o trabalhador e, depois, a ACT e o tribunal de trabalho, de compreender e fiscalizar, devida e efetivamente, as razões em que se radica a necessidade de firmar um tal contrato, também não reclama que o empregador escreva e descreva o motivo explicativo com o máximo de detalhe ou pormenor que, materialmente, lhe for possível, bastando-lhe fazê-lo de maneira a que se ache suficientemente definida e perceptível a situação de facto real e concreta que reclama a celebração do contrato de trabalho a termo certo em questão, possibilitando, dessa forma, a um qualquer declaratório colocado na mesma posição do trabalhador, a exata e objetiva compreensão do motivo invocado pela entidade patronal”.

ao *ius variandi* (ou mobilidade funcional) para designar um dos seus trabalhadores para o posto de trabalho do substituído, enquanto o trabalhador contratado a termo ocupará o lugar do trabalhador que está a substituir o colega ausente.

Nas alíneas e) a h) do artigo 140.º, n.º 2 do CT, estão em causa motivos relacionados com a gestão do empregador, como atividades sazonais, acréscimo excecional da atividade, execução de uma tarefa ocasional ou serviço determinado precisamente definido e não duradouro, bem como realização de uma obra, projeto ou outra atividade específica e temporária.

O legislador permite, ainda, a celebração de um contrato de trabalho a termo certo em duas outras situações, tais como: “lançamento de nova atividade de duração incerta, bem como início do funcionamento de empresa ou de estabelecimento pertencente a empresa com menos de 250 trabalhadores, nos dois anos posteriores a qualquer um desses factos”; e quando está em causa a contratação de trabalhador em situação de desemprego de muita longa duração.

No que a este ponto diz respeito, cabem-nos aqui também algumas considerações já que o n.º 4 do artigo 140.º do CT permite a contratação a termo fundamentada em incertezas de novas atividades [alínea a)] e em políticas de emprego [alínea b)].

Assim, nos termos da alínea a) daquele artigo, a *ratio* da norma é “afastada” permitindo-se o recurso a esta tipologia de contratação sem fundamento numa necessidade temporária da empresa que se vise suprir, mas baseada no “lançamento de nova atividade de duração incerta, bem como início do funcionamento de empresa ou de estabelecimento”²⁹.

A este propósito, parece-nos pertinente lembrar o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 581/95, de 22 de janeiro³⁰, proferido em sede de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade da correspondente norma do artigo 41.º, n.º 1, alínea e), da LCCT que baseou o seu juízo de não inconstitucionalidade da norma no entendimento de que nas situações de “lançamento de uma nova atividade de duração incerta” e de “início de laboração de uma empresa ou estabelecimento”, o “legislador teve em conta a «natureza das coisas» e adequou a essa natureza o sentido da lei: a entidade empregadora que se propõe uma actividade por tempo incerto ou que abre a empresa, pela primeira vez, aos riscos do mercado, não tem base segura de calculabilidade quanto aos recursos humanos. Por isso que lhe

²⁹ Veja-se o Acórdão da Relação de Lisboa, de 2 de maio de 2019 (Relatora: Maria José Costa Pinto): “Como decorre expressamente do corpo do n.º 4 do artigo 140.º do Código do Trabalho, nestas situações o contrato não depende dos requisitos constantes da cláusula geral do n.º 1 do mesmo artigo, o que significa que estes trabalhadores podem ser contratados para a satisfação de necessidades permanentes da empresa”.

³⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 581/95, de 22 de janeiro (Relatora: Assunção Esteves).

não é exigível - e não é assim exigível ao legislador que determine - a adoção da modalidade-regra do contrato de trabalho por tempo indeterminado”.

Assim, e desde logo, como já referenciado, a exceção estabelecida pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, beneficia empresas com menos de 250 trabalhadores e resolve a lacuna do anterior regime limitando-se a possibilidade de contratação a termo de trabalhador com aqueles fundamentos nos dois anos posteriores a qualquer um destes factos justificativos³¹, com o objetivo de impedir os empregadores de uma exagerada e abusiva contratação a termo com aquele fundamento.

Por outro lado, reiteramos que a alínea b) do artigo 140.º do CT passou a admitir apenas a celebração de contratos a termo resolutivo certo de trabalhadores em situação de desemprego de muito longa duração, retirando da previsão da norma, a contratação de trabalhador à procura de primeiro emprego, e os trabalhadores em situação de desemprego de longa duração, o que culminou em “importantes conseqüências práticas, porquanto a contratação de trabalhadores à procura do primeiro emprego era um autêntico subterfúgio para os empregadores, sobretudo aquando do recrutamento de jovens licenciados”³².

Esta questão levantou grandes questões junto da doutrina nacional, no entanto, do ponto de vista do combate à precariedade laboral, parece-nos que a eliminação destas categorias de trabalhadores do elenco que permite o recurso à contratação a termo sem fundamento na existência de uma necessidade temporária dos empregadores, visa incentivar a contratação estável (sem termo) destes grupos de trabalhadores que partem, à partida, em desvantagem na escolha de um candidato a emprego.

Por sua vez, no que concerne à admissibilidade dos contratos de trabalho a termo por prazo inferior a seis meses, o legislador manteve a técnica já utilizada na LCCT e no CT 2003: a enumeração taxativa. Significa então que os contratos de trabalho a termo com aquela duração só serão admissíveis nas situações taxativamente previstas na lei.³³ No que respeita à admissibilidade do contrato de trabalho a termo incerto, apenas a alínea d), do n.º 2, do artigo 140.º é obviamente

³¹ Neste sentido, *cfr.* o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 10 de fevereiro de 2022 (Relatora: Emília Ramos da Costa): “E se é verdade que o início de laboração de um estabelecimento previsto na al. a) do n.º 4 do art. 140.º do Código do Trabalho, na redação da Lei n.º 7/2009, de 12-02, não tem de coincidir com a data de início da atividade desse estabelecimento, esta deverá, em regra, ocorrer num espaço temporal razoavelmente próximo, sob pena de ter de ser efetuada prova acrescida”.

³² Pestana Nascimento, André; Bradford Ferreira, Susana: “As Recentes Alterações ao Código do Trabalho e ao Código Contributivo – Algumas Notas”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 53, 2019, pp. 69-81.

³³ *Cfr.* artigo 148.º, n.º 2 do CT.

excluída pelo legislador (substituição de trabalhador a tempo completo que passa a prestar trabalho a tempo parcial por determinado período), para além de situações que caibam no n.º 1 do mesmo artigo, tendo em conta o disposto no n.º 3.

No que se refere à oposição do termo, como referem DAVID FALCÃO e SÉRGIO TOMÁS, “não é suficiente ao empregador transcrever um dos motivos previstos no referido artigo”³⁴. A lei exige que se mencione expressamente os factos que justificam o termo do contrato e que se estabeleça a relação entre o motivo justificativo e respetivo termo, por força do artigo 141.º, n.º 3 do CT. Por outras palavras, não é bastante, por exemplo, invocar a substituição de um trabalhador, “é necessário identificar esse trabalhador e indicar a natureza do impedimento”³⁵, nem basta referir que se está perante um acréscimo excecional da atividade do empregador ou uma atividade sazonal, sendo essencial esclarecer quais os motivos a que se deve o referido acréscimo excecional³⁶ ou explicitar que atividade sazonal está em causa. Mais ainda, o ónus da prova em relação ao motivo que justifica a contratação a termo cabe à entidade empregadora, como resulta claramente da lei do artigo 140.º, n.º 5 do CT.^{37 38}

Se a oposição do termo no contrato teve como objetivo iludir as regras que regulam o contrato por tempo indeterminado ou se foi celebrado fora dos casos previstos na lei, considera-se que estamos perante um contrato sem termo, de acordo com o artigo 147.º, n.º 1, alínea a) do CT. Contudo, a quem compete o ónus de provar a intenção do empregador em defraudar a lei é ao trabalhador³⁹.

³⁴ Cfr. DAVID FALCÃO & SÉRGIO TOMÁS, *Lições de Direito do Trabalho*, 13ª edição, Almedina, 2024, p. 60.

³⁵ Cfr. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 22ª edição, Almedina, 2023, p. 190.

³⁶ “Para a admissibilidade do contrato com esse fundamento, exige-se uma intensificação extraordinária da atividade da empresa - a qual, atenta a sua particularidade, não justifica a admissão de um trabalhador por tempo indeterminado, visto se tratar de um crescimento transitório e anormal da actividade que perderá posteriormente a sua utilidade. (...) Não sendo admissíveis fórmulas genéricas ou que reproduzam os termos da lei, constituindo o fundamento do contrato aquela situação, deve concretizar-se no seu enunciado o tipo de actividade, explicitando-se de que acréscimo se trata, a sua causa, bem como a previsão temporal dessa intensificação - recaindo estes ónus de transparência e de veracidade sobre o empregador (artigo 147.º, n.º 1, alínea c), do Código do Trabalho)” – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de março de 2023 (Relatora: Albertina Pereira).

³⁷ Cfr. artigo 140.º, n.º 5 do CT. O mesmo sucedia no CT de 2003 e na LCCT, muito embora esta regra tenha sido introduzida pela Lei n.º 18/2001, de 3 de julho.

³⁸ Atente-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 10 de novembro de 2022 (Relatora: Emília Ramos Costa): “Não tendo a entidade empregadora provado os factos constantes do termo escrito no contrato de trabalho que fundamentavam a contração a termo certo, competindo-lhe a ela o ónus da prova, em face do disposto no n.º 5, do artigo 140.º do Código do Trabalho, não foi possível aferir da veracidade desses factos, pelo que, tendo o contrato de trabalho a termo certo sido celebrado fora dos casos previstos na lei, considera-se sem termo tal contrato, ao abrigo do artigo 147.º, n.º 1, alínea b), do mesmo Diploma Legal”.

³⁹ Neste sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de julho de 1989 (Relatora: Prazeres Pais): “Compete ao trabalhador o ónus da prova de que a entidade patronal teve a intenção de defraudar a lei, no momento da celebração do contrato, procurando com o seu procedimento encobrir um contrato a prazo”.

O contrato de trabalho a termo deverá ser celebrado por escrito, constituindo uma exceção ao princípio da liberdade de forma consagrado na lei laboral e na lei civil. Se a forma escrita não for observada, o contrato continua a ser válido, mas considera-se como sendo um contrato sem termo. A doutrina e a jurisprudência têm realçado que estamos perante uma formalidade *ad substantiam*⁴⁰. Na verdade, para além da forma escrita e da justificação do termo, existem ainda outras indicações formais *ad substantiam*: a assinatura das partes, o nome ou denominação, ou, simultaneamente, as datas da celebração do contrato e de início do trabalho. Assim sendo, o contrato de trabalho a termo que omita estas formalidades, considera-se um contrato sem termo, tendo por base o princípio da segurança no emprego. Por sua vez, o domicílio ou a sede das partes contratuais, a atividade, a retribuição, o local e o período normal de trabalho, a data da celebração ou a de início de trabalho são indicações *ad probationem*.

5. CONCLUSÕES

No regime jurídico português, tal como em variados ordenamentos jurídicos europeus, privilegia-se o contrato de trabalho sem termo, considerando-se o contrato de trabalho a termo como uma exceção à regra.

O regime jurídico do contrato de trabalho a termo resolutivo sofreu importantes alterações nos últimos anos. A Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, introduziu alterações significativas, entre as quais destacamos o caráter imperativo do regime; a duração máxima dos contratos de trabalho a termo certo (dois anos) e incerto (quatro anos); a regra de que um contrato a termo certo só pode ser renovado até três vezes e que a duração total das renovações não pode ultrapassar o período inicial do contrato; e a resolução da questão controvertida sobre o direito do trabalhador à compensação por caducidade do contrato de trabalho a termo certo.

Por sua vez, a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, trouxe alterações adicionais, como a exigência de se indicar o termo incerto no contrato; a regra sobre a sucessão de contratos, em concreto, o aditamento de “atividade profissional”; e o aumento da compensação por caducidade para 24 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade.

Em suma, com as sucessivas alterações ao regime jurídico do contrato de trabalho a termo previsto no Código do Trabalho, o legislador tenta equilibrar a

⁴⁰ A este respeito, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de março de 2023 (Relator: Jerónimo Freitas): “a indicação do motivo justificativo da celebração de contrato de trabalho a termo constitui uma formalidade *ad substantiam*”, tendo que integrar, forçosamente, o texto do contrato, pelo que a insuficiência de tal justificação não pode ser suprida por outros meios de prova”.

flexibilidade contratual para o empregador e a proteção do trabalhador. Por um lado, há a possibilidade de celebração de contratos a termo, mas, por outro, isso pode gerar precariedade, insegurança e instabilidade para o trabalhador – uma verdadeira espada de dois gumes.

BIBLIOGRAFIA

- Abrantes, J. J. (2002). Contrato de Trabalho a Termo. *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Volume III. Almedina, 155-178.
- Amado, J. et al. (2023). *Direito do Trabalho* (2ª ed.). Almedina.
- Bettencourt, P. O. de (2002). Flexibilidade e Rigidez na Contratação a Termo. *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho*. Almedina, 119-125.
- David Falcão, Às voltas com o regime do período experimental, *Revista Eletrónica de Direito*, N.º 3 (vol. 35), FDUP, 2024, 140-170. Disponível em: https://cij.up.pt//client/files/0000000001/6-david-falcao_2854.pdf. [Consultado em: 15 outubro de 2024].
- Falcão, D. & Tomás, S. (2024). *Lições de Direito do Trabalho* (13ª ed.). Almedina.
- Fernandes, M. (2002). *Um Rumo para as Leis Laborais*. Almedina.
- Fernandes, M. (2023). *Direito do Trabalho* (22ª ed.). Almedina.
- Gomes, J. (2003) O Contrato de Trabalho a Termo ou a Tapeçaria de Penélope? *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Volume IV. Almedina, 35-99.
- Machado, M. J. (2014). *O Contrato de Trabalho a Termo*. Vida Económica.
- Madureira Pinto, J. (2006). Precarização e relações de sentido no espaço social do trabalho. *Sociologia*, XVI, 177-190.
- Martinez, P. R. (2023). *Direito do Trabalho* (11.ª ed.). Almedina.
- Pereira, C. A. (2024). Contratos a termo incerto sobem 165% em doze anos. *Jornal de Negócios*, 4/01/2024. Disponível em: <https://www.jornaldenegocios.pt/economia/detalhe/contratos-a-termo-incerto-sobem-165-em-doze-anos>. [Consultado em: 4 de novembro de 2024].
- Nascimento, A. P. e Ferreira, S. B. (2019). As Recentes Alterações ao Código do Trabalho e ao Código Contributivo – Algumas Notas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 53, 69-81. Disponível em: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6846/documento/art03-cc.pdf?id=9408&forceDownload=true> [Consultado em: 12 de fevereiro de 2025].
- Ramalho, M. R. P. (2023). *Tratado de Direito do Trabalho, Parte IV - Contratos e Regimes Especiais* (2.ª ed.). Almedina.
- Rebelo, G. (2006). Flexibilidade e diversidade laboral em Portugal. *Dinâmia Working Paper*, 50. Disponível em: <https://repositorio.iscte-iul.pt/handle/10071/508> [Consultado em: 20 de outubro de 2024].
- Redinha, M. R. (1998). A precariedade do emprego – Uma Interpelação ao Direito do Trabalho. *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho*. Almedina, 327-344.

- Sá, T. (2010). "Precariedade" e "trabalho precário": Consequências sociais da precarização laboral. *Configurações*, 7, 91–105. Disponível em: <https://doi.org/10.4000/configuracoes.203>. [Consultado em: 20 de outubro de 2024].
- Supiot, A. (2005). O direito do trabalho ao desbarato no «mercado das normas». *Questões Laborais*, n.º 26, Ano XII, 121-144.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de março de 2023 (Relator: Jerónimo Freitas) <http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6761633bac49edbd8025896a0038b850>. [Consultado em: 31 de outubro de 2024].
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de dezembro de 2022 (Relatora: Albertina Pereira) <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0c25a1f75b125524802589200041221f?OpenDocument>. [Consultado em: 31 de outubro de 2024].
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 10 de novembro de 2022 (Relatora: Emília Ramos Costa) <https://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/287bd169dd22795c802589010036f5cd?OpenDocument>. [Consultado em: 31 de outubro de 2024].
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 10 de fevereiro de 2022 (Relatora: Emília Ramos da Costa) <https://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/cb0dedc78d3863e1802587f10034d52a?OpenDocument>. [Consultado em: 31 de outubro de 2024].
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021, de 18 de maio (Relator: José António Teles Pereira) <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210318.html>. [Consultado em: 3 de novembro de 2024].
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de maio de 2019, (Relatora: Maria José Costa Pinto) <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2d19b866764b8aa2802583f4002d7111>. [Consultado em: 3 de novembro de 2024].
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de maio de 2016 (Relator: José Eduardo Sapateiro) <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/59BE8E43D6639AC780257FCC004A16A6>. [Consultado em: 31 de outubro de 2024].
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 581/95, de 22 de janeiro (Relatora: Assunção Esteves) <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/581-1996-590337>. [Consultado em: 3 de novembro de 2024].
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de julho de 1989 (Relatora: Prazeres Pais) <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e60d6eb7a0d8effa802568fc003997a7?OpenDocument>. [Consultado em: 31 de outubro de 2024].

CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS POR UMA ASSEPSIA DOS CONTRATOS DE ADESÃO POVODOS DE CLÁUSULAS LEONINAS

Mário Frota^{1,2}

¹ ANTIGO PROFESSOR DA UNIVERSIDADE DE PARIS XII – PARIS EST
FUNDADOR E PRIMEIRO PRESIDENTE DA AIDC / IAFL –
ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO DO CONSUMO
FUNDADOR E PRESIDENTE EMÉRITO DA APDC – DIREITO DO CONSUMO – PORTUGAL

² O AUTOR ESCRVE SEGUNDO O ACORDO ORTOGRÁFICO ANTERIOR A 1990.

Resumo

O autor analisa, de modo breve, o vigente regime das condições gerais dos contratos, em Portugal, e as mais recentes inovações introduzidas entre nós.

Não só as que emergem da lavra exclusiva do legislador pátrio como das que são imperativo do regime imposto por Bruxelas.

Para além da acção inibitória tendente à supressão de condições gerais tanto absoluta quanto relativamente proibidas e à sua não recomendação, surge agora aparelhada uma grelha de sanções com tradução patrimonial por se haver considerado as condições gerais absolutamente proibidas como passíveis de contra-ordenação económica muito grave (o grau extremo aplicável) com uma moldura sancionatória muito pesada face à dimensão das empresas, conquanto adequada, proporcionada e dissuasiva, como o impõem as regras emanadas do Parlamento Europeu e do Conselho da União. Alude-se nesse particular às especificidades dos procedimentos conducentes à aplicação das sanções pelos reguladores e mais autoridades administrativas e da admissibilidade de meios de impugnação perante as instâncias judiciais.

Trata-se, afinal, de realçar, com efectiva oportunidade, o esforço do legislador em ordem a erradicar do tráfico jurídico as perniciosas cláusulas abusivas que povoam os formulários de adesão e os demais suportes e os contratos singulares formal ou informalmente (consensualmente) celebrados.

Palavras-chave: Contratos de adesão - Condições gerais dos contratos – cláusulas abusivas - cláusulas absolutamente proibidas – cláusulas relativamente proibidas – inexistência jurídica – nulidade – sanção pecuniária compulsória – acção inibitória – contra-ordenações

Abstract

The author briefly analyzes the current regime of general conditions of contracts in Portugal, and the most recent innovations introduced in Portugal.

Not only those that emerge from the exclusive work of the national legislator, but also those that are imperative of the regime imposed by Brussels.

In addition to the injunction seeking the suppression of general conditions that are both absolute and relatively prohibited and their non-recommendation, a grid of sanctions with patrimonial translation has now been set up, as the absolutely prohibited general conditions have been considered to be subject to a very serious economic offence (the extreme degree applicable) with a very heavy sanctioning framework in view of the size of the companies, as long as it is appropriate, proportionate and dissuasive, as required by the rules emanating from the European Parliament and the Council of the Union.

In this regard, reference is made to the specificities of the procedures leading to the application of sanctions by regulators and other administrative authorities and the admissibility of means of challenge before the courts.

It is, after all, a matter of highlighting, with real opportunity, the legislator's effort to eradicate from legal traffic the pernicious unfair terms that populate the adhesion forms and other supports and the formal or informal (consensually) individual contracts concluded.

Keywords: Adhesion contracts - General conditions of contracts – unfair contract terms - clauses absolutely prohibited - clauses relatively prohibited - legal non-existence - nullity - penalty - action for an injunction - administrative offences

SUMÁRIO

1. Preliminares 1.1. Contratos pré-elaborados que não pré-redigidos; 1.2. Os domínios por que se espalha a disciplina das condições gerais dos contratos; 1.3. As cláusulas absoluta e relativamente proibidas nos suportes de adesão; 2. Os vícios de que padecem as condições gerais dos contratos 2.1. Generalidades; 2.2. Inexistência e nulidade jurídicas; 2.3. Subsistência dos contratos e nulidade parcial das cláusulas apostas nos contratos singulares; 3. Da exclusão das condições gerais às sanções pecuniárias ora cominadas 3.1. Conteúdo e valor do caso julgado: a nulidade incidental nos contratos singulares formados à luz das condições gerais em um qualquer suporte; 3.2. As sanções pecuniárias compulsórias como acessório da decisão principal; 3.3. As contra-ordenações e os problemas que eventualmente se suscitam: razões de ordem; a) Acção inibitória e aplicação das sanções na sequência do caso julgado; b) Autos de contra-ordenação autónomos e inflicção das sanções; c) Impugnação das decisões das entidades com atribuições e competências para o efeito para os competentes órgãos de judicatura

BIBLIOGRAFIA

JURISPRUDÊNCIA

1. PRELIMINARES

1.1. Contratos pré-elaborados que não pré-redigidos

As condições gerais dos contratos, independentemente da forma da sua comunicação ao público, da extensão que assumam ou que venham a apresentar nos contratos a que se destinem, do conteúdo que as informe ou de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros integram a disciplina normativa da impropriamente denominada Lei das Cláusulas Contratuais Gerais que a lume veio, em Portugal, em 25 de Outubro de 1985, pelo DL 446/85.

O que quer significar que quando as condições gerais dos contratos são anunciadas, *verbi gratia*, na praia, por meio de um megafone, nas cidades, por meio de altifalantes aplicados a veículos em circulação ou encostados à berma ou num jardim, nos restaurantes por inscrições em ardósias ou em quadros plasticizados impressos a marcadores de ponta de feltro, perante exemplos de suportes que servem de veículo a tais condições gerais, pré-elaboradas, nos achamos. Cujos termos os consumidores ou aceitam e têm acesso aos bens de que carecem ou intentem adquirir ou não os aceitam e deles são privados.

“À entrada dos estabelecimentos “Dallas Burger” (ou na Rede de Padarias “Gleba”), em Lisboa, um cartaz com dizeres singulares: “Pagamento só com Cartão”!

Estaremos ou não, na circunstância, perante “condições gerais dos contratos”, no âmbito dos contratos de consumo de que ora se cura?

E a afixação de tais condições num suporte desses não viola qualquer lei, é conforme com a lei em vigor?

Em qualquer das circunstâncias é de um contrato de adesão que se trata com uma cláusula de preço (ou se aceita e é servido ou se recusa e não se tem acesso aos bens) que contrasta com a regra-mãe do dinheiro com curso forçado, com curso legal que é a moeda soberana do Estado, conquanto neste particular no quadro de um projecto comum a um sem-número de Estados–membros da União Europeia, que a transcende, aliás.

No “Dallas Burger”, como nas “Padarias Gleba”, como nos eléctricos da “Carris” ou nas estações do “Metropolitano de Lisboa”, a cláusula imposta aos consumidores viola, conseqüentemente, a norma impositiva que não permite que as notas e moedas com curso legal se proscrevam do tráfico jurídico e contende flagrantemente com preceitos legais de carácter imperativo, cujos desvios contratuais conduzem, em geral,

à proibição do uso ou da recomendação porque “absolutamente proibidas”, passe a redundância, ou, em concreto, à nulidade, ao vício genético sobre que repousam.¹

E força é que a pontaria se asseste: *in casu*, é de condições gerais de contratos que se trata apostas em um qualquer suporte efémero ou duradouro que importa obtemperar.

E ante tal qualificação cumpre retirar, em extensão e profundidade, as consequências que se lhe associam ou que dela emergem.

1.2. Os domínios por que se espraia a disciplina das condições gerais dos contratos

Ao invés do que ocorre em determinados Estados-membros da União Europeia, o âmbito de aplicação da Lei das Condições Gerais dos Contratos, em Portugal, não se restringe às relações jurídicas de consumo. É bem mais amplo e abrangente o seu campo: envolve relações jurídicas empresariais ou susceptíveis de se entretecer entre sujeitos congregados em redor de distintas ordens profissionais, envolve relações individuais de trabalho e relações jurídicas de consumo.

¹ Da reclamação de um consumidor de Lisboa, surpreendido pela recusa de aceitação de moeda com curso legal para pagamento do título de transporte, nas composições que circulam numa das linhas da Carris, respigue-se: “De acordo com o regulador, Banco de Portugal, todos os operadores económicos são obrigados aceitar as formas de pagamento admitidas por lei [...], os pagamentos em numerário.

No passado dia 04/10/2024, utilizei um dos eléctricos novos da Carris, desde o Centro Cultural de Belém até Alcântara. Ao tentar pagar a minha viagem individual de 3,10€ fui confrontado com equipamentos que não aceitam pagamentos em numerário. Dirigi-me ao motorista do eléctrico, que me confirmou que nem ele podia aceitar pagamentos em numerário.

A Carris, parece-me estar a incumprir deliberadamente numa disposição geral do ordenamento de Portugal e da Zona Euro, excluindo os cidadãos que não possuem meios electrónicos de pagamento de viajarem nos seus eléctricos (neste caso).”

A inconsequente e hilariante resposta da Carris, que pelos vistos não encarou nem a reclamação como tal e está a anos-luz, nos seus procedimentos, da concepção da natureza forçada do dinheiro com curso legal, que apaga simplesmente e exclui, ao que parece, sem consequências, os meios de pagamento legais que os consumidores entendam usar em dadas composições que circulam em certas linhas, forjou-a a empresa de transportes de Lisboa nestes termos:

“Agradecemos o seu contacto e lamentamos qualquer transtorno que esta situação possa ter causado.

Informamos que, nos novos eléctricos, a Carris implementou exclusivamente meios de pagamento digitais, como cartões bancários com tecnologia *contactless*. Esta decisão foi tomada para modernizar o serviço e promover uma experiência de viagem mais rápida e eficiente.

Entendemos a sua preocupação quanto à aceitação de numerário, e agradecemos o seu feedback. No entanto, a Carris assegura que esta prática está em conformidade com as normas e orientações estabelecidas para operadores de transporte público.

Estamos ao dispor para qualquer esclarecimento adicional e agradecemos a sua compreensão.”

E, no entanto, a Carris incumpre e, ao impor tais regras em contrato de adesão, como o de transporte, sujeita-se às cominações da lei.

E o facto decorre fundadamente, em primeiro lugar, dos artigos de 17 a 19, no quadro da secção II do capítulo V, consagrados a “relações entre empresários ou entidades equiparadas” (nas relações entre ...).

Depois, no âmbito das relações individuais de trabalho, em razão das exclusões a que se atém o artigo 3.º, que prevê, como excepções, entre outras, as emergentes das condições gerais apostas nos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

Por último, no que tange às relações jurídicas de consumo, escoramo-nos nos artigos de 20 a 22 sob a epígrafe “relações com os consumidores finais”, na mancha da secção III do aludido capítulo.

Não se aplicam, entretanto, as disposições da lei, como o preceitua, excepcionando, o artigo 3.º às

- Cláusulas típicas aprovadas pelo legislador (ponto é que se afeioem à constitucionalidade e à legalidade das normas);
- Cláusulas que resultem de tratados internacionais vigentes em Portugal; a Contratos submetidos a normas de direito público, contanto não subsistam desequilíbrios contratuais que firam de morte a proporcionalidade constitucionalmente consagrada;
- ctos do direito da família ou do direito das sucessões;

Daí que havendo sido editada a lei em 1985, se houvesse, no que tange às relações jurídicas de consumo, de afeioar às exigências da Directiva 93/13, de 5 de Abril de 1993, emanada do Conselho das Comunidades Europeias, enquanto órgão legiferante.

E, nessa esteira, houvesse sido sucessivamente adaptada a modificações cujo foco foi sempre o das relações jurídicas de consumo² por mor de imposições decorrentes de instrumentos normativos emanados de Bruxelas (Estrasburgo),

² Cfr. as sucessivas modificações, introduzidas a um tal título, como as que emergem dos diplomas legais que se enunciam como segue:

- DL n.º 220/95, de 31 de Agosto
- DL n.º 249/99, de 07 de Julho
- DL n.º 323/2001, de 17 de Dezembro
- Lei n.º 32/2021, de 27 de Maio
- DL n.º 108/2021, de 07 de Dezembro
- DL n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro
- Lei n.º 10/2023, de 03 de Março
- DL n.º 123/2023, de 26 de Dezembro

como sucedeu recentemente com a Directiva *Omnibus*, a saber, a Directiva (UE) 2019/2161, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Novembro de 2019.

1.3. As condições gerais absoluta e relativamente proibidas nos suportes de adesão

Na geometria da lei, as condições gerais, à margem da licitude que as deve enformar, bipartem-se entre as absolutamente proibidas e as relativamente proibidas.

As absolutamente proibidas observam-se sejam quais forem as circunstâncias.

As relativamente proibidas sê-lo-ão consoante o quadro negocial padronizado, ou seja, têm no seu epicentro o co-contratante e as circunstâncias que o rodeiam ou envolvem. Num simples exemplo, como que, entretanto, ultrapassado mercê das modificações legislativas operadas, as cláusulas de aforamento constantes dos suportes de adesão e trasladadas para os contratos singulares tanto poderiam ser lícitas como ilícitas. Se, por exemplo, a cláusula impusesse o foro de Lisboa, com exclusão de qualquer outro, sê-lo-ia lícita para os consumidores domiciliados na capital e, eventualmente, nos seus arredores, mas proibida em quaisquer outros pontos do território, que exorbitassem da quadrícula e dispusessem de órgãos de judicatura competentes nos quais as acções houvessem de ser aforadas: seria lícita em Lisboa, mas proibida, em termos relativos, em Loures, em Mafra, em Almada, no Monte da Caparica. localidades que circundam a capital.

A primeira nota que cumpre destacar é que seja qual for a modalidade em que as condições gerais afectadas se insiram, os precipitados da lei não se encerram num *numerus clausus*, antes são meramente enunciativas as que o legislador entendeu, na esteira da ABG – Gesetz (Lei das Condições Gerais dos Contratos alemã) de 9 de Dezembro de 1976, incorporar nas suas disposições.

Realce-se ainda que há dois blocos de condições gerais, umas directamente aplicáveis às relações interempresariais e equiparadas (art.º 18), mas extensivas às relações jurídicas de consumo (art.º 20) e, outras, exclusivamente vocacionadas para as relações de consumo (art.º 21), que se enquadram nas denominadas listas negras, eventualmente adaptáveis às relações de trabalho e, outras ainda, as listas cinzentas, integradas pelas condições gerais relativamente proibidas segundo o quadro negocial padronizado perspectivável pelos sujeitos da relação e pelas circunstâncias dos negócios entretecidos (art.ºs 19 e 22).

Daí que se haja de considerar, segundo as circunstâncias, dadas condições gerais que violem designadamente disposições legais de carácter imperativo como que figurando no rol das absolutamente proibidas e, outras, pelo carácter relativo

de que se revistam, no das relativamente proibidas dadas as reais circunstâncias em que se esboçam as relações jurídicas de que se trata.

Se, por exemplo, se apuser, em um cartaz, uma dada condição geral oferecida à comunidade de consumidores, sem restrições nem exclusões, segundo a qual o meio exclusivo de pagamento é o cartão (débito ou crédito), tal berra na paisagem dos meios de pagamento, a saber, viola a regra da moeda forçada, a moeda com curso legal, o que constitui uma afronta às disposições legais de carácter imperativo fulminada com a nulidade (de pleno direito) nos contratos singulares entretencidos.

Ora, uma tal condição geral não figura nem na lista negra das relações interempresariais nem na dos consumidores finais. E, no entanto, há que fazê-la reverter à lista negra afecta às relações com os consumidores finais, como eventualmente à outra.

Eis, pois, uma manifestação pontual do *numerus apertus* que preside às listas das condições gerais absolutamente proibidas.

Ainda que do cartaz se excluíssem os menores, os deficientes e os idosos, uma tal condição geral permaneceria absolutamente proibida em razão das mais camadas de consumidores que se veriam privadas de usar a moeda com curso forçado e daí sem o acesso a bens que pretendiam naturalmente adquirir.

Aliás, nestas circunstâncias, não se está perante a afronta a uma disposição criada pelo pré-disponente ou por outrem a seu favor, tanto importa, antes a um dever imposto por lei.

A nota da natureza supletiva das listas negras, como das cinzentas é essencial para se ter a noção da magnitude, quiçá da completude do sistema.

Não se trata de “reprimir” a autonomia da vontade e a livre disposição dos contraentes, antes de coarctar as veleidades de um dos contraentes que entende impor a sua posição de senhorio económico aos aderentes, circunscritos a uma posição de patente fragilidade, susceptível de propiciar significativos e aberrantes desequilíbrios contratuais.

Daí que nas condições gerais absolutamente proibidas se encaixem, por extensão, tanto as que se enumeram no dispositivo aplicável no quadro das relações interempresariais ou equiparadas, como em particular as que se precipitam no seio das que se circunscrevem às de consumo.

E aí figura a exclusão de condições gerais que:

- Limitem ou de qualquer modo alterem obrigações assumidas, na contratação, directamente por quem as predisponha ou pelo seu representante;

- Confirmam, de modo directo ou indirecto, a quem as predisponha, a faculdade exclusiva de verificar e estabelecer a qualidade das coisas ou serviços fornecidos;
- Permitam a não correspondência entre as prestações a efectuar e as indicações, especificações ou amostras feitas ou exibidas na contratação;
- Excluam os deveres que recaem sobre o predisponente, em resultado de vícios da prestação, ou estabeleçam, nesse âmbito, reparações ou indemnizações pecuniárias predeterminadas;
- Atestem conhecimentos das partes relativos ao contrato, quer em aspectos jurídicos, quer em questões materiais;
- Alterem as regras respeitantes à distribuição do risco;
- Modifiquem os critérios de repartição do ónus da prova ou restrinjam a utilização de meios probatórios legalmente admitidos;
- Excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei.
- Se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15.”

Importa relevar que a disposição de que se trata não obedece a um qualquer *numerus clausus*, antes se abre a condições gerais outras que afrontem deliberadamente a cláusula geral da boa-fé e disposições legais de carácter imperativo predispostas na lei ordinária, independentemente de condições outras que se lhes devam equiparar e que o intérprete traga fundamentamente à colação.

2. OS VÍCIOS DE QUE PADECEM AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS

2.1. Generalidades

De entre os requisitos de existência e validade dos contratos singulares formados à luz das Condições Gerais dos Contratos em qualquer dos suportes admitidos, figuram o da cognoscibilidade, o da legibilidade, o da inteligibilidade, o da identificabilidade, o da proporcionalidade e o da vinculatividade.

A cognoscibilidade desdobra-se entre a comunicação e a informação.

A Lei das Condições Gerais dos Contratos é expressa em estatuir que as cláusulas trasladadas para os contratos singulares hajam de ser comunicadas na

íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las (nos suportes pré-redigidos) ou a aceitá-las (nos mais).

A comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência.

Aliás, o comando ínsito na lei (artigos 5.º e 6.º, comunicação e informação, respectivamente) está em consonância com as disposições constantes do artigo 8.º da Lei-Quadro de Defesa do Consumidor, entre nós em vigor, ao estatuir que:

“O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na ... de celebração de um contrato, informar o consumidor de forma clara, objectiva e adequada, a não ser que essa informação resulte de forma clara e evidente do contexto... [segue uma longa descrição dos aspectos essenciais]...”

E, no que tange ao direito à protecção dos seus interesses económicos, quanto se prescreve no artigo 9.º, designadamente:

- “1 – O consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa-fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos.
- 2 – Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados:
 - a) À redacção clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares;
 - b) À não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor.
- 3 – A inobservância do disposto no número anterior fica sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais. ...”

Sendo certo que no que se prende com o n.º 2, o legislador tomou a parte pelo todo, ao reportar-se só e tão só aos contratos pré-redigidos que não aos pré-elaborados em grau, género e número e em concordância com o que se estabelecera já no artigo 2.º da Lei das Condições Gerais dos Contratos...

Signifique-se que o ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao co-contratante que submeta a outrem as [condições gerais dos contratos].

A legibilidade, a visibilidade, a audibilidade, afere-se desde logo pela regra parcial ínsita na alínea c) do art.º 8.º e suas adaptações visuais e sonoras, a saber,

as condições gerais que pela sua apresentação gráficas não passem despercebidas ao co-contratante normal colocado na posição de real aderente.

E no que tange especificamente à apresentação gráfica, já versada *in genere*, a Lei 32/2021, de 27 de Maio, aditou ao artigo 21 a alínea i), a saber, a regra segundo a qual “se têm por absolutamente proibidas as [condições gerais «... que se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15»”.

A inteligibilidade repousa na alínea a) do n.º 2 do artigo 9.º da Lei-Quadro ao impor-se a “redacção clara e precisa das [condições gerais] em que se incluem as cláusulas predispostas em contratos singulares”.

A proporcionalidade para que apela a alínea c) do mencionado n.º 2, a saber, a não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor.

A identificabilidade que se revê na concordância entre a epígrafe e o teor da cláusula propriamente dita, de molde a que não subsistam eventuais equívocos nem se gere deliberadamente o propósito de confundir os espíritos para se colher fraudulentamente vantagens dos artifícios, sugestões e embustes que arditosamente se criem.

A contextualidade, na harmonia que resulte do quadro contratual, como impressivamente se estabelece na alínea c) do artigo 8.º da Lei das Condições dos Contratos, na congruência do articulado.

E, por último, a vinculatividade, isto é, a absorção por quem subscreva a mancha do suporte duradouro, mormente dos contratos pré-redigidos, com expressa exclusão dos que se consubstanciam através das mais formas de comunicação, do clausulado susceptível de integrar as condições gerais de antemão reduzidas a escrito. E aí a manifestação é a de se exigir que a assinatura seja aposta no termo do clausulado, vale dizer, após a exposição do complexo de cláusulas de que se tece o contrato.

E que consequências advirão da inobservância dos requisitos enunciados?

O facto é que *prima facie* ter-se-ão por não incluídas (a lei considera-as excluídas) nas espécies “contratuais”, nos contratos singulares, as cláusulas

- que não hajam sido comunicadas de harmonia com os ritos legais, a saber, na íntegra, de modo adequado, com antecedência necessária ante a sua complexidade e a completude do seu sentido e alcance
- sobre as quais, ainda que objecto de comunicação, não tenha havido a necessária aclaração;
- cuja legibilidade, visibilidade e audibilidade se ache em crise

- cuja inteligibilidade faleça
- cuja proporcionalidade se ache comprometida
- cuja identificabilidade padeça de rigor
- cuja contextualidade se não observe
- cuja vinculatividade haja sido comprometida (cláusulas postas após a assinatura do aderente)

A tal aponta o artigo 8.º da lei das Condições Gerais dos Contratos em extensão e profundidade.

Eis as sucessivas ordens de consequências:

- Ou do suporte não resta sequer um traço de espécie contratual e da situação factual emergirá a inexistência jurídica, o *néant juridique*, o nada jurídico, a sua imprestabilidade total para configurar um qualquer modelo negocial
- Ou há um fundo de contrato e a nulidade se perfilará no horizonte como sanção inevitável
- Ou o contrato subsistirá por mor da função vicariante das regras supletivas ou em função das regras de interpretação do negócio jurídico, como se desenha no n.º 1 do artigo 9.º da lei sob análise.

De significar que no que tange às relações jurídicas de consumo, sempre que se trate de contratos típicos e nominados – e tantos são – as normas editadas pelo legislador não têm carácter supletivo, antes se norteiam por absoluta imperatividade. Nanja no que se refere às demais relações jurídicas a que a Lei das Condições Gerais dos Contratos em vigor também se aplica, como oportunamente se enunciou.

2.2. Da inexistência e da nulidade jurídicas

Sempre sustentámos que se de todo nem sequer se vislumbrasse um substrato de contrato, seria de inexistência jurídica que se tratava.

Com efeito, se as cláusulas dos contratos singulares não tiverem sido comunicadas ou se o forem com ausência manifesta de uma informação séria, rigorosa, objectiva e adequada, como manda a Lei-Quadro de Defesa do Consumidor, no n.º 1 do seu artigo 8.º, as cláusulas constantes do contrato singular decalcado de um formulário de adesão têm-se por não incluídas no contrato, de harmonia com o proémio do artigo 8.º da Lei das Condições Gerais dos Contratos.

Ora, se nem pelas normas supletivas ajustáveis às relações de que se trata se puder “compor” um contrato, nem pelas regras de integração dos negócios jurídicos tal *desideratum* se cumprir, estaremos perante um “não contrato”, um “nada

jurídico”, algo de imprestável que de todo se não reverá na figura convencional do contrato, como a concebemos.

Donde, fulminar-se uma situação do jaez destas com a inexistência jurídica, solução que Inocêncio Galvão Telles corroborava, em intervenções orais em manifestações científicas que levámos a cabo, designadamente em 1992, no Porto, acerca de tão candente tema, em vésperas da directiva europeia que viria a contemplar a matéria das condições gerais dos contratos e das cláusulas abusivas que nelas se incrustam.

De par com a inexistência jurídica avulta a nulidade que a lei considera como solução sempre que, não obstante o recurso às regras da integração dos negócios jurídicos e, eventualmente, às normas supletivas, ocorra uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé.

Cabe ao intérprete ajuizar das circunstâncias por forma ou a enveredar pela inexistência jurídica ou pela nulidade do contrato, afirmando-se *in casu* pela sua existência inquinada por um vício genético de evidentes consequências.³

2.3. Subsistência dos contratos e nulidade parcial das cláusulas apostas nos contratos singulares

O artigo 9.º da lei em análise, neste particular, exprime as cominações nele ínsitas, que se resumem à:

³ Aliás, o acórdão de 26 de Junho de 2017 do Tribunal da Relação de Lisboa (Relator Pedro Martins) retrata a situação que tantas vezes emerge de contratos cujas cláusulas se consideram não incluídas:

- I. A prova da comunicação das cláusulas contratuais cabe ao predisponente delas e não se basta com o facto de os executados aderentes terem tido o contrato em seu poder.
- II. Não constitui abuso de direito a conduta do aderente do contrato que, decorridos vários anos após a celebração do contrato, pretende a exclusão de cláusulas contratuais por falta do cumprimento dos deveres de comunicação e de informação, sendo completamente natural e nada contraditório, que o cidadão assine o contrato, confiando que não vai encontrar percalços na sua execução, e reaja apenas quando esses percalços, normalmente imprevisíveis na data da celebração do contrato, surgem.
- III. Para além de que, para se provar o abuso de direito, outros factos teriam que estar dados como provados e, para o poder invocar, a predisponente das cláusulas não poderia ter dado causa à situação que está na origem da exclusão das CC'G'.
- IV. A regra do n.º 3 do art. 1 do regime das CC'G', sobre o ónus da prova, aplica-se não só às cláusulas contratuais gerais mas também às específicas, ou seja, na dúvida se as cláusulas não foram previamente negociadas individualmente (art. 1/1) ou se não o aderente não pôde influenciar o respectivo conteúdo (art. 1/2), é como se elas não tivessem sido negociadas individualmente e o aderente não tivesse podido influenciar o seu conteúdo.
- V. No caso dos autos, a exclusão de todas as cláusulas contratuais não implica a nulidade do contrato (art. 9 do regime das CC'G'), porque é possível entender que existiu um acordo entre o Banco e os executados, para que o Banco entregasse em benefício dos executados, a título devolutivo, uma quantia determinada, ou seja, pode-se considerar subsistente um contrato de mútuo civil.”

- manutenção dos contratos singulares, em que vigoram na parte afectada as normas supletivas aplicáveis, em razão do princípio da conservação dos negócios jurídicos ante o recurso às respectivas regras da integração.

No que tange à teoria da integração dos negócios jurídicos mister será se observe, afinal, o que o Código Civil prescreve no seu artigo 239, a saber:

“Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta.”

Ante a relevância da cláusula geral da boa-fé no quadro das condições gerais dos contratos e seu regime plasmado nos artigos 15 e 16 da respectiva lei, há que conferir prevalência a um tal critério, como se sustenta em geral.

Claro que quando se apela a normas supletivas, no âmbito dos contratos de consumo há que reconduzir à disciplina dos contratos típicos ou nominados e ou mistos, o que atinge, neste congêhio, apreciável mancha de espécies contratuais, como geralmente se reconhece. Sucede, porém, como se evidenciou, que as normas que conformam os contratos típicos ou nominados de consumo são imperativas que não supletivas. Algo que não vale, em geral, para as categorias de contratos que relevam de domínios outros.

Se as cláusulas constantes dos contratos singulares formados à luz de condições gerais apostas em um qualquer suporte puderem conformar o *subtractum* da espécie negocial em causa assegurado fica o princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Ponto é saber se algumas das cláusulas forem susceptíveis de nulidade o contrato será de manter.

Rege aí o artigo 292 do Código Civil sob a epígrafe “redução”, segundo o qual “A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada.” (*utile per inutile non vitiatur*, i. é, “o acto só não vale se não puder ser aproveitado”)

Admite-se se colmatem as brechas decorrentes da não inclusão no contrato singular das condições gerais inquinadas em qualquer das hipóteses enunciadas no artigo 8.º da lei em apreciação através de uma outra que consubstancie o negócio entretecido.

Aliás, tal radica em absoluto na norma que terá inspirado o legiislador pátrio, a saber, o § 6. da germânica ABG. Gesetz, de 9 de Dezembro de 1976, que figura actualmente no § 306 do BGB:

“1. Se as condições gerais de um contrato forem, total ou parcialmente, excluídas dos contratos ou ineficazes, o contrato manter-se-á válido na parte restante.

2. Na parte em que forem excluídas ou ineficazes, rege-se o conteúdo dos contratos pelas disposições legais.

3. O contrato será ineficaz se a sua manutenção, mesmo após a alteração prevista em 2., representar um gravame inexistente para um dos contraentes.”

Claro que quando se fala de normas supletivas, contratos individuais de trabalho à parte, a que também se aplica, como se não ignora, o regime das condições gerais dos contratos, tal vale sobretudo para os contratos mercantis, já que, em regra, as normas dos contratos típicos de consumo são imperativas e, conseqüentemente, terão de integrar o conteúdo dos contratos que se celebrarem à luz do regime de que se trata.

A distinção fundamental entre contratos civis e mercantis e os de consumo radica primordialmente, insiste-se, na supletividade das regras das duas primeiras categorias e na imperatividade dos de consumo. Algo que nem sempre parece ter-se presente.

Daí que escassa margem se afigura haver, no que tange aos contratos de consumo, para a aplicação subsidiária de regras supletivas, tanto quanto se nos afigura. Uma vez que as regras imperativas terão de figurar forçosamente nos termos e enformar o contrato, para além de cláusulas outras desfiguradas e desfigurantes em benefício dos predisponentes, o que será sempre concebível nos vazios das normas e como expressão dos desequilíbrios que nesse passo se registam.

3. DA EXCLUSÃO DAS CONDIÇÕES GERAIS ÀS SANÇÕES PECUNIÁRIAS ORA COMINADAS

3.1. Conteúdo e eficácia do caso julgado: a nulidade incidental nos contratos singulares formados à luz das condições gerais em um qualquer suporte

O caso julgado poder-se-á perspectivar, de acordo com a concepção convencional, tanto *inter partes* como *erga omnes*.

No entanto, situações se nos deparam em que o caso julgado é susceptível de eficácia *ultra partes*, como no que tange ao que se forma em decorrência de uma acção inibitória especial como a que o artigo 25 da lei em apreciação encerra.

De harmonia com o que prescreve o n.º 2 do artigo 32 da Lei das Condições Gerais dos Contratos,

“Aquele que seja parte, juntamente com o demandado vencido na acção inibitória, em contratos onde se incluam cláusulas gerais proibidas, pode invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória.”

O que postula que o caso julgado formado na acção inibitória instaurada por qualquer dos titulares da acção, dotado de *legitimatío ad causam*, a saber, o Ministério Público, a Direcção-Geral do Consumidor, as associações de interesse económico, as associações de consumidores, as associações sindicais, as de profissionais liberais, quiçá o consumidor individual, ainda que não directamente lesado, em razão da incorporação da regra da legitimidade do artigo 13 da Lei-Quadro de Defesa do Consumidor no artigo 26 da das Condições Gerais dos Contratos, tem uma eficácia que os transcende e atinge os contratos singulares celebrados por quem quer com os demandados vencidos na acção de que se trata, sujeito de direito a sujeito de direito.

É que a decisão vertida na acção inibitória excede a mera eficácia *inter partes*, já que atinge de modo incidental, designadamente, os consumidores que hajam celebrado contratos singulares com os demandados vencidos em tal acção.

Não se trata de um mero automatismo, antes de um efeito reflexo nos contratos já firmados e que se mantêm em vigor, de harmonia com o que prescreve o artigo 24 da Lei das Condições Gerais dos Contratos: *“As nulidades previstas neste diploma são invocáveis nos termos gerais.”*

E o Código Civil estabelece, no seu artigo 286, que *“A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal.”* Tanto por via de acção como de excepção.

Por conseguinte, a decisão de proibição no uso ou na recomendação de condições gerais tanto absoluta quanto relativamente proibidas tem como refracção a nulidade das cláusulas apostas em contratos singulares cujos contraentes a poderão invocar em seu favor nos termos gerais.

Daí a eficácia, tal como a reconhecemos, *ultra partes*, que não *erga omnes*.

Ponto é que de tal haja ciência.

Afigura-se-nos, porém, que o propósito do legislador, em 2021, fora o de estender a eficácia *erga omnes* às concretas hipóteses de facto apreciadas nas instâncias e, eventualmente, no Supremo Tribunal de Justiça.

No entanto, não foi feliz na expressão adoptada na lei e o facto é que na sua regulamentação algo escapou, com efeito, porque nada se estatuiu a tal propósito.

O que estabeleceu a Lei 32/2012, de 27 de Maio?

De modo singular, no n.º 2 do seu artigo 3.º: *“A regulamentação ... inclui a criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas*

abusivas, *garantindo que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não são aplicadas por outras entidades.*"

Ora, do DL 123/2023, de 26 de Dezembro, que tarde e a más horas "cumpriu" o comando da regulamentação ("em sessenta dias"...que se transformaram em mais de três anos), não há traço de uma qualquer disciplina em tema de "caso julgado"... numa omissão ominosa, aliás, de reverberar com toda a severidade.

E, com efeito, nem sequer mal andaria o actual Governo se repensasse, por razões de economia processual, no ajustamento da eficácia do caso julgado à natureza multitudinária das relações de consumo no mercado, regrado-o, alcançando uma tal eficácia ao seu alcance *erga omnes*, que não meramente *ultra partes* na consideração singular de cada um dos contratos celebrados por um universo, mais ou menos vasto, de consumidores ou não.

Enquanto tal se não verificar, a regulamentação será sempre coxa e imprestável, ao que se nos afigura.

3.2. As sanções pecuniárias compulsórias como acessório da decisão principal

A Lei-Quadro de Defesa do Consumidor, no n.º 2 do seu art.º 10.º, regra: *"A sentença proferida em acção inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829 - A do Código Civil, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar."*

O que quer significar que não é de uma mera acção inibitória que se trata, antes nela é susceptível de se acoplar uma acção indemnizatória, que em tudo se apartava da primitiva acção inibitória transfronteiras desenhada ainda pela Comunidade Europeia (Directiva 98/27/CE, de 19 de Maio de 1998) e só em 2020 veio a ser objecto de profunda alteração pela Directiva 2020/1828/UE, de 25 de Novembro de 2020.⁴

O Código Civil consagra a *"astreinte"*, a saber, a "sanção pecuniária compulsória", nestes termos, após proposta de Carlos Alberto da Mota Pinto que, ao tempo, vingara: *"1 - Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia*

⁴ Com efeito, no "considerandum" 7 do normativo de que se trata se assevera que "a presente directiva tem por objectivo assegurar que, à escala da União e à escala nacional, exista pelo menos um meio processual de acção colectiva eficaz e eficiente para obtenção de medidas inibitórias e de reparação à disposição dos consumidores em todos os Estados-Membros. Ter pelo menos um meio processual de acção colectiva disponível aumentaria a confiança dos consumidores, capacitaria os consumidores para exercerem os seus direitos, contribuiria para uma concorrência mais justa e criaria condições de concorrência equitativas para os profissionais que operam no mercado interno."

pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso. 2 - A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar. 3 - O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado. 4 - Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar.”

E, na realidade, a Lei das Condições Gerais dos Contratos, na sequência do que estabeleceu a Lei-Quadro de Defesa do Consumidor, no n.º 2 do seu artigo 10.º, veio a consagrar uma tal sanção, em termos singulares, ao prescrever, no seu artigo 33, o que segue: “1 - Se o demandado, vencido na acção inibitória, infringir a obrigação de se abster de utilizar ou de recomendar [condições gerais dos contratos] que foram objecto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, incorre numa sanção pecuniária compulsória que não pode ultrapassar o valor de (euro) 4 987,98 por cada infracção. 2 - A sanção prevista no número anterior é aplicada pelo tribunal que apreciar a causa em 1.ª instância, a requerimento de quem possa prevalecer-se da decisão proferida, devendo facultar-se ao infractor a oportunidade de ser previamente ouvido. 3 - O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao requerente e ao Estado.”

O incidente é susceptível de operar a instâncias de quem possa prevalecer-se da decisão proferida, a saber, do consumidor singular, do trabalhador individual, do empresário ou do profissional liberal que possam incidentalmente invocá-la em seu favor.

O demandado vencido e infringente goza do “audiatur altera pars”, após o que o julgador decretará o que houver por pertinente e ajustado à factualidade subjacente.

A sanção por infracção, insusceptível de exceder os 4 987,98 € destinar-se-á ao Estado e à vítima, como o impõe a lei, em partes iguais.

Há nitidamente neste particular uma ideia penalizante que atingirá o predisponente como forma de precaver a contumácia, a atitude de permanente afronta à geometria e à equanimidade da lei, qual pária relapso que usa o seu poder no mercado para se desobrigar de afeiçoar a conduta ao que os órgãos judicantes hajam decretado.

Trata-se de uma medida constrangente, salutar e dissuasora, que de todo se impõe na circunstância.

Já Alves Velho, no aresto de 21 de Outubro de 2008, com origem no Supremo Tribunal de Justiça, a que apusera a sua chancela como relator, ponderava, aliás, percucientemente: “II – A sanção pecuniária compulsória destina-se a forçar o demandado resistente a abster-se de um comportamento que lhe está proibido. Não se tratando de uma medida executiva, não se está a coagir o condenado a cumprir uma obrigação, executando-a, mas a constrangê-lo a realizar o comportamento devido, impondo-lhe o cumprimento de uma nova obrigação, agora pecuniária, subsidiária da inicial e principal de prestação de facto...”

Afigura-se-nos que tal obrigará os beneficiários de decisões de um tal jaez de uma supervisão de condutas a fim de agirem se acaso o predisponente (ou alguém por si) contrariar deliberadamente, de caso pensado, decisões que hajam sido prolatadas *in casu*.

3.3. As contra-ordenações e os problemas que eventualmente se suscitam: razões de ordem

A denominada Directiva *Omnibus* – 2019/2161, de 27 de Novembro de 2019, do Parlamento Europeu e do Conselho – entendeu dotar a disciplina das condições gerais dos contratos / cláusulas abusivas de uma moldura sancionatória inexistente até então, já que se não pode confundir a acção susceptível de prevenir ou reprimir “cláusulas relativa ou absolutamente proibidas” com uma qualquer grelha de sanções que doam onde é mais sensível: na bolsa dos prevaricadores.

Claro que na disciplina das condições gerais dos contratos tal não se achava subtraído ao poder dos Estados-membros, no quadro das coordenadas em que se inscrevem tais matérias, mas os legisladores pátrios, acanhados, jamais ousaram. Daí o vazio, daí as omissões.

Aliás, para as consequências próprias dos negócios jurídicos no quadro privatístico das relações co-implicadas, no que tange ao especial domínio do consumo, vai sempre aparelhado um complexo de sanções de natureza contra-ordenacional, dado o perfil do sistema, como no caso, ou administrativa, como na generalidade dos mais ordenamentos pátrios.

A directiva em epígrafe, nos seus *consideranda*, estabelece de forma consequente a doutrina que segue: “*Para facilitar uma aplicação mais coerente das sanções, em especial quanto às infracções cometidas dentro da União, às infracções generalizadas e às infracções generalizadas ao nível da União, ..., deverão ser introduzidos critérios comuns não exaustivos e indicativos relativos à aplicação de sanções nas Directivas 93/13/CEE, 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/EU*”.

Tais critérios deverão abranger, por exemplo, a natureza, a gravidade, a escala e a duração da infracção, e qualquer reparação que seja proporcionada pelo profissional aos consumidores lesados pelo dano causado.

A prática reiterada de infracções por um determinado profissional demonstra uma propensão para o mesmo cometer essas infracções, constituindo tal um indício significativo da gravidade do comportamento e, por conseguinte, da necessidade de agravar a sanção a fim de assegurar um efeito dissuasivo eficaz.

O benefício financeiro obtido ou as perdas evitadas em virtude da infracção deverão ser tidos em conta. Qualquer outro factor agravante ou atenuante aplicável às circunstâncias do caso concreto também pode ser tido em conta.

E, com efeito, a Directiva em epígrafe adita um artigo – o 8.º – B - à das Cláusulas Abusivas – a Directiva 93/13/CE, de 5 de Abril de 1993.⁵

-
- ⁵ “1. Os Estados-Membros estabelecem as regras relativas às sanções aplicáveis em caso de violação das disposições nacionais adoptadas nos termos da presente directiva e tomam todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As sanções previstas devem ser efectivas, proporcionadas e dissuasivas.
2. Os Estados-Membros podem restringir essas sanções às situações em que as cláusulas contratuais sejam expressamente definidas como abusivas segundo o direito nacional ou em que o profissional continue a recorrer a cláusulas contratuais que tenham sido consideradas abusivas numa decisão definitiva adoptada nos termos do artigo 7.º, n.º 2.
3. Os Estados-Membros asseguram que, na aplicação de uma sanção, são tidos em conta, sempre que for caso disso, os seguintes critérios não exaustivos e indicativos:
- a) a natureza, gravidade, dimensão e duração da infracção cometida;
 - b) as medidas eventualmente adoptadas pelo profissional para atenuar ou reparar os danos causados aos consumidores;
 - c) as eventuais infracções cometidas anteriormente pelo profissional em causa;
 - d) os benefícios financeiros obtidos ou os prejuízos evitados pelo profissional em virtude da infracção cometida, se os dados em causa estiverem disponíveis;
 - e) as sanções impostas ao profissional pela mesma infracção noutros Estados-Membros, em situações transfronteiriças caso a informação sobre essas sanções esteja disponível através do mecanismo estabelecido pelo Regulamento (UE) 2017/2394 do Parlamento Europeu e do Conselho;
 - f) qualquer outro factor agravante ou atenuante aplicável às circunstâncias do caso concreto.
4. Sem prejuízo do n.º 2 do presente artigo, os Estados-Membros asseguram que, aquando da aplicação de sanções nos termos do artigo 21 do Regulamento (UE) 2017/2394, essas sanções contemplam a possibilidade de aplicar coimas por meio de procedimentos administrativos ou de intentar uma acção judicial para aplicação de coimas, ou ambas, sendo o montante máximo dessas coimas de, pelo menos, 4% do volume de negócios anual do profissional no(s) Estado(s)-Membro(s) em causa.
5. Para os casos em que deva ser aplicada uma coima nos termos do n.º 4, mas em que não esteja disponível informação sobre o volume de negócios anual do profissional, os Estados-Membros introduzem a possibilidade de aplicar coimas cujo montante máximo deve ser de, pelo menos, dois milhões de euros.
6. Os Estados-Membros notificam a Comissão, até 28 de Novembro de 2021, das regras e medidas a que se refere o n.º 1 e notificam-na, sem demora, de qualquer alteração ulterior das mesmas.

Aí prevê não só que os Estados-membros estabeleçam sanções em caso de violação das disposições nacionais cerceadoras de cláusulas abusivas e ainda que tomem as medidas necessárias para garantir a sua aplicação.

E, como é de tradição, regra-se conseqüentemente, para que “o crime não compense” que as sanções previstas sejam efectivas, proporcionadas e dissuasivas.

Os Estados-membros “podem restringir tais sanções às situações em que as cláusulas contratuais sejam expressamente definidas como abusivas segundo o direito nacional ou em que o profissional continue a recorrer a cláusulas contratuais ... consideradas abusivas numa decisão definitiva”.

As sanções ora decretadas distinguem-se das eventuais sanções cominadas nas acções inibitórias *a se* (a proibição no uso ou na recomendação de condições gerais proibidas) ou incidentalmente da “sanção pecuniária compulsória” decretadas em incidente a instâncias e quem possa prevalecer-se das decisões incumpridas em seu favor.

E, em particular no que tange às condições gerais proibidas, o legislador português excluiu do espectro das sanções as que considera relativamente proibidas, vale dizer, de todo vedadas sempre e só segundo o quadro negocial padronizado.⁶

⁶ *Cfr.*, a título de exemplo, uma mancheia de condições gerais relativamente proibidas, estatuídas em sede de relações jurídicas de consumo, que só como tais se definirão em função do quadro negocial padronizado pela perspectiva dos sujeitos e das circunstâncias que envolvem o ambiente contratual:

- 1 – São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que:
- a) Prevejam prazos excessivos para a vigência do contrato ou para a sua denúncia;
 - b) Permitam, a quem as predisponha, denunciar livremente o contrato, sem pré-aviso adequado, ou resolvê-lo sem motivo justificativo, fundado na lei ou em convenção;
 - c) Atribuem a quem as predisponha o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato, excepto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado;
 - d) Estipulem a fixação do preço de bens na data da entrega, sem que se dê à contraparte o direito de resolver o contrato, se o preço final for excessivamente elevado em relação ao valor subjacente às negociações;
 - e) Permitam elevações de preços, em contratos de prestações sucessivas, dentro de prazos manifestamente curtos, ou, para além desse limite, elevações exageradas, sem prejuízo do que dispõe o artigo 437.º do Código Civil;
 - f) Impeçam a denúncia imediata do contrato quando as elevações dos preços a justifiquem;
 - g) Afastem, injustificadamente, as regras relativas ao cumprimento defeituoso ou aos prazos para o exercício de direitos emergentes dos vícios da prestação;
 - h) Imponham a renovação automática de contratos através do silêncio da contraparte, sempre que a data limite fixada para a manifestação de vontade contrária a essa renovação se encontre excessivamente distante do termo do contrato;
 - i) Confiram a uma das partes o direito de pôr termo a um contrato de duração indeterminada, sem pré-aviso razoável, excepto nos casos em que estejam presentes razões sérias capazes de justificar semelhante atitude;
 - j) Impeçam, injustificadamente, reparações ou fornecimentos por terceiros;
 - l) Imponham antecipações de cumprimento exageradas;
 - m) Estabeleçam garantias demasiado elevadas ou excessivamente onerosas em face do valor a assegurar;
 - n) Fixem locais, horários ou modos de cumprimento despropositados ou inconvenientes;

Ponto é saber se as acções inibitórias cabíveis na circunstância, isto é, as que o artigo 25 da Lei das Condições Gerais dos Contratos prevê e recorta⁷, se mostram susceptíveis de recobrir os termos do modelo-matriz a que alude a Lei-Quadro de Defesa do Consumidor no seu artigo 10.º, com a configuração que segue:

“Direito à prevenção e acção inibitória

1 – É assegurado o direito de acção inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente:

- a) Atentem contra a sua saúde e segurança física;
- b) Se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas;
- c) Consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei.

2 – A sentença proferida em acção inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829 - A do Código Civil, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.”

Como noutro lugar se assinalou, a acção de que se cura neste particular é um híbrido de acção inibitória e de acção indemnizatória, já que no n.º 2 supra, *in fine*, se estatui, aliás, de modo congruente “sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.”

Em nosso entender, nada obsta a que na acção inibitória ajustável à prevenção quanto à repressão das cláusulas abusivas, se deduza um pedido de indemnização desde que cumpridos os pressupostos da compensação devida, nos termos do artigo 12 da Lei-Quadro de Defesa do Consumidor, tanto pelos danos patrimoniais como pelos não patrimoniais causados.

Daí que repudiemos, sem menoscabo e com a devida vénia, a doutrina segregada por um recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 17 de Setembro de 2024 e relatado por Manuel Aguiar Pereira, que reza o seguinte:

“1 – A uma acção inibitória da prática de condições de venda e de tarifas praticada por uma transportadora aérea em que são formulados, para além

o) Exijam, para a prática de actos na vigência do contrato, formalidades que a lei não prevê ou vinculem as partes a comportamentos supérfluos, para o exercício dos seus direitos contratuais...

⁷ Eis o que o artigo 25 da Lei das Condições Gerais dos Contratos prevê, sob a epígrafe “Acção inibitória”: “As cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, quando contrariem o disposto nos artigos 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º podem ser proibidas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares.”

do pedido de indemnização ao autor, pedidos fundados no interesse dos consumidores que sejam por elas afectados, é aplicável o regime da acção popular previsto na lei n.º 83/95, de 31-08, em conjugação com o regime da LDC (Lei n.º 24/96, de 31-07).

II – Nesse tipo de acção a legitimidade do autor na acção popular está regulada no art.º 31.º do CPC em conjugação com o art.º 13.º da LDC e com o art.º 2.º, n.º 1, da Lei da Acção Popular;

III – O autor na acção popular é parte legítima quando, independentemente do seu interesse directo na demanda, alegar os factos essenciais em que assenta a violação dos interesses difusos tutelados, sendo estes caracterizados por serem de titularidade tendencialmente indeterminada e insusceptíveis de divisão e tutela individual.”

Ignorar as especificidades da acção inibitória/compensatória e pretender que o escopo da acção popular, cujo âmbito é bem mais vasto que o postulado pela acção desenhada pela Lei-Quadro de Defesa do Consumidor, é o que serve todos os propósitos, é, ao que se nos afigura, a subversão do sentido e alcance do molde em que assenta a acção colectiva ali definida para “uso interno” e no âmbito do múltímodo universo do consumo.

A acção inibitória, ainda que no quadro da prevenção e repressão das cláusulas abusivas é, tanto quanto se nos afigura, o molde idóneo quer para a consecução de um tal objectivo quer o adequado a que se impetre o *quantum* indemnizatório reputado indispensável pelo demandante com suporte na factualidade subjacente em que a acção se fundará.

Já que *legitimatio ad causam* se reconhece, no segmento em que nos movemos, tanto às associações de consumidores quanto ao Ministério Público (que actuará officiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou, quando entenda fundamentada, a solicitação de qualquer interessado), de harmonia com as alíneas a) e c), respectivamente, do n.º 1 do artigo 26 da Lei das Condições Gerais dos Contratos, quer por via de integração do artigo 13 da Lei-Quadro de Defesa do Consumidor, aos consumidores directamente lesados, como aos consumidores ainda que não directamente lesados, e a Direcção-Geral do Consumidor.

E nem vale a pena remeter para a “vala comum” da acção popular quando a acção inibitória/compensatória é o meio processual idóneo para fazer valer as pretensões dos consumidores, seja a que título for.

a) Acção inibitória e aplicação das sanções na sequência do caso julgado

Nada obsta, porém, que após o trânsito em julgado de acção inibitória que haja julgado absolutamente proibidas dadas condições gerais apostas em suportes pré-elaborados, a entidade competente para o efeito instrua os autos de contra-ordenação a fim de aplicar a coima, que na circunstância e uma vez ponderados os factores por lei estatuídos, a saber,

- A natureza, gravidade, dimensão e duração da infracção cometida;
- As medidas eventualmente adoptadas pelo infractor para atenuar ou reparar os danos causados aos consumidores;
- As eventuais infracções cometidas anteriormente pelo infractor em causa;
- Os benefícios financeiros obtidos ou os prejuízos evitados pelo infractor em virtude da infracção cometida, se os dados em causa se acharem disponíveis, de todo se ajustará e indefectivelmente se imporá.

Sendo que se admitirá sempre, nos termos gerais, da decisão de aplicação da coima, impugnação para os tribunais judiciais, o que poderá ser meramente redundante ou revelar indícios de litigância de má-fé, tanto mais que já houve uma apreciação judicial da factualidade objecto de sanção pecuniária em que a coima se consubstancia.

Será de algum modo contrastante que, na circunstância, se admita recurso para os órgãos de judicatura, já que os autos de contra-ordenação se seguem a uma, por vezes, demorada apreciação em juízo, em sede de acção inibitória, do *thema decidendum*. Esgotando-se desse modo a susceptibilidade de um novo recurso, dado que se terá operado já o trânsito em julgado da decisão proferida em acção inibitória e é de tal acto que decorre a aplicação da contra-ordenação.

b) Autos de contra-ordenação autónomos e inflicção das sanções

De harmonia com o artigo 34 – A da Lei das Condições Gerais dos Contratos, constitui contra-ordenação económica muito grave, punível nos termos do Regime Jurídico das Contra-ordenações Económicas (RJCE) a utilização de condições gerais absolutamente proibidas nos distintos suportes, tal como as que se acham plasmadas nos seus artigos 18 e 21 que, como se não ignora, se não acham acantonadas em listas dominadas por um qualquer “*numerus clausus*”.

Tratando-se de normas cuja essencial característica é a da sua abertura, nela cabem obviamente outras hipóteses que o intérprete considerará ante a sua formulação.

Em consonância com o artigo 34 – C, a fiscalização do cumprimento das disposições constantes da Lei das Condições Gerais dos Contratos, assim como a instrução dos respectivos processos de contra-ordenação e a aplicação das coimas competem à entidade reguladora do segmento de mercado de que se trata.

Supletivamente, onde de modo definido não haja regulador sectorial, cabe à entidade de regulação do mercado em geral, a saber, à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) uma tal competência.

E, se *ratione materiae*, tal não incumbir nem ao Regulador sectorial nem ao mercado em geral, a competência deferir-se-á subsidiariamente à Direcção-Geral do Consumidor.

Aliás, foi o que recentemente ocorreu em acção empreendida pela Direcção-Geral do Consumidor no que tange a condições gerais oferecidas aos consumidores em geral por instalações de ginásios e culturismo.⁸

A competência no que tange a tais actividades não cabe nem a um regulador sectorial nem sequer ao regulador do mercado em geral, logo teria de recair residualmente na Direcção-Geral do Consumidor.⁹

⁸ De um recente comunicado recebido nas redacções dos jornais e a que o Jornal Valor Local nos deu acesso, registre-se:

“Cláusulas “protegem apenas o operador económico, neste caso o ginásio, retirando direitos ao consumidor ou colocando-o em clara desvantagem”.

A Direcção-Geral do Consumidor (DGC) instaurou dois processos de contra-ordenação contra “duas grandes cadeias de ginásios” por incluírem “cláusulas absolutamente proibidas” nos contratos de adesão.

Numa acção de fiscalização recente, foram analisados 20 tipos de contratos de adesão e um total de 241 cláusulas contratuais de duas “grandes cadeias de ginásios”, tendo sido detectada a “utilização de cláusulas absolutamente proibidas por ambos os operadores”.

Os ginásios em causa estão localizados em grandes centros urbanos, como Lisboa e Porto, mas também em cidades de média dimensão, dá conta a DGC, sem identificar as empresas.

Uma das cláusulas ilegais é a “exclusão ou limitação da responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas, salientando ser “ilegal colocar uma cláusula no contrato que refira que o ginásio não se responsabiliza se alguém se magoar ou sofrer algum dano moral ou à sua saúde”.

Outra cláusula proibida detectada foi a exclusão da excepção de não cumprimento do contrato ou da resolução por incumprimento do ginásio. É também “abusiva, a cláusula que limita a utilização de parte ou da totalidade das instalações dos ginásios, para efeitos, por exemplo, de realização de obras, sem que os clientes possam suspender o pagamento das respectivas mensalidades/quotas”.

Estas cláusulas são consideradas absolutamente proibidas porque “protegem apenas o operador económico, neste caso o ginásio, retirando direitos ao consumidor ou colocando-o em clara desvantagem”.

A DGC lembrou ainda que a utilização de cláusulas absolutamente proibidas nos contratos constitui contra-ordenação muito grave, com coimas que podem ir de 16.000 a 60.000 euros no caso de médias empresas e de 24.000 aos 90.000 euros tratando-se de grandes empresas.”

⁹ A Lei n.º 67/2013 aprova a lei-quadro das entidades reguladoras, definindo quais são e quais os seus poderes e obrigações.

Assim, estão abrangidas por esta lei as seguintes entidades:

Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF)

Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM)

Se ocorrer uma situação centrada, por exemplo, na moeda com curso legal cuja recusa começa a desenhar-se em distintos segmentos do mercado, competente será, em nosso entender, o Banco de Portugal, que não o regulador do mercado em geral, a saber, a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica que se ocupa de questões de preços por força de competências próprias que as leis lhe outorgam.¹⁰

A instrução dos autos decorre das regras do Regime Jurídico das Contra-Ordenações em Matéria Económica que no DL 09/2021, de 29 de Janeiro, se contém.

E as contra-ordenações estabelecidas são as mais graves das cominadas: as *muito graves*, de harmonia com a qualificação que decorre do n.º 1 do artigo 34 – A da Lei das Condições Gerais dos Contratos a que precedentemente se alude.

A moldura sancionatória constante da alínea c) do artigo 18 do DL 09/2021 é a que segue:

- Pessoas singulares – 2 000 a 7 500€;
- Micro-empresas (até 10 trabalhadores) – 3 000 a 11 500 €
- Pequenas empresas (de 10 a 49 trabalhadores) – 8 000 a 30 000€
- Médias empresas (de 50 a 249 trabalhadores) – 16 000 a 60 000€
- Grandes empresas (250 ou mais trabalhadores) – 24 000 a 90 000€

Se as contra-ordenações corresponderem a infracções generalizadas “in loco” ou ao nível da União Europeia o limite máximo das coimas a aplicar, no âmbito de acções coordenadas, atingirá os 4 % do volume anual de negócios do infractor nos Estados-Membros em causa.

Se não houver informação disponível sobre o volume anual de negócios, o limite máximo da coima é de 2 000 000 € (dois milhões de euros).

Autoridade da Concorrência (AdC)
 Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE)
 Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM)
 Autoridade Nacional da Aviação Civil (ANAC)
 Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT)
 Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR)
 Entidade Reguladora da Saúde (ERS)

O Banco de Portugal (BdP) e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), embora tenham funções de regulação e supervisão, não são abrangidos por esta lei. Ou seja, obedecem a legislação própria. Ocorre outrotanto com a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE),

¹⁰ Cfr. o DL 138/90, de 26 de Março, que rege em geral em matéria de preços nos mercados de consumo.

E como é que se processa o exercício do direito de audição e a defesa?

Levantado o auto de notícia, notificar-se-á o arguido para, em 20 dias, se pronunciar por escrito acerca do ilícito que lhe é imputado ou, se o entender, efectuar o pagamento voluntário da coima, como resulta de um outro dispositivo, ou seja, do artigo 47 do Regime Jurídico das Contra-Ordenações em Matéria Económica de 9 de Janeiro de 2021 ¹¹.

No lapso que se lhe concede, pode o arguido requerer a sua audição, carrear os documentos probatórios que entenda e arrolar com precisão testemunhas (que não excederão as cinco).

No que tange à instrução dos autos, registre-se que o autuante ou participante não pode exercer, no processo, funções instrutórias.

O instrutor promove as diligências que repute indispensáveis, podendo recusar, fundamentadamente, no todo ou em parte, a realização das que se revelem desnecessárias ou visem apenas procrastinar a marcha dos autos.

Incumbe ao instrutor, para uma mais adequada percepção dos seus poderes-deveres:

- Requerer às autoridades administrativas e policiais a cooperação necessária;
- Quando em causa direitos e legítimos interesses de grupos de consumidores, formular convite as associações de consumidores a apresentar memoriais, pareceres técnicos, sugestão de exames ou demais diligências de prova.

Se entender deprecar a inquirição de testemunhas, especificará de imediato as questões que lhes devam ser suscitadas.

Na determinação da coima, a entidade competente ponderará, para além do disposto no regime geral ou nos regimes contra-ordenacionais específicos estabelecidos na legislação sectorialmente aplicável:

¹¹ Artigo 47 do DL 9/2021, de 29 de Janeiro (RJCE), sob a epígrafe “pagamento voluntário da coima”:

“1 – O pagamento voluntário da coima é admissível em qualquer altura do processo, mas sempre em momento anterior à decisão administrativa.

2 – O pagamento voluntário da coima determina uma redução de 20 % sobre o montante mínimo previsto para a infracção praticada, na forma dolosa.

3 – Não há lugar à redução prevista no número anterior quando se trate de arguido condenado pela prática de contra-ordenação económica muito grave nos últimos três anos, caso em que a coima será liquidada pelo montante mínimo previsto para a infracção praticada, na forma dolosa.

4 – Quando o arguido proceda ao pagamento voluntário da coima dentro do prazo concedido para o exercício do direito de audição e defesa o valor das custas é reduzido para metade.

5 – O pagamento voluntário da coima equivale a condenação para efeitos de reincidência e determina o arquivamento do processo, excepto se houver lugar à aplicação de sanções acessórias, subsistam medidas cautelares ou exista necessidade de dar destino a bens apreendidos, caso em que é proferida decisão cingida a tais questões.”

- A natureza, gravidade, dimensão e duração da infracção;
- As medidas eventualmente adoptadas pelo infractor para atenuar ou reparar os danos causados aos consumidores;
- As eventuais infracções cometidas anteriormente;
- Os benefícios financeiros obtidos ou os prejuízos evitados pelo infractor em virtude da infracção cometida, se os dados em causa se acharem disponíveis;
- Nas situações transfronteiriças, as sanções impostas ao infractor por tal infracção noutros Estados-Membros.

Aplicada a coima, o trânsito em julgado da decisão opera no lapso de 30 dias após a notificação.

A decisão da entidade reguladora ou da competente autoridade administrativa é susceptível de impugnação para os tribunais de instância.

c) Impugnação das decisões das entidades com atribuições e competências para o efeito para os órgãos de judicatura

Da aplicação das coimas pelas entidades competentes cabe recurso, como se assinala no passo precedente, para as instâncias judiciais.

Tal decorre do artigo 45 do Regime Jurídico da Contra-ordenações em Matéria Económica de 9 de Janeiro de 2021, sob a epígrafe “princípio da impugnabilidade”:

“As decisões, os despachos e as demais medidas tomadas pelas autoridades administrativas no decurso do procedimento são susceptíveis de impugnação judicial por parte do arguido ou do sujeito contra quem se dirigem.”

Tal é insusceptível de aplicação às medidas que se destinem apenas a preparar a decisão final de arquivamento ou aplicação da coima e que não colidam com os direitos ou interesses das pessoas.

Competente para decidir do recurso é o tribunal judicial em cuja área territorial se houver consumado a infracção.

O prazo de interposição do recurso é de 30 dias, contados da data da notificação da decisão condenatória.

O recurso obedece à apresentação por escrito à autoridade administrativa a que coube a aplicação da coima ou a sanção acessória e é dirigido ao tribunal competente, dele constando alegações e conclusões.

Para o efeito, é obrigatória a constituição de mandatário para a impugnação judicial de decisões cuja coima aplicável exceda o dobro da alçada dos tribunais

de 1.ª instância, a saber, os 10 000 €, bem como nos recursos interpostos para o Tribunal da Relação.

O recurso da sentença ou decisão judicial é susceptível de interposição para o Tribunal da Relação se:

- For aplicada ao arguido coima superior a 2500 €;
- A condenação abranger sanções acessórias, o que não será o caso;
- O arguido for absolvido ou o processo arquivado em casos em que a autoridade administrativa tenha aplicado coima superior a 2500 € ou em que tal coima haja sido reclamada pelo Ministério Público;
- A impugnação judicial for rejeitada;
- O tribunal decidir através de despacho, não obstante o recorrente se ter oposto a tal.

Para além das enunciadas hipóteses, pode o Tribunal da Relação, a requerimento do arguido ou do Ministério Público, admitir o recurso da decisão quando tal se afigure manifestamente necessário à melhoria da aplicação do direito ou à promoção da uniformidade da jurisprudência.

Se a sentença ou o despacho recorrido recair sobre várias infracções ou envolver distintos arguidos e se apenas quanto a alguma das infracções ou a algum dos arguidos se verificarem os pressupostos necessários, o recurso interpor-se-á com tais limites.

A impugnação judicial da decisão tem efeito suspensivo.

Presente a impugnação judicial, deve a autoridade administrativa proceder à remessa dos autos, no lapso de 15 dias, ao Ministério Público que os apresentará ao julgador, sendo que tal acto valerá como acusação.

Até à remessa dos autos, pode a autoridade administrativa revogar, total ou parcialmente, a decisão de aplicação da coima ou sanção acessória.

A autoridade administrativa pode proceder à junção de outros elementos ou informações que considere relevantes para a decisão da causa e bem assim oferecer os pertinentes meios de prova.

O Ministério Público só pode optar por retirar a acusação com a concordância plena da autoridade administrativa e do recorrente.

Impugnada a decisão da autoridade administrativa ou interposto recurso da decisão judicial somente pelo arguido, ou no seu exclusivo interesse, não pode a sanção aplicada ser modificada em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrentes.

Tais são, de modo simples, as regras que ora regem a interposição de recurso das decisões de aplicação de coimas aos predisponentes, no quadro da Lei das Condições Gerais dos Contratos.

O reforço das medidas persecutórias às cláusulas abusivas que povoam os contratos de adesão com base em formulários pré-elaborados é algo de saudar efusivamente.

Ponto é que as autoridades a que compete fazê-lo abandonem o torpor, a letargia a que nos habituaram e ajam conseqüentemente em favor da Cidade e dos cidadãos.

BIBLIOGRAFIA

- Sá, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2005
- Prata, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2021
- Bandeira, Gonçalo S. de Mello, *Responsabilidade das Pessoas Colectivas e Singulares por Contraordenação no Regime Jurídico (Português) das Contraordenações Económicas (RJCE)*, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Ribeirão Preto, Ed. UNAERP, 31 de Outubro de 2024
- Ribeiro, Joaquim Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 2003
- Barros, José Manuel de Araújo, *Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2024
- Frota, Mário,
- *Cláusulas leoninas: força é cortar precocemente as garras ao leão...*, in "Jornais Regionais", Portugal, 05 de Junho de 2021
 - *Letra miúda, treta graúda! Dos contratos de adesão e sua perversão*, in Leiria – TV, emissão de 22 de Junho de 2021
 - *Comissão das Cláusulas Abusivas: há que prever instrumentos de coerção*, in "Jornais Regionais", Portugal, 03 de Julho de 2021
 - *Portugal; Comissão Nacional das Cláusulas Abusivas*, in "Jornais Regionais", Portugal, 04 de Julho de 2021
 - *Comprometida a entrada em vigor da lei das cláusulas abusivas por intolerável e inadmissível omissão do Governo*, in "Jornais Regionais", Portugal, 19 de Agosto de 2021
 - *Da letra microscópica nos contratos de adesão à sanha legislatória sem nexos nem ponderação*, in "Jornais Regionais", Portugal, 23 de Setembro de 2021
 - *Quais os objectivos da recém-criada Comissão das Cláusulas Abusivas?* in "Jornais Regionais", Portugal, 12 de Dezembro de 2021
 - *Portugal - novidades em perspectiva: as cláusulas abusivas nos contratos pré-elaborados*, in "Jornais Regionais", Portugal, 14 de Dezembro de 2021

- *União Europeia – Portugal: Direito do Consumo, direito flutuante, alterações ao regime dos contratos*, Portal PROCON RS, 03 de Maio de 2022
- *A Comissão 'indesejada' que não sai do papel... quem beneficia com tamanhas delongas?*, in "Jornais Regionais", Portugal, 18 de Julho de 2022
- *Lei das condições gerais dos contratos: faz amanhã, 26 de Julho de 2022, um ano que está por regulamentar a comissão das cláusulas abusivas*, in "Jornais Regionais", Portugal, 25 de Julho de 2022
- *O abusivo descaso da regulamentação da comissão das cláusulas abusivas*, in "Jornais Regionais", Portugal, semana de 26 de Dezembro de 2022
- *"A Nado-Morta Comissão das Cláusulas Abusivas"* in "Campeão das Províncias", Coimbra, 04 de Maio de 2023
- *"As defecções do legislador e a nula política de consumidores"*, Diáronline Região Sul, Albufeira, 28 de Junho de 2023
- *Promoção de interesses e protecção dos direitos do consumidor: modelos institucionais" (a propósito das cláusulas abusivas)*, in "Jornais Regionais", Portugal, 06 de Agosto de 2023
- *Socialistas 'aplaudem' Cláusulas Abusivas em Contratos de Adesão?* in "Jornais Regionais", Portugal, semana de 11 de Dezembro de 2023
- *Dois anos e meio depois, depois de tantas evasivas, vem a terreiro, pois, a comissão das cláusulas abusivas: 26 de Julho de 2021: o vazio; 26 de Dezembro de 2023: o pleno?* in "Jornais Regionais", Portugal, semana de 26 de Dezembro de 2023
- *"Finalmente... a Comissão das Cláusulas Abusivas!"* in "Jornais Regionais", Portugal, semana de 3 de Janeiro de 2024
- *"As letras miudinhas com que nos espezinhas..."* in "Jornais Regionais", Portugal, semana de 07 de Agosto de 2024

JURISPRUDÊNCIA (WWW.DGSI.PT)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Junho de 2017 (Pedro Martins)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Outubro de 2008 (Alves Velho)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Setembro de 2024 (Manuel Aguiar Pereira)

A CONVERSÃO INVERTIDA

INVERTED CONTRACTUAL CONVERSION

Paula Quintas^{1,2}

¹ PROF. ADJUNTA ISVOUGA. ORCID Nº 000-002-8573-4614.

² A AUTORA RESERVA-SE O DIREITO DE ESCREVER SEGUNDO A ORTOGRAFIA ANTERIOR A 1990.

Resumo

Nesta breve reflexão aborda-se a possibilidade, aceite pela jurisprudência, da conversão de um contrato sem termo em contrato a termo, naquilo que designamos por conversão *contratual invertida*, posto que, o espírito da conversão é sempre o de dotar o trabalhador de alguma estabilidade contratual.

Aquando da vigência da Lei da Cessação do Contrato de Trabalho, o art 41.º-A, nº 3, indicava que, “é nulo e de nenhum efeito o contrato de trabalho a termo que seja celebrado posteriormente à aquisição pelo trabalhador da qualidade de trabalhador permanente”. Após o CT/2003, secundado pelo CT/2009, tal normativo finda, o que parece legitimar que o então proibido seja agora permitido, retomando-se o entendimento jurisprudencial prévio ao art. 41.º-A da LCCT.

A interpretação jurisprudencial maioritária, quanto as nós, coloca em crise o espírito da conversão laboral e a matriz dos contratos a termo, esquecendo a característica tipicamente apartitária da relação laboral e a posição contratualmente mais débil do trabalhador.

Palavras-Chave: Contrato a termo. Contrato sem termo. Conversão. Art. 41º-A, nº 3, da Lei da Cessação do Contrato de Trabalho. Relação apartitária. Segurança no emprego.

Abstract

This brief reflection deals with the possibility, accepted by case law, of converting an open-ended contract into a fixed-term contract, in what we call an inverted contractual conversion, since the spirit of the conversion is always to provide the worker with some contractual stability.

When the Termination of Employment Contract Law came into force, article 41-A, no. 3, stated that ‘any fixed-term employment contract entered into after the employee has acquired the status of permanent employee is null and void’.

After the CT/2003, seconded by the CT/2009, this rule was abolished, which seems to legitimise the fact that what was prohibited at the time is now permitted, returning to the jurisprudential understanding prior to art. 41-A of the LCCT.

As far as we are concerned, the majority interpretation of the case law puts the spirit of labour conversion and the matrix of fixed-term contracts in crisis, forgetting the typically temporary nature of the employment relationship and the contractually weaker position of the employee.

Keywords: Fixed-term contract. Open-ended contract. Conversion. Art. 41-A, nº 3 of the Termination of Employment Contract Act. Unequal relationship. Job security

Sumário

1. Nota prévia sobre o espírito da conversão; 2. A relação laboral como caracteristicamente apartária; 3. A matriz dos contratos a termo; 4. O espírito da conversão laboral; 5. O entendimento jurisprudencial relativo à conversão; 6. A interpretação conforme a Constituição; 7. Conclusão

1. NOTA PRÉVIA SOBRE O ESPÍRITO DA CONVERSÃO

Tipicamente, no Direito do Trabalho, a conversão ocorre no sentido de transformar um contrato a termo num contrato sem termo, perante a nulidade da cláusula acessória aposta no contrato ou omissão de requisito de ordem formal insanável.

O que iremos analisar configura o oposto, ou seja, a conversão de um contrato sem termo para contrato a termo, daí a designação de *conversão contratual invertida*.

Afirma-se hoje em certa jurisprudência que os contratos sem termo podem ser convertidos em contratos a termo, dada a supressão no texto legal actual da norma de proibição constante da lei anterior.

De facto, aquando da vigência da LCCT (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro)¹, era indicado no art 41.º-A, nº 3², que “é nulo e de nenhum efeito o contrato de trabalho a termo que seja celebrado posteriormente à aquisição pelo trabalhador da qualidade de trabalhador permanente”.

JÚLIO GOMES explica que anteriormente à vigência da Lei 18/2001, de 3 de Agosto, entendia-se que a celebração de um contrato de trabalho a termo depois de as partes se encontrarem vinculadas por contrato de trabalho sem termo, revogava este, validamente, porque se elas podiam revogar o contrato, por maioria de razão podiam transformar o contrato sem termo em contrato a termo.³

¹ Na versão da Lei nº 18/2001 de 03.07.

² Aditado pelo art. 2.º da Lei nº 18/2001, de 3 de Agosto.

³ *Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 602, nota 1527.

Na era pós-codicista, tal normativo desaparece, o que parece legitimar que o então proibido seja agora permitido, retomando-se o entendimento da jurisprudência prévio ao art. 41.º-A da LCCT.

Esta interpretação literal parece-nos, contudo, desvirtuar o espírito da conversão laboral e agredir ou potencialmente agredir a matriz dos contratos a termo e a *alma* do Direito do Trabalho na sua característica apartitária.

2. A RELAÇÃO LABORAL COMO CARACTERISTICAMENTE APARTITÁRIA

J. J. ABRANTES considera o trabalhador como parte contratual económica e socialmente mais débil, devendo o Direito do Trabalho, assumir tal protecção.⁴

O mesmo A. sublinha que “[E]xiste, de facto, um manifesto desequilíbrio entre os poderes patronais e os do trabalhador, sendo precisamente o reconhecimento da inferioridade substancial da situação dos trabalhadores que está na base, não só do ordenamento legislativo actual, como ainda da relevância dada pela Constituição aos seus direitos”:⁵

O nascimento da expressão Constituição Laboral, vinca o conjunto de direitos protectivos que a matriz constitucional entendeu conferir ao trabalhador como direitos fundamentais dos trabalhadores (arts. 53.º a 57.º da CRP, como Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e arts. 58º e 59º, da CRP, como Direitos e deveres económicos).

O poder de direcção (art. 97º, CT) e o poder disciplinar (arts. 98º e 328º, CT) demonstram claramente a *potestas* do empregador, sem prejuízo do contributo da negociação colectiva.

Na visão de PALMA RAMALHO, abordando a relação desigual das partes, o trabalhador detém uma “posição de dependência, que envolve estruturalmente (e hoje também por indicação expressa da lei) uma componente de inserção organizacional; da parte do empregador, uma posição de domínio, que decorre da titularidade dos poderes laborais de direcção e de disciplina.”⁶

Também para MONTEIRO FERNANDES, a dependência ou subordinação da relação laboral não emana da lei, mas é genética à própria relação, posto que “quando alguém transmite a outrem a disponibilidade da sua aptidão laboral (em

⁴ *A autonomia do Direito do Trabalho, a Constituição Laboral e o art. 4º do Código*, AA. VV., MONTEIRO FERNANDES, António (coord.) in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 411.

⁵ *Estudos de Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 2018, p. 54.

⁶ *Tratado de Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, 4ª ed., Almedina, 2012, p. 30.

vez de se reservar a possibilidade de dispor dela num processo autodeterminado e auto-organizado), está não só a assumir o compromisso de trabalhar mas também o de se submeter à vontade alheia quanto às aplicações dessa aptidão”.⁷

JÚLIO GOMES eloquentemente explica que é o trabalho subordinado a pedra angular, a “pedra de toque” do direito do trabalho.⁸ E adiante, que a subordinação é a “posição jurídica passiva que corresponde ao poder de direcção do empregador e traduz um modo de ser da realização do trabalho”.⁹

3. A MATRIZ DOS CONTRATOS A TERMO

“Por oposição aos contratos de duração indeterminada ou vigência ilimitada (também denominados contratos sem termo), os contratos que contêm já uma predeterminação da sua duração, dizem-se a termo.

Pela oposição do termo (resolutivo), a eficácia do contrato cessa com a ocorrência do termo, ou seja, a cessação dos efeitos contratuais encontra-se na dependência de um acontecimento futuro e certo (art. 278º, CC).

Nos contratos a termo certo, a cessação do contrato encontra-se dependente da verificação de um determinado momento, rigorosamente fixado no tempo, *v.g.*, duração contratual de 6 meses. O contrato é assim *certus an certus quando*.

Nos contratos a termo incerto, a cessação do contrato encontra-se dependente de um determinado acontecimento cuja data de verificação é incerta (*v.g.*, o contrato vigora para o contratado a termo até à recuperação do trabalhador em convalescença, que este se encontra a substituir). Neste caso, o contrato é *certus an incertus quando*.

A diferença entre termo certo e termo incerto não resulta, conforme ressalta, da ocorrência do facto (necessariamente certa), mas do momento da respectiva verificação”.¹⁰

O contrato de trabalho a termo apresenta-se como um contrato excepcional ou atípico, posto que o vínculo contratual típico configura um contrato sem termo (ou por tempo indeterminado).

O princípio de segurança no emprego, plasmado no art. 58º compreende “uma expressão directa do direito ao trabalho (...), o qual, em certo sentido, consubstancia

⁷ *Direito do Trabalho*, 17ª ed., Almedina, 2014, p. 16.

⁸ *Op. cit.*, p. 103.

⁹ *Op. cit.*, p. 123.

¹⁰ PAULA QUINTAS e HELDER QUINTAS, *Código do Trabalho Anotado*, 8ª ed., Almedina, 2024, p 444.

um aspecto do próprio direito à vida dos trabalhadores”, nas palavras de VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO.¹¹

O art. 53.º reconhece ao trabalhador o direito à segurança no emprego. Destarte, os contratos de trabalho a termo, modalidade especial prevista no CT, sofrem condicionamentos na sua admissibilidade que expressam a sua característica de excepcionalidade.

MONTEIRO FERNANDES, entende que «da própria noção legal do art. 11.º do CT ressalta esta característica: a obrigação de actividade que o trabalhador assume implica de certo modo, continuidade (uma “atividade” é, logicamente, uma série de atos que se e[st]endem no tempo); a situação de subordinação (e o correlativo exercício de poderes de organização e autoridade pelo empregador) tem carácter duradouro, supõe a integração estável de uma das partes na organização de meios predisposta pela outra».¹²

“O trabalho a termo é, por natureza, precário; o que é contrário de segurança. Por isso, é necessário também um motivo justificativo para a contratação a termo (...). O direito à segurança no emprego pressupõe, assim, que, em princípio, a relação de trabalho é temporalmente indeterminada, só podendo ficar sujeita a prazo quando houver razões que o exijam, designadamente para ocorrer a necessidades temporárias das entidades empregadoras e pelo período estritamente necessário à satisfação dessas necessidades”, consideram JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA.¹³

Os contratos de trabalho a termo visam satisfazer necessidades temporárias da empresa, objectivamente definidas pelo empregador e pelo período estritamente necessário à satisfação dessas necessidades. A norma incorpora a taxatividade (eloquentemente estabelecida no só) no que concerne ao tipo de necessidade temporária, sob pena de conversão em contrato sem termo (art. 147º, nº 1, al. b), CT).

“O contrato a termo exige motivação, mas não uma motivação aleatória, pois há que demonstrar o carácter temporário da necessidade objetivamente definida pela entidade empregadora e a relação entre a justificação invocada e o termo estipulado (arts. 140º, nº 5 e 141º, nº 1, al. e) e nº 3, do CT), sob pena de invalidade do termo (atenta a natureza de formalidade *ad substantiam*, art. 147º, nº 1, al. c), 2ª parte, do CT).

¹¹ *Constituição Anotada*, vol. I, 6ª ed., Coimbra Editora, 2009, p. 707.

¹² *Direito do Trabalho*, 14.ªed., Almedina, 2009, p. 182.

¹³ *Op. cit.*, p. 711.

A formalidade diz-se *ad substantiam* quando ela própria é um requisito de validade do ato jurídico, pelo que a inobservância da formalidade determina a nulidade daquele (art. 220º, do CC)¹⁴.

Explica a Relação de Guimarães que a “razão justificativa do termo deve ser identificada no texto do contrato, mediante a menção a concretização de factos que permitam perceber o motivo da contratação e sindicar a respetiva veracidade. Assim, o motivo não pode ser vago ou obscuro, nem pode limitar-se à transcrição das fórmulas legais, nem ao uso de expressões abstratas que possa ser aplicável a uma generalidade de situações e pessoas, ou seja, do texto do contrato deve transparecer de forma clara o motivo pelo qual foi o trabalhador contratado a termo”.¹⁵

Desta forma, indicou a Relação do Porto, para que se possa afirmar a validade do termo resolutivo aposto ao contrato é necessário que se “explicitem no seu texto os factos que possam reconduzir ao motivo justificativo indicado e que tais factos tenham correspondência com a realidade”.¹⁶

Como bem disse a Relação de Guimarães no Ac. citado de 23.01.25, “[O] contrato de trabalho a termo resolutivo é uma modalidade especial de contrato de trabalho que apenas é admitida nas situações tipificadas na lei, podendo por isso afirmar-se, tendo presente o princípio constitucional da estabilidade e segurança no emprego (cfr. art. 53.º da CRP), que a regra é a da contratação por tempo indeterminado e que a contratação a termo resolutivo tem carácter excecional, sendo o seu regime imperativo, impondo, assim, a verificação obrigatória de requisitos quer de ordem formal, quer de ordem material”.

O contrato a termo é apresentado como instrumento de flexibilização laboral, por forma a incrementar os níveis de produtividade das empresas.¹⁷ Contra esta tese, bem dilucida JÚLIO GOMES quando dá nota da instabilidade do contrato a termo, facto que “mina, ou de alguma forma compromete a produtividade, ao ponto de não ter sido demonstrada aquela afirmação, tão frequentemente esgrimida, segundo a qual facilitar o contrato a termo, ao aumentar a flexibilidade do mercado de trabalho, contribui para um aumento da eficiência ou da produtividade.”¹⁸

¹⁴ PAULA QUINTAS e HÉLDER QUINTAS, *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*, 11ª ed., Almedina, 2023, p. 43.

¹⁵ Ac. de 23.01.25 in www.dgsi.pt (Proc. n.º 1538/24.0T8VRL.G1). Relator: Vera Sottomayor.

¹⁶ Ac. de 05.06.23 in www.dgsi.pt (Proc. n.º 7604/20.3T8PRT.P1). Relator: Teresa Sá Lopes. No mesmo sentido, v. da mesma Relação, Ac. de 05.06.23 in www.dgsi.pt (Proc. n.º 6083/21.2T8PRT.P1).

¹⁷ ANTÓNIO DAMASCENO CORREIA, “Anotações ao regime jurídico do contrato a termo: o tratamento jurisprudencial”, *Questões Laborais*, n.º 33, Coimbra Editora, 2009, pp. 61 e 62.

¹⁸ Op. cit., p. 583.

Certo é que a excepcionalidade do regime do contrato a termo se manifesta, de imediato quanto à admissibilidade, prevista no n.º 1 do art. 140.º, confirmada pelos requisitos legais quer de substância (art. 140.º),¹⁹ quer de forma (art. 141.º).

“O n.º 4, do art. 140.º, do CT, constitui norma autossuficiente de motivação contratual, conforme dispõe o preceito: Além das situações previstas no n.º 1, ou seja, (para) além da necessidade temporária empresarial, as situações taxativamente previstas no n.º 4, admitem sempre a contratação a termo certo.

Este regime especial prevê no caso da al. a), a natureza nova da atividade cuja duração é incerta (1.ª parte) ou do início de laboração de empresa ou de estabelecimento pertencente a empresa com menos de 250 trabalhadores, nos dois anos posteriores a qualquer um desses factos (2.ª parte), com o inerente risco de (in)sucesso da atividade que está em causa (...). Na hipótese da al. b) é a mera qualidade do trabalhador (trabalhador em situação de desemprego de muito longa duração²⁰) que motiva a contratação”.²¹

Como forma de dissuasão da contratação abusiva do contrato a termo, são de revelar o direito do trabalhador a uma compensação por caducidade do contrato a termo correspondente a 24 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade (arts. 344.º²² e 345.º).

Bem como a proibição de recontratar a termo, antes de decorrido um *período de espera*. Assim, a cessação de contrato de trabalho a termo, por motivo não imputável ao trabalhador, impede nova admissão ou afectação de trabalhador através de contrato de trabalho a termo ou de trabalho temporário cuja execução se concretize no mesmo posto de trabalho ou actividade profissional ou de contrato

¹⁹ O Ac. supra citado refere que a “razão justificativa do termo deve ser identificada no texto do contrato, mediante a menção a concretização de factos que permitam perceber o motivo da contratação e sindicar a respetiva veracidade. Assim, o motivo não pode ser vago ou obscuro, nem pode limitar-se à transcrição das fórmulas legais, nem ao uso de expressões abstratas que possa ser aplicável a uma generalidade de situações e pessoas, ou seja, do texto do contrato deve transparecer de forma clara o motivo pelo qual foi o trabalhador contratado a termo”.

²⁰ Os trabalhadores à procura de primeiro emprego e os desempregados de longa duração não podem ser contratados a termo. De acordo com o art. 112.º, n.º 1, al. b), subal. iii), no contrato de trabalho por tempo indeterminado, o período experimental corresponde a 180 dias para trabalhadores que estejam à procura de primeiro emprego e desempregados de longa duração. Com a L n.º 13/2023, de 3 de abril, o período experimental para os que estejam à procura de primeiro emprego e desempregados de longa duração é reduzido ou excluído consoante a duração de anterior contrato de trabalho a termo, celebrado com empregador diferente, tenha sido igual ou superior a 90 dias (art. 112.º, n.º 5, do CT). A presente alteração vem na linha do decidido pelo TC, no Ac. n.º 318/2021, de 18 de maio, que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da presente norma na parte que se refere aos trabalhadores que “estejam à procura do primeiro emprego”, quando aplicável a trabalhadores que anteriormente tenham sido contratados, com termo, por um período igual ou superior a 90 dias, por outro(s) empregador(es).

²¹ PAULA QUINTAS e HÉLDER QUINTAS, *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*, p. 48.

²² Excepto se a caducidade decorrer de declaração do trabalhador.

de prestação de serviços para o mesmo objecto ou actividade, celebrado com o mesmo empregador ou sociedade que com este se encontre em relação de domínio ou de grupo, ou mantenha estruturas organizativas comuns, antes de decorrido um período de tempo equivalente a um terço da duração do contrato, incluindo renovações (art. 143º, nº 1, do CT).

4.0 ESPÍRITO DA CONVERSÃO LABORAL

Conforme já referido, no tráfego laboral, o regime regra é o da celebração de contratos sem termo, em cumprimento do princípio constitucional da segurança no emprego (art. 53º, CRP), posto que está em causa mais do que um direito, uma garantia de sustento do trabalhador. O enquadramento do contrato a termo será sempre excepcional e amplamente justificado (art. 140º, CT).

Relembre-se que a conversão natural (de contrato a termo para contrato sem termo) opera como sanção punitiva, perante o incumprimento de requisitos insanáveis (art. 147º, CT). A ideia cerne é a de impor ao empregador um contrato efectivo, nos casos de desonra dos requisitos formais ou substanciais da contratação precária. Ao contrato a termo como contrato *com pouca esperança de vida* (JORGE LEITE) é dada uma perenidade (ou dada a perenidade possível).

A conversão natural surge também associada ao decurso do tempo, nos casos de contratos a termo certo ou incerto que apesar de regular e legitimamente formados, atingem o prazo de duração previsto na lei, continuando a haver interesse do empregador na respectiva manutenção (arts. 344º e 345º). E no caso de contrato a termo certo, igualmente emerge como sanção punitiva a conversão contratual, em caso de ineficácia do aviso prévio.

A *conversão invertida* (de contrato sem termo para contrato a termo) está associada ao atingimento da reforma por idade ou invalidez, nos casos em que o trabalhador continua a prestar trabalho (art. 348º, CT). E, neste conspecto, parece residir a ideia de libertar o empregador de uma efectividade indesejável, pela futura e eventual debilidade de desempenho.

Fora estes casos tipificados na lei, surge, por mera função de interpretação, a *conversão invertida* via negociação contratual individual, posto que, conforme já referido, a norma de proibição desapareceu.

5. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL RELATIVO À CONVERSÃO

Retomando-se o entendimento da jurisprudência prévio ao art. 41.º-A da LCCT, tem a jurisprudência admitido a possibilidade de, por acordo revogatório, um contrato sem termo ser convertido em contrato a termo.

Muito recentemente é dito pela Relação de Lisboa que “a admissibilidade de modificação ou substituição de um contrato de trabalho por tempo indeterminado por um contrato de trabalho a termo, tanto na vigência do Decreto-Lei n.º 781/76, de 28 de Outubro, como na vigência da versão originária do Regime Jurídico de Cessação do Contrato Individual e da Celebração e Caducidade do Contrato de Trabalho a Termo (LCCT) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, foi repetidamente reafirmada pela jurisprudência. Aprovados os Códigos do Trabalho, sem que tal disposição tenha transitado para eles, devemos voltar àquele entendimento da jurisprudência, uma vez que não vigora norma de conteúdo idêntico ao do referido art. 41.º-A da LCCT.”²³

Este entendimento não recebeu acolhimento pelo Desembargador José Eduardo Sapateiro, que explica no voto de vencido: “Tenho sérias dúvidas, por um lado, de que se possa falar verdadeiramente de uma livre e consciente revogação de um contrato de trabalho por tempo indeterminado e à sua subsequente e voluntária substituição por um contrato de trabalho a termo certo, numa situação como a dos autos, em que, desde logo, existe uma divergência de raiz quanto à natureza do vínculo que as uniu no período intermédio que está aqui em causa - e em que foi formalmente firmado um contrato de prestação de serviços, que para o Autor esconde ou camufla um vínculo laboral, ao contrário da tese da Ré que defende a correspondência entre o referido clausulado e a realidade da relação profissional efetivamente estabelecida -, vindo a natureza laboral do mesmo somente a ser reconhecida, posteriormente e por via judicial. Entendo, por outro lado, que apesar de não se achar expressamente consagrada nos Código do Trabalho de 2003 e 2009 uma norma idêntica à do artigo art.º 41.º-A da LCCT, continua a ser defensável, no quadro dos regimes decorrentes de tais diplomas legais, que o princípio nela estabelecido continua a vigorar, não estando, por força do princípio constitucional da segurança e estabilidade do emprego, na livre disponibilidade das partes, a substituição de uma relação laboral por tempo indeterminado por uma relação de trabalho a termo certo ou incerto”. (sublinhado nosso)

Ainda mais próximo, é dito pela Relação do Porto que no âmbito de aplicação do Código do Trabalho de 2009 (como já sucedia no Código do Trabalho de 2003)

23 Acórdão de 08.05.2023 in www.dgsi.pt (Proc. n.º 479/09.4TTLSB.L1-4). Relator: Isabel Tapadinha.

“não existe proibição legal de celebração de um contrato a termo por parte do trabalhador já contratado por tempo indeterminado”.²⁴

6. A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O Direito Laboral, na sua autonomia dogmática, que o distingue do Direito Civil, como indicado por PALMA RAMALHO, e a relação espartilhada do contrato de trabalho a termo não parecem suportar a conversão contratual invertida por «autonomia» de vontade das partes, como uma tese pacífica.

Posto que a autonomia da vontade das partes no domínio laboral é algo *contra natura* ao próprio contrato de trabalho, o que pode permitir uma concordância do trabalhador na sua submissão ou ignorância dos direitos fundamentais que lhe assistem.

No caso dos contratos sucessivos, veio o legislador punir o empregador, considerando o vínculo contratual sem termo, por suspeitar que o (novo) contrato a termo atende a necessidades permanentes e não temporárias do empregador (art. 147.º n.º 1, al. d) do CT), pelo que, também por esta linha de raciocínio, parece distorcido permitir que um contrato sem termo se converta num contrato a termo.

Ainda, o art. 129º, al. j), ao indicar que é proibido ao empregador fazer cessar o contrato e readmitir o trabalhador, mesmo com o seu acordo, com o propósito de o prejudicar em direito ou garantia decorrente da antiguidade, parece-nos devidamente perspectivar a questão da *conversão invertida*.

No dizer de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA apresenta-se “bastante significativo que o primeiro dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores seja o direito à segurança no emprego, com destaque para a garantia contra os despedimentos sem justa causa. Trata-se de uma expressão directa do direito ao trabalho (artigo 58.º), o qual, em certo sentido, consubstancia um aspecto do próprio direito à vida dos trabalhadores. Na sua vertente positiva, o direito ao trabalho consiste no direito a procurar e obter emprego; na sua vertente negativa, o direito ao trabalho garante a manutenção do emprego, o direito de não ser privado dele”.²⁵

Ainda, o “direito à segurança no emprego não consiste apenas no direito a não ser despedido sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos [...]. O seu

²⁴ Ac. de 18.11.2024 (Proc. n.º 1156/23.0T8AVR.P1). Relator: Maria Luzia Carvalho

No mesmo sentido, cfr. Acs. RP de 07.12.2018 (Proc. n.º 834/17.7T8MAI.P1). Relatora: Teresa Sá Lopes, Ac. de 09.09.2015 (Proc. n.º 180/10.7TTVRL.PS1), Relator: Pinto Hespanhol; Ac. de 08.04.2013 (Proc. n.º 1277/10.9TTGMR.P1) Relatora: Paula Maria Roberto), todos acessíveis in www.dgsi.pt e Ac. STJ de 27/03/2003, CJ, Ano XI, Tomo I, págs. 281 a 283.

²⁵ Op. cit., p. 707.

âmbito de protecção abrange todas as situações que se traduzam em injustificada precariedade da relação de trabalho.”²⁶

Quanto a nós, a melhor interpretação conforme a Constituição não parece permitir a *conversão invertida* que atinge o princípio geral maior da perenidade do vínculo laboral, que só decai em casos excepcionais como o de acolher a necessidades temporária da empresa ou atender à qualidade (também temporária) do empregador ou do trabalhador.

7. CONCLUSÃO

O entendimento jurisprudencial de que os contratos sem termo podem ser convertidos em contratos a termo, dada a supressão no texto legal actual da então norma de proibição constante da lei anterior, parece-nos bastante questionável.

Como afirmam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a garantia da segurança no emprego “perderia qualquer significado prático se, por exemplo, a relação de trabalho estivesse sujeita a prazos mais ou menos curtos, pois nesta situação o empregador não precisaria de despedir, bastando-lhe não renovar a relação jurídica no termo do prazo”.²⁷

Na relação laboral, o regime regra é o da celebração de contratos sem termo, em cumprimento do princípio constitucional da segurança no emprego (art. 53º, CRP).

A possibilidade de, por acordo revogatório, um contrato sem termo ser convertido em contrato a termo parece esquecer que a autonomia da vontade das partes no domínio laboral é algo *contra natura* ao próprio contrato de trabalho e acentuar uma injustificada precariedade da relação de trabalho.

BIBLIOGRAFIA

Abrantes J. J.

- “A autonomia do Direito do Trabalho, a Constituição Laboral e o art. 4º do Código”, AA. VV., MONTEIRO FERNANDES, António (coord.), in Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea, Almedina, Coimbra, 2004.
- “Estudos de Direito do Trabalho”, AAFDL, Lisboa, 2018.

Canotilho, Gomes, Moreira, Vital, Constituição Anotada, vol. I, 6ª ed., Coimbra Editora, 2009.

Correia, António Damasceno, “Anotações ao regime jurídico do contrato a termo: o tratamento jurisprudencial”, Questões Laborais, n.º 33, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

Fernandes, Monteiro - Direito do Trabalho, 17ª ed., Almedina, 2014

Gomes, Júlio, Direito do Trabalho, vol. I, Coimbra Editora, 2007.

²⁶ Op. cit., p. 711.

²⁷ Op. cit., p. 289.

Quintas, Paula e Quintas, Hélder,

– Código do Trabalho Anotado, 8ª ed., Almedina, 2024.

– Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho, 11ª ed., Almedina, 2023.

Ramalho, Palma. Tratado de Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais,

4ª ed., Almedina, 2012.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão de 08.05.2023 *in* www.dgsi.pt (Proc. n.º 479/09.4TTLSB.L1-4)

Ac. de 05.06.23 *in* www.dgsi.pt (Proc. n.º 7604/20.3T8PRT.P1).

Ac. de 05.06.23 *in* www.dgsi.pt (Proc. n.º 6083/21.2T8PRT.P1).

Ac. de 23.01.25 *in* www.dgsi.pt (Proc. n.º 1538/24.0T8VRL.G1)

Ac. de 18.11.2024 *in* www.dgsi.pt (Proc. n.º 1156/23.0T8AVR.P1)

Acs. RP de 07.12.2018 *in* www.dgsi.pt (Proc. n.º 834/17.7T8MAI.P1)

Ac. de 09.09.2015 *in* www.dgsi.pt (Proc. n.º 180/10.7TTVRL.P.S1)

Ac. de 08.04.2013 *in* www.dgsi.pt (Proc. n.º 1277/10.9TTGMR.P1)

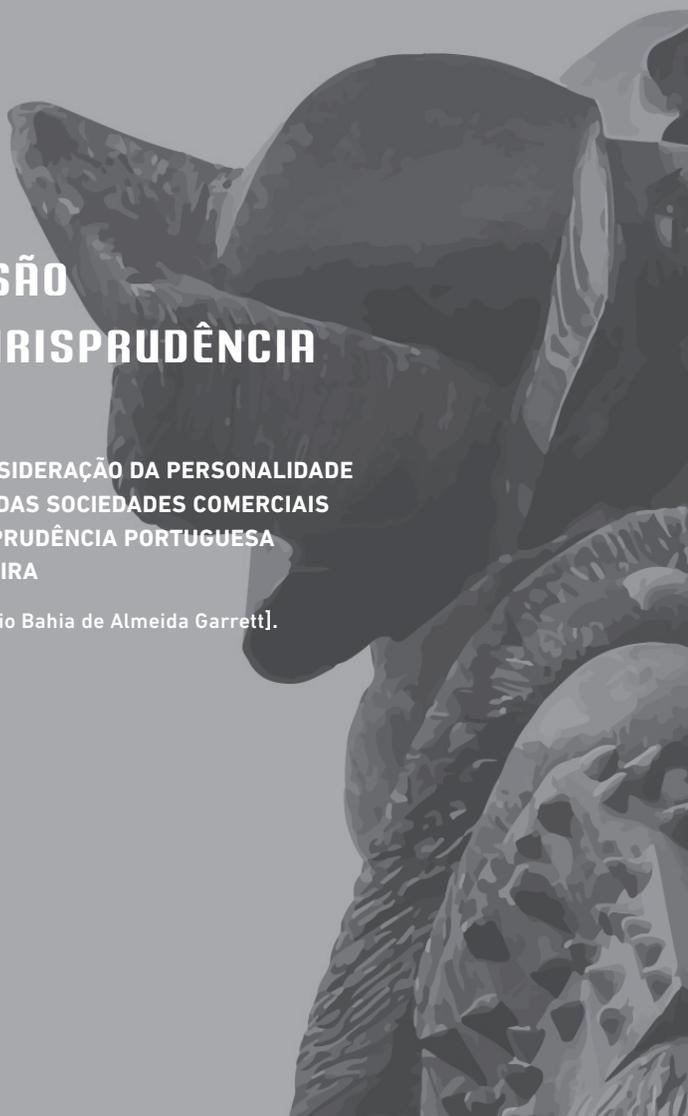
Ac. STJ de 27/03/2003, CJ, Ano XI, Tomo I, pág. 281 a 283.

2

REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA DAS SOCIEDADES COMERCIAIS
NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA
E BRASILEIRA

[João António Bahia de Almeida Garrett].





A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES COMERCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA E BRASILEIRA¹

LIFTING THE CORPORATE VEIL IN THE PORTUGUESE AND BRAZILIAN COURTS DECISIONS

João António Bahia de Almeida Garrett^{2,3}

² DOUTOR EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. PROFESSOR DO IPMAIA – INSTITUTO POLITÉCNICO DA MAIA E DA UNIVERSIDADE DA MAIA. COORDENADOR DA LICENCIATURA EM SOLICITADORIA DO IPMAIA. INVESTIGADOR DO N2I (IPMAIA). INVESTIGADOR COLABORADOR DO INSTITUTO JURÍDICO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. CAMPUS DA MAIÊUTICA, AV. CARLOS DE OLIVEIRA CAMPOS, CASTÊLO DA MAIA / 4475-690 MAIA, JOAOAGARRETT@IPMAIA.PT. CIÊNCIA ID: 3216-F551-1A82. ID ORCID: 0009-0009-1380-5784

³ O AUTOR ESCREVE SEGUNDO O ACORDO ORTOGRÁFICO ANTERIOR AO DE 1990.

Resumo

Sendo embora tema amplamente discutido na doutrina portuguesa e brasileira, a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais, como “instituto” atípico no Direito português, tem recebido tratamento jurisprudencial algo difuso, pontualmente de modo dissonante relativamente à doutrina, com sacrifício da necessária segurança jurídica. Impõe-se, assim, a nosso ver, uma revisão da jurisprudência nesta matéria, à luz do que se pode considerar a posição dominante da doutrina. Em complemento – e contraponto –, far-se-á uma breve incursão no Direito brasileiro, que pode sugerir novos caminhos para este lado do Atlântico.

Palavras-chave: personalidade colectiva; personalidade jurídica das sociedades comerciais; desconsideração da personalidade jurídica; instrumentos e metodologia de aplicação; teoria maior, teoria menor e teoria inversa.

¹ Para facilidade e comodidade de leitura, utilizam-se as seguintes siglas e abreviaturas: Ac. – acórdão; Cciv. – Código Civil português; CDC – Código de Defesa do Consumidor (Brasil); cfr. – confrontar; CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas; CPC – Código do Processo Civil brasileiro; CSC – Código das Sociedades Comerciais; DL – Decreto-Lei; RDP – Revista da Defensoria Pública (Brasil/Estado do Rio Grande do Sul); RIDB – Revista do Instituto de Direito Brasileiro; RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira; RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência; ROA – Revista da Ordem dos Advogados Portugueses; STJ – Supremo Tribunal de Justiça (Portugal); tb. – também; TRC – Tribunal da Relação de Coimbra; TRE – Tribunal da Relação de Évora; TRL – Tribunal da Relação de Lisboa; TRP – Tribunal da Relação do Porto.

Todos os sítios da internet foram acedidos entre 4.02.2025 e 7.03.2025.

Abstract

In spite of being thoroughly discussed by Portuguese and Brazilian legal writers, this topic is absent from the Portuguese law and has been treated by our courts in different manners and perspectives, which affects the needed legal certainty. This justifies a review of our superior courts' decisions, in light of the prevailing position of specialized doctrine. An overview of the Brazilian law and practice will be presented as a possible leading pathway to our own law.

Keywords: legal entity; corporate; lifting the corporate veil; legal instruments and methodology; major, minor and reverse theories.

Sumário

1. Considerações introdutórias sobre a personalidade jurídica colectiva, em geral, e sobre a personalidade jurídica das sociedades comerciais, em particular; 2. A desconsideração da personalidade jurídica: noção, origem e terminologia; 3. Características, instrumentos e metodologia de aplicação; 4. Casos de imputação; 5. Casos de responsabilidade; 6. Teoria maior, teoria menor e teoria inversa; 7. Principais especialidades do Direito Brasileiro; 8. Conclusões; Bibliografia; Jurisprudência

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS INTRODUTÓRIAS SOBRE A PERSONALIDADE JURÍDICA COLECTIVA, EM GERAL, E SOBRE A PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES COMERCIAIS, EM PARTICULAR

É sabido que a ideia de personalidade jurídica colectiva assentou, inicialmente, numa *ficção jurídica*, como expediente técnico para permitir o funcionamento de entidades colectivas e a prossecução dos interesses que as justificam.^{2, 3} Criação do legislador, assumiu natureza formal, tendendo a ser absolutizada.⁴

² A teoria da ficção é habitualmente atribuída a FRIEDRICH CARL von SAVIGNY (1779-1861), cuja obra teve uma influência marcante no pensamento jurídico alemão (e da família jurídica romano-germânica) do séc. XIX. Depurada das referências éticas originais, surge clara nas palavras de PAUL von ROTH: "a pessoa jurídica é um sujeito de direito apenas pensado (fictício) cuja capacidade jurídica é obtida artificialmente e cujo conceito, nas relações patrimoniais, é tratado como se fosse uma pessoa física" – cfr., para maiores desenvolvimentos sobre a extensa produção doutrinal dedicada à personalidade colectiva, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IV, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 576 e ss., max. pág. 580 e nota 2087, de que reproduzimos a passagem de von ROTH; Maria de Fátima Ribeiro, *Notas sobre a natureza da personalidade jurídica das pessoas colectivas*, Direito das Sociedades em Revista, Ano 8, Vol.16, Outubro 2016, págs. 83 e ss.

³ Teoria recusada já por GUILHERME MOREIRA (1861-1922): "Mas não há só interesses individuais, há interesses sociais, colectivos que são comuns a certos grupos de pessoas e cuja realização é absolutamente necessária para a vida do homem em sociedade. Ora estes interesses não podem ser representados por pessoas singulares, em virtude não só da limitada existência destas e da permanência dos interesses colectivos, mas ainda pela oposição que pode haver entre estes interesses e os interesses individuais quanto aos meios para a sua realização. Para representar os interesses colectivos constituiu a ordem jurídica outra personalidade além da natural mas que é da

Actualmente, a personalidade jurídica colectiva é vista numa perspectiva substancialista, tendo em conta o substrato material que a sustenta e justifica, ou seja, as razões que levaram o legislador a atribuir essa qualidade. O que conduz à possibilidade da sua relativização, sempre que tais razões se não verifiquem.⁵

As sociedades comerciais⁶ adquirem a personalidade jurídica com o registo definitivo do acto constitutivo.⁷ A personalidade surge aqui como um meio técnico para autonomizar, do modo mais perfeito possível, o substrato pessoal e patrimonial consolidado com a celebração válida do acto constitutivo; autonomia que se concretiza em duas dimensões distintas mas complementares: *autonomia subjectiva* (um novo sujeito de direito)⁸ e *autonomia patrimonial* (separação entre o património social e os patrimónios pessoais dos sócios).⁸

mesma natureza que esta.” (Guilherme Alves Moreira, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Primeiro, Parte Geral, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907, pág. 156). Devemos, ainda, a GUILHERME MOREIRA a terminologia que veio a ser consagrada pelo Código Civil de 1966: António Menezes Cordeiro, ob. cit., pág. 552.

⁴ Para exemplos de manifestações de absolutização do conceito de pessoa colectiva, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Curso de Direito Comercial, II, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, págs. 169-170.

⁵ Como reacção à tradicional absolutização da personalidade jurídica colectiva, passou a falar-se de “crise da pessoa colectiva”: Maria de Fátima Ribeiro, cit., pág. 80.

⁶ Referimo-nos a *sociedades comerciais* por economia discursiva, sabendo que a mesma disciplina se aplica às denominadas sociedades civis em forma comercial (CSC, art. 1º, 4), pelo que seria mais rigoroso falar de sociedades da lei comercial. Cremos, no entanto, que melhor seria qualificar como comerciais todas as sociedades que adoptem um dos tipos legais de sociedade comercial, eliminando o requisito objecto comercial, tão propenso a dúvidas e perplexidades escusadas, seguindo os ensinamentos da melhor doutrina: A. Ferrer Correia, *A Sociedade Por Quotas de Responsabilidade Limitada nos Projectos do Futuro Código das Sociedades Comerciais*, in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1989, págs. 129-131. Contra, Raúl Ventura, *Sociedades por Quotas*, I, Almedina, Coimbra, 1987, págs. 44 e ss., com objecções que radicam sobretudo na delimitação do objecto do direito comercial pela teoria dos actos de comércio e na conseqüente noção de comerciante do Código Comercial, puramente formal – como resulta com nitidez do reconhecimento de natureza materialmente comercial às sociedades civis puras (António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, II, 2ª edição (2ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 2014, pág. 53).

⁷ CSC, art. 5º. Nem sempre foi assim: na falta de disposição inequívoca do Código Comercial, discutiu-se se (todas) as sociedades comerciais teriam esse atributo e, em caso afirmativo, a partir de quando: A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, Vol. II, edição policopiada, Universidade de Coimbra, 1968, págs. 85 e ss., Autor que defendia a existência de personalidade jurídica de todas as sociedades comerciais, apesar da falta de clareza da norma do então vigente art. 108º do Código Comercial. Ver, a este respeito, do mesmo Autor, a obra citada na nota anterior, págs. 84-85 e, sobre o momento da aquisição da personalidade jurídica das sociedades comerciais (posição aqui expandida apenas para as sociedades por quotas, mas generalizável a todos os tipos sociais), págs. 136-137. Para maiores desenvolvimentos sobre este ponto, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, cit., pág. 162 e notas 349 e 350.

⁸ Como sujeito jurídico autónomo, a sociedade, apesar de existir em última análise para o enriquecimento pessoal dos sócios obtido a partir do exercício do objecto que estes lhe definiram, assume uma *individualidade própria*, em função de interesses colectivos (os “interesses da sociedade”: António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, I, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 872-873) nem sempre coincidentes com os interesses individuais deles ou de todos eles. “A personalidade jurídica é a qualidade, em si mesma, determinante do ser do sujeito de direito, ou seja, a aptidão para se ser um titular autónomo de direitos e obrigações (particularmente, de relações jurídicas), ou melhor, a aptidão para se ser um *centro independente de imputação e de irradiação* de efeitos jurídicos materiais e processuais” (Rabindranath Capelo de Sousa, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 250, itálico nosso).

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: NOÇÃO, ORIGEM E TERMINOLOGIA

Os sócios constituem a sociedade para, através do exercício de uma certa actividade, enriquecerem os seus patrimónios pessoais: *objecto* e *fim* da sociedade não coincidem, mas complementam-se.¹⁰ A experiência demonstra, todavia, que a sociedade pode ser usada para outros fins, lícitos (por exemplo, “sociedades nominais”, sem actividade)¹¹ ou ilícitos (v.g., contornar uma proibição legal, evitar o exercício de um direito de outrem, defraudar credores).¹²

A desconsideração da personalidade jurídica é um (último) remédio para combater esse mau uso do instituto societário e pode ser definida como a “derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjetiva e/ou patrimonial das sociedades em face dos respetivos sócios”.¹³

Daí que se reconheçam à sociedade-pessoa jurídica direitos e obrigações característicos das pessoas naturais (singulares, na terminologia da nossa lei actual), de que são significativo exemplo (alguns) direitos de personalidade (Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 319; António Pinto Monteiro, *A tutela dos direitos de personalidade no Código Civil*, Revista Jurídica Portuguesa, nº 29, 2021, pág. 12; cfr. tb., se bem que em termos divergentes no que toca à susceptibilidade de danos não patrimoniais por parte da pessoa colectiva, Ac. do STJ de 8.03.2007 (Salvador da Costa) e de 12.09.2013 (Oliveira Vasconcelos), ou mesmo um direito geral de personalidade adaptado (Mafalda Miranda Barbosa, *Liberdade vs. Responsabilidade*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 258 e ss., max. 263-264), e a responsabilidade penal (Germano Marques da Silva, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 2009; Hugo Luz dos Santos, *A responsabilidade penal das pessoas colectivas*, Nova Causa Edições Jurídicas, Vila Nova de Famalicão, 2023; Ac. do TRE de 24.02.2015 - Ana Barata de Brito).

⁹ De que decorre a limitação da responsabilidade dos sócios nas sociedades anónimas, por quotas e em comandita, relativamente aos sócios comanditários, e a subsidiariedade dessa responsabilidade nas sociedades em nome colectivo e em comandita relativamente aos sócios comanditados.

¹⁰ Costuma falar-se em *fim imediato* (objecto) e *fim mediato ou teleológico* (o enriquecimento individual dos sócios através da distribuição dos lucros gerados pela sociedade). Neste sentido, José de Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, IV, Sociedades Comerciais, edição policopiada, Lisboa, 1993, págs. 11 e ss.; Maria de Fátima Ribeiro, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 518, se bem que entendendo como fim da sociedade a obtenção, no património desta, de lucro distribuível pelos sócios, o que nos parece ser ainda um meio do enriquecimento individual dos sócios, que será o fim último, a verdadeira razão de ser da constituição do ente social.

¹¹ António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, I, cit., pág. 258.

¹² Chamando a atenção para o facto de ser a natureza funcional da sociedade e da sua personalidade que justifica a desconsideração sempre que a sua função tiver sido atingida (desviada), Hugo Ramos Alves, *A desconsideração da personalidade colectiva em Oliveira Ascensão*, Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisbon Law Review, Ano LXIV, Número 1, Tomo 2, 2023, pág. 939.

¹³ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, cit., pág. 174. Repare-se que não se trata da extinção (dissolução) da pessoa colectiva, mas apenas de que as normas que definem a autonomia subjectiva e patrimonial da sociedade perante os sócios (plano das relações internas) “perdem aplicação, em certas circunstâncias, deixando aparecer a realidade subjacente.” (António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, I, cit., pág. 419.) De notar que a primeira redacção do art. 50 do Código Civil brasileiro de 2002 previa a dissolução da sociedade como sanção para a sua utilização como “instrumento ou cobertura para prática de atos ilícitos, ou abusivos”, tendo sido alterada após uma chuva de críticas da

Teve a sua origem no direito anglo-americano,¹⁴ com posterior tratamento dogmático pela doutrina e jurisprudência alemãs, aprofundado e sistematizado por Rolf Serick.¹⁵

Não tendo, entre nós, consagração legal, a designação por que é conhecida varia conforme os autores e a fonte próxima utilizada, anglo-americana ou alemã: desconsideração da personalidade jurídica,¹⁶ levantamento da personalidade jurídica,¹⁷ penetração da personalidade jurídica,¹⁸ superação da personalidade jurídica,¹⁹ afastamento da personalidade jurídica²⁰ - questão terminológica reconduzida até a debate sobre elegância da linguagem.^{21, 22}

doutrina civil e comercial (Mateus Mantovani Sorgatto, *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na execução trabalhista e fiscal*, RDP, Ano V, N.º 10, set.-dez. 2014, pág. 245 - <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/106>).

¹⁴ *Salomon v. Salomon & Co, 1897* (https://www.trans-lex.org/310810/_/salomon-v-salomon-co-ltd-%5B1897%5D-ac-22/); *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co, 1905* (<https://case-law.vlex.com/vid/united-states-v-milwaukee-890446018>), entre outros.

¹⁵ Catarina Serra, *Desdramatizando o afastamento da personalidade jurídica (e da autonomia patrimonial)*, JULGAR- N.º 9- 2009, pág. 113.

¹⁶ José de Oliveira Ascensão, cit., págs. 57 e ss.; Jorge Manuel Coutinho de Abreu, cit., págs. 174 e ss. É esta também a designação mais comumente utilizada pela nossa jurisprudência, por vezes acompanhada pela expressão levantamento da personalidade jurídica. No Brasil, é a própria lei que adota a designação desconsideração da personalidade jurídica, como veremos.

¹⁷ António Menezes Cordeiro, *Do levantamento da personalidade colectiva*, Direito e Justiça, IV, 1989/90, págs. 147 e ss.

¹⁸ Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*, edição policopiada, Coimbra, 1976, pág. 46.

¹⁹ Inocêncio Galvão Telles, *Venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades*, ROA (1979), III, págs. 513-562.

²⁰ Catarina Serra, ob. cit.; Ac. STJ de 20.01.2022, Proc. 21074/18.2T8PRT.P1.S1 (Nuno Pinto Oliveira).

²¹ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, cit., pág. 175, nota 378; António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, I, cit., pág. 420.

²² Deve ter-se em conta que esta figura ou técnica jurídica se deverá aplicar também aos casos de mera subjectividade jurídica, ou seja daqueles entes não personalizados que o Direito trata como sujeitos para certos fins - as *personas colectivas rudimentares* (António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, cit., págs. 605 e ss.), de que temos significativos exemplos: atribuição de personalidade judiciária, (o debate sobre a) qualificação como comerciante das sociedades não registadas (irregulares) - cfr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, I, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2018, págs. 160 e ss; contra, Ac. do TRL de 9.07.2003 (Abrantes Geraldes)-, sujeitos passivos da declaração de insolvência. O que, neste último caso, segundo pensamos, poderá conduzir a efeitos práticos muito relevantes: declaração de insolvência do comerciante titular do EIRL e não do EIRL-sujeito jurídico (CIRE, art. 2º, 1, g)), numa espécie de reinstauração do art. 11º, 2, do DL 248/86 (Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, pág. 90); declaração de insolvência dos sócios de sociedade não registada (CIRE, art. 2º, 1, e)), que responderão para além do imposto pelo art. 40º, 1, do CSC (sociedades de responsabilidade limitada).

3. CARACTERÍSTICAS, INSTRUMENTOS E METODOLOGIA DE APLICAÇÃO

Pode dizer-se que a desconsideração da personalidade colectiva se caracteriza, no ordenamento português, como um instrumento ou técnica jurídica de elaboração jurisprudencial,²³ com alguns afloramentos no direito positivo,²⁴ de aplicação subsidiária, de último recurso, devendo recorrer-se, em primeiro lugar, a institutos jurídicos que acautelem os interesses em presença no caso *sub judice*,²⁵ e excepcional,²⁶ e exclusivo dos sócios, actuando nessa qualidade e não na de gerentes ou administradores, quando tenham a dupla qualidade.²⁷

Partindo de uma concepção substancialista, não absolutizadora, da personalidade colectiva, segundo a qual “não há fronteira intransponível entre sociedade e sócios”,²⁸ utilizam-se, conforme os casos, os operadores jurídicos *interpretação teleológica de disposições legais e negociais* (v.g., do contrato de sociedade, de normas legais que proíbem a prática de um acto jurídico a certas pessoas ou impõem o respeito por um direito)²⁹ ou *abuso de direito* (quando a sociedade-pessoa colectiva (e a sua autonomia patrimonial) é utilizada para desrespeitar interesses de terceiros, abusando do direito de constituir e fazer funcionar a sociedade e da personalidade jurídica desta. Na primeira hipótese incluem-se os *casos de imputação*, em que se

²³ Cremos não se tratar de um instituto jurídico propriamente dito, que pode definir-se como um “sistema de normas que regulam um determinado grupo de relações jurídicas” (Guilherme Moreira, cit., pág. 122) ou um complexo de normas constituindo um todo organizado e unificado à volta de certo núcleo de princípios fundamentais, uma espécie de microcódigo (J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 7ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1994, pág. 100). E não terá essa natureza porque lhe falta, ainda, no Direito português, essa densificação, não por ser de fonte jurisprudencial – se bem que essa origem normativa dificulte tal desiderato. A desconsideração da personalidade jurídica também já foi qualificada como *teoria* (Ac. TRC de 15.11.2016, Proc. 970/14.1TBCLD.C1 – Luís Cravo), mas é comum a jurisprudência (e alguma doutrina) referir-se-lhe como instituto.

²⁴ Por exemplo, CSC, art. 84º; DL 248/86, art. 11º, 2. Cfr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso*, II, cit., pág. 175, nota 379; Armando Manuel Triunfante e Luís de Lemos Triunfante, *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Sinopse Doutrinária e Jurisprudencial*, JULGAR- N.º 9- 2009, págs. 134 e ss., considerando, todavia, que na maior parte dos casos não é de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade que se trata, “mas apenas de uma mais vulgar imposição de responsabilidade pessoal dos sócios.”

²⁵ Como será o caso dos meios de conservação da garantia patrimonial, *maxime*, a impugnação pauliana. Sobre o ponto, Ac. STJ de 20.01.2022, Proc. 21074/18.2T8PRT.P1.S1 (Nuno Pinto Oliveira).

²⁶ A regra é sempre a personalidade jurídica e autonomia patrimonial da sociedade perante os sócios.

²⁷ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso*, II, cit., pág. 179, nota 385; Ac. do TRL de 20.03.2012 (Teresa Albuquerque). Em sentido contrário, permitindo a desconsideração da personalidade societária para responsabilizar o administrador, Ac. STJ de 13.10.2020, Proc. 22024/16.6.T8PRT.P1.S1 (Acácio das Neves).

²⁸ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso*, II, cit., pág. 175, A. que aqui seguimos de perto.

²⁹ Por exemplo, a norma que proíbe a venda a filhos ou netos (Cciv., art. 877º), a que confere ao locador o direito de preferência no trespasse do estabelecimento comercial (Cciv., art. 1112º, 4) ou a que proíbe a cessão da posição contratual do arrendatário sem autorização do locador (Cciv., art. 1038º, f). Ver, quanto a esta última hipótese, Ac. STJ de 26.06.2007, Proc. 07A1274 (Afonso Correia).

imputam ou referem à sociedade actos dos sócios (ou vice-versa, se referem aos sócios actos próprios da sociedade); na segunda, estão os *casos de responsabilidade*, que decorre do abuso de direito, preenchidos que estejam os demais pressupostos da responsabilidade civil.

Deve ter-se em conta que ao agrupar os casos que vão surgindo na prática, não estamos perante “uma classificação: há disfunções e áreas de sobreposição sem que, por isso, o esforço perca a sua utilidade.”³⁰

4. CASOS DE IMPUTAÇÃO

Este grupo é constituído pelos casos em que determinados conhecimentos, qualidades ou comportamentos de sócios são referidos ou imputados à sociedade (e vice-versa), utilizando-se predominantemente o operador jurídico *interpretação teleológica de disposições legais e negociais*.

4.1.

“Se um devedor, para se eximir ao cumprimento da sua obrigação, passar bens do seu património pessoal para uma sociedade unipessoal que entretanto criou, e de que passou a ser sócio, ceder a única quota de tal sociedade, que integra tais bens, à sua nora, e depois continua a comportar-se como dono de tais bens, bens que depois são postos à venda, há que convocar a figura da desconsideração ou do levantamento da personalidade jurídica da sociedade unipessoal nas situações em que a personalidade colectiva é usada de modo abusivo para prejudicar terceiros.”³¹

Vejamos os factos em causa: “A devedora M (...) era a proprietária dos dois referidos estabelecimentos comerciais de cabeleireiro; despediu a requerente ilicitamente; depois constituiu uma sociedade unipessoal, em que ela era a sócia, onde integrou tais estabelecimentos de cabeleireiro; seguidamente cedeu gratuitamente a única quota da sociedade, titular dos ditos estabelecimentos, à sua nora N (...); apesar disso continuou a comportar-se como dona dos mesmos; posteriormente tais salões de cabeleireiro foram postos à venda; com tal conduta a M (...) e a conivente N (...) querem impedir a satisfação do direito dos futuros credores, entre os quais a dívida da requerente/recorrente.”³²

³⁰ António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, l. cit., págs. 435-436, Autor que, por isso, qualifica a desconsideração da personalidade jurídica como um “instituto de enquadramento” (Ob. cit., pág. 448).

³¹ Ac. TRC de 18.12.2013, Proc. 3126/13.7TJCBR.C1 (Moreira do Carmo), ponto 2 do Sumário (*sic*).

³² *Ibidem*.

Neste caso, a devedora (M) imputa à sociedade unipessoal a qualidade de proprietária dos estabelecimentos comerciais, apesar de continuar a comportar-se como dona dos mesmos, escondendo a relação com a sociedade através da cessão gratuita da quota à nora, para impedir que os credores exerçam os seus direitos sobre esses bens, formalmente destacados do seu património. Recorrendo à desconsideração da personalidade jurídica da referida sociedade unipessoal e afastada a autonomia patrimonial desta e considerando ainda que a actual sócia actuara como “testa de ferro” da antecedente, cremos estarem preenchidas as condições para “procurar o real sujeito das situações criadas”,³³ permitindo que os credores de M se possam pagar à custa do valor dos referidos estabelecimentos comerciais, apesar de pertencerem ao património da sociedade.

Sendo a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades de aplicação subsidiária, um último recurso (ou remédio), teria de se avaliar previamente outras possibilidades de acautelar os direitos dos credores da devedora, o que poderia ser feito através do instituto da impugnação pauliana: os actos lesivos dos credores (constituição da sociedade unipessoal, integração dos estabelecimentos no património da sociedade, cessão da quota a N) são posteriores ao crédito da requerente, mas a impugnação também funcionaria relativamente a eventuais créditos constituídos posteriormente, dado o comportamento da devedora M e da nora N; há evidente má-fé de ambas, que se conluiam para prejudicar os credores da primeira; mesmo que não houvesse, a cessão da quota foi gratuita.³⁴

4.2.

“Tendo tido lugar dois contratos em que:

Num, os autores/pessoas singulares, adquiriram aos réus/pessoas singulares a fracção onde funcionava o estabelecimento;

Noutro a autora/sociedade, adquiriu à sociedade/ré tal estabelecimento;

À partida, da nulidade daqueles, resultaria apenas que cada parte outorgante de cada contrato deveria restituir à outra o que dela recebeu.

Mas, tendo-se ainda provado que:

³³ António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, I, cit., pág. 434. No mesmo sentido, Ac. do STJ de 10.05.2016, Proc.136/14.0TBNZR.C1.S1 (Fonseca Ramos).

³⁴ Cciv., arts. 610º e ss. Sobre a impugnação pauliana, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, 8ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2020, págs. 855 e ss. Para um caso semelhante, com articulação da desconsideração da personalidade jurídica e da impugnação pauliana, Ac. STJ de 3.05.2018, Proc. 1000/14.9TBMAL.P1.S1 (Rosa Ribeiro Coelho).

A fracção adquirida pelos autores/pessoas singulares pertencia aos réus/ pessoas singulares que, concomitantemente, eram sócios-gerentes da sociedade/ré, que explorava tal estabelecimento;

O preço do trespasse foi transferido, em parte, para a conta daqueles;

Para efectuarem os pagamentos, os autores, pessoas/singulares, contraíram dois empréstimos;

Foram eles que constituíram a sociedade comercial/autora para explorar o estabelecimento;

Só compraram a fracção porque o estabelecimento ia ser adquirido por esta sociedade e esta só o adquiriu porque eles haviam comprado a fracção;

Qualquer dos autores não estaria disposto a realizar um dos negócios sem o outro, sendo tudo do conhecimento dos réus;

O "preço global do negócio" celebrado com os réus foi de € 150.000,00;

Os autores/ pessoas singulares, sabendo da intenção dos réus em trespasarem o estabelecimento, aceitaram negociá-lo e comprá-lo, o que incluía a fracção do imóvel onde o mesmo estava instalado;

O autor encetou diligências para dar início de facto à sua actividade;

Justifica-se a desconsideração das personalidades colectivas, em ordem a globalizar a todos os autores, por um lado, e a todos os réus, por outro, as obrigações de restituição."³⁵

Deparamos aqui com dois contratos que mantêm uma clara relação económica entre si: num deles, há o trespasse de um estabelecimento comercial entre duas sociedades; no outro, a compra e venda da fracção do prédio urbano em que aquele estabelecimento está instalado; os vendedores e compradores da fracção, pessoas singulares, são os sócios da trespasante e da trespasária, respectivamente. Trata-se, pois, a nosso ver, de uma hipótese de união ou coligação de contratos, na modalidade de união com dependência, em que "as partes querem a pluralidade de contratos como um *todo*, como um *conjunto económico*, estabelecendo entre eles uma *dependência* que pode ser *bilateral* ou *unilateral*". "No silêncio dos contratantes, a sua intenção determinar-se-á nos termos gerais, e designadamente em atenção às relações económicas existentes entre as várias prestações."³⁶

³⁵ Ac STJ de 12.05.2011, Proc. 280/07.0TBGVA.C1.S1 (João Bernardo).

³⁶ Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 4ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 476.

Olhando para a matéria provada nos autos, tal como consta do sumário do acórdão citado, pode concluir-se que se trata de uma dependência bilateral (“Só compraram a fracção porque o estabelecimento ia ser adquirido por esta sociedade e esta só o adquiriu porque eles haviam comprado a fracção”), em que “a validade e vigência de cada um *depende* da validade e vigência do outro.”³⁷

A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades trespassante e trespassária vem completar o quadro porque, afinal, as partes são materialmente as mesmas em ambos os contratos: vendedores e compradores da fracção quiseram também vender e comprar o estabelecimento aí instalado, imputando às respectivas sociedades esse negócio.

4.3.

“Justifica-se o levantamento da personalidade coletiva de sociedade que outorgou escritura de compra e venda em 21-12-1995, constatando-se que essa sociedade era mero testa de ferro do oculto comprador, seu sócio dominante com 85% do capital, considerando-se, por via do levantamento ou desconsideração da personalidade dessa sociedade, celebrado o contrato entre o oculto comprador e os demais intervenientes na compra e venda.

O abuso da personalidade coletiva da sociedade revela-se pela circunstância de que, com a intervenção dela, e não do seu sócio maioritário – homem oculto – na escritura de 1995, pretendia impedir-se que os imóveis adquiridos se integrassem no património desse sócio que, muitos anos antes (1988), outorgara contrato-promessa de compra e venda com traditio desses mesmos imóveis (apesar de ao tempo não ser deles ainda proprietário), sujeitando-se, se não se acobertasse em 1995 sob o manto da personalidade coletiva da “sua” sociedade, ao pedido de execução específica (artigo 830.º do CC) por parte do promitente comprador de 1988, atenta a mora em que há muito incorria o promitente vendedor.”³⁸

Simplificando, podemos esquematizar esta situação do seguinte modo: - A e B celebraram em 1988 um contrato promessa de fracções de prédio urbano, com tradição, tendo B realizado obras de adaptação e passado a utilizar o local para o exercício de actividade comercial (sendo que A, promitente-vendedor, não era proprietário dos imóveis, se bem que tivesse invocado tal qualidade perante a contraparte); - Interpelado por B para a realização da escritura que formalizaria o contrato prometido, A não comparece e comunica que não é o proprietário das

³⁷ Idem, pág. 477.

³⁸ Ac. STJ de 10.01.2012, Proc. 434/1999.L1.S1 (Salazar Casanova).

fracções; - Em 30.03.1995, é registada uma sociedade por quotas constituída, por escritura pública de 30.12.1994, por A e a mulher, em que aquele detém uma quota de 85% do capital, é gerente único, bastando a sua assinatura para obrigar a sociedade; - Em 21.12.1995, essa sociedade (A, Lda) adquire as fracções objecto do aludido contrato promessa de 1988; - B, que pretende o cumprimento deste contrato promessa, intenta acção judicial para levantamento da personalidade jurídica de A, Lda, reconduzindo as fracções ao património de A.

É interessante notar, como se refere no acórdão citado, que os tribunais de 1ª e 2ª instância negaram provimento à pretensão de B: no primeiro caso, por considerar “que o referido instituto até este momento é desconhecido na ordem jurídica nacional”; no segundo, referindo que “Na ausência de prova de que a sociedade tenha sido constituída com o propósito único ou principal de defraudar o direito da Aª, também não tem cabimento o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.” E também que, revogando as decisões das instâncias e acolhendo a pretensão de B, o STJ reconheceu a desconsideração da personalidade jurídica nos seus traços essenciais, com larga invocação da doutrina,³⁹ considerando aparentemente estarmos perante um caso de abuso de direito.⁴⁰

5. CASOS DE RESPONSABILIDADE

A regra da responsabilidade limitada (não responsabilidade por dívidas sociais) é afastada, utilizando-se, como operador jurídico dominante, o *abuso do direito (abuso institucional)*.

5.1. Descapitalização provocada

“A ser como alega [a Autora/Apelante], seria indisfarçável a lesão ilícita dos réus ao património da sociedade e, indirectamente, ao património dos credores, nomeadamente a apelante, por dissiparem ou diminuírem, sem a normal contrapartida para a sociedade gerida, o património social.

Seriam violadas as regras da boa gestão, da manutenção da integridade do património social, da frustração do objectivo da sociedade (a obtenção de lucros) e a diminuição fraudulenta do seu activo, em benefício próprio ou de terceiro.

³⁹ Sublinhando o papel da doutrina como farol da jurisprudência, fonte última do direito legislado e do direito jurisprudencial, António Pinto Monteiro, *Interpretação e o protagonismo da doutrina*, RLJ, Ano 145º, N° 3995 (Nov.-Dez. 2015), págs. 66 e ss., max. págs. 76-77.

⁴⁰ Último acórdão citado, pontos 48, 52 e 53.

Na demonstração da realidade da factualidade, tal como alegada, poderia ser caso da responsabilidade dos réus e, mesmo, dessa terceira empresa, usada como “fachada” da ilícita conduta dos réus, em uso indevido da personalidade colectiva da sociedade.”⁴¹

A e B são os únicos sócios e gerentes de C, Lda, sociedade que se dedica à venda de electrodomésticos. A exerce efectivamente a gerência, B encontra-se afastado da gestão da sociedade, dedicando-se apenas a questões técnicas de informática. C, Lda tem dívidas recorrentes a diversos fornecedores, designadamente perante D, Lda, vivendo uma situação económica e financeira com dificuldades. E, SA, é uma sociedade constituída por trabalhadores de C, Lda, sendo seu presidente do conselho de administração o antigo chefe de vendas desta, pessoa de confiança de A e B; ambas têm o mesmo objecto social. E, SA, passou a vender bens propriedade de C, Lda a clientes desta, incluindo artigos adquiridos por C, Lda a D, Lda e não pagos, recebendo e tomando para si o respectivo preço. Praticamente já sem actividade, C, Lda é declarada judicialmente insolvente. D, Lda vem requerer a responsabilização de A e B pelo pagamento da dívida de C, Lda, presume-se que por desconsideração da personalidade jurídica desta (que, na petição inicial da acção proposta na primeira instância, não é explicitamente invocada).

O acórdão reconhece que eventualmente lhe assiste razão, que poderia ser assim; só que, como muitas vezes sucede na vida prática, a recorrente não conseguiu provar os factos alegados, inviabilizando o sucesso da sua pretensão.⁴²

De notar que a fórmula usada no acórdão (“... poderia ser caso da responsabilidade dos réus e, mesmo, dessa terceira empresa, usada como “fachada” da ilícita conduta dos réus, em uso indevido da personalidade colectiva da sociedade”) dá a entender que a desconsideração, a ter lugar, seria da personalidade jurídica da sociedade veículo da descapitalização da devedora, o que nunca poderia suceder, só sendo possível desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade objecto da descapitalização.⁴³

5.2. Mistura de patrimónios

“A figura da desconsideração da personalidade jurídica societária visa a responsabilização do património daquele que, instrumentalizando a sociedade, retirou proveitos próprios actuando em desconformidade com as finalidades para as quais a sociedade foi criada.

⁴¹ Ac. TRP de 29.11.2007, Proc. 0735578 (José Ferraz).

⁴² Idem, ponto 6.3.2).

⁴³ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, II, cit., pág. 179; Ac.TRL de 29.03.2012, Proc. 1751/10.7TVLSB.L1-2 (Teresa Albuquerque), ponto VII do Sumário.

No nosso ordenamento jurídico não existe preceito legal que regule e tutele a figura, pelo que a determinação das circunstâncias susceptíveis da sua aplicação é fundamentalmente casuística, embora a sua configuração seja apoiada em princípios gerais positivamente consagrados como sejam o abuso de direito, a má fé e o intuito de prejudicar terceiros.

De entre os casos que a doutrina vem identificando como típicos de crise da função da personalidade jurídica colectiva passível de justificar a desconsideração da personalidade colectiva figura a confusão de patrimónios.

O recurso ao instituto do levantamento da personalidade colectiva é de carácter subsidiário, só assumindo cabimento caso não exista outro fundamento legal que invalide a conduta desrespeitosa.

Para aplicação do instituto da desconsideração da personalidade colectiva não basta a existência de uma situação de confusão de esferas patrimoniais entre o sócio e a sociedade, como seja a de transferência de montantes da conta desta para a conta pessoal daquele. Mostra-se indispensável para tal efeito a demonstração do prejuízo e, concomitantemente, do nexo de causalidade entre este e a conduta desrespeitosa da autonomia patrimonial, no caso, a prova de que as transferências levadas a cabo por um dos sócios tenham causado falta de liquidez da sociedade e, como tal, a impossibilidade de entrega dos lucros distribuídos à sócia lesada.”⁴⁴

A e B, casados no regime de comunhão geral de bens, constituíram entre si uma sociedade por quotas, AB, Lda, cujo objecto social era o desenvolvimento de actividades médicas. Ambos os sócios foram nomeados gerentes no acto constitutivo e ambos prestavam serviços à sociedade e em benefício desta. Durante vários anos, foram distribuídos lucros aos sócios, não tendo a sociedade pago a parte dos lucros distribuída à sócia B. O sócio A procedeu regularmente a transferências de dinheiro da sociedade para a sua conta pessoal, vindo a invocar que se tratava de adiantamentos por conta de honorários. A sócia B procedeu à utilização de numerário entregue em pagamento por clientes da sociedade para despesas pessoais, também com carácter de regularidade, a título de adiantamento de remunerações. Pelo menos três quintos das receitas da sociedade que estiveram na base da distribuição de lucros à sócia B foram transferidos pelo sócio A, que movimentava livremente a conta bancária da sociedade, para a sua conta pessoal.

A sócia B pagava habitualmente do seu bolso determinadas despesas da sociedade (de água, de electricidade, de telecomunicações, do condomínio e de materiais consumíveis). O sócio A pagava os impostos da sociedade, também da

⁴⁴ Ac. STJ de 19.06.2018, Proc. 446/11.9TYLSB.L1.S1 (Graça Amaral).

sua conta pessoal. Sobrevindo, a certa altura, o divórcio de A e B, esta vem requerer a desconsideração da personalidade colectiva de AB, Lda, pedindo directamente ao sócio A o pagamento dos montantes devidos a título de distribuição de lucros.

Tendo as instâncias decidido em sentido diverso (a primeira instância recusando a desconsideração da personalidade jurídica pedida por B; a Relação concedendo-lha), o Supremo, considerando embora que “neste enquadramento fáctico em que se evidencia uma situação de indistinção, no plano prático, entre os sócios e a sociedade, não há dúvida de que a autonomia patrimonial e a personalidade jurídica societária mostram-se, à partida e no plano que aqui releva (as relações entre os sócios e a sociedade), afastadas, tudo levando a crer que a gestão das finanças da sociedade era feita sob a perspectiva das conveniências de cada um dos elementos do casal”, decidiu não levantar a personalidade jurídica da sociedade AB, Lda, por duas ordens de razões: - não ter a sócia B provado os pressupostos da responsabilidade civil que conduzissem à obrigação de indemnização a cargo do sócio A; - poder a sócia B ter recorrido ao regime de responsabilidade dos gerentes perante os sócios (carácter subsidiário da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades).⁴⁵

5.3. Subcapitalização material manifesta

“A subcapitalização, em sede de desconsideração da personalidade colectiva, pode configurar-se como nominal ou formal (e tem lugar quando se verifica que a sociedade dispõe dos meios necessários ao exercício da sua actividade, resultando todavia tais meios, não tanto dos “capitais próprios” - fundamentalmente constituídos pelos bens correspondentes ao capital social e às reservas - reconhecidamente insuficientes – mas sobretudo de empréstimos feitos pelos sócios), e material (que tem lugar quando os capitais próprios são manifestamente insuficientes para a prossecução da actividade social e essa insuficiência não é suprida com empréstimos dos sócios).

A responsabilização por via da desconsideração da personalidade colectiva é dos sócios, enquanto tais, e não dos gerentes. E dos sócios das sociedades devedoras, não dos sócios das “sociedades novas”, ou destas mesmas sociedades.

No caso de subcapitalização material originária respondem subsidiária e ilimitadamente todos os sócios.⁴⁶ No caso de subcapitalização superveniente só responderão subsidiária e ilimitadamente os sócios «controladores» da sociedade.

⁴⁵ CSC, art. 78º.

⁴⁶ É sabido que, entre nós, há uma grande tendência para a subcapitalização das sociedades, especialmente tratando-se de pequenas empresas, e que o legislador parece conformar-se com essa situação, em particular no que

Não devem beneficiar da referida responsabilidade ilimitada dos sócios – a que conduz a desconsideração da personalidade colectiva – os credores que conheciam a situação de subcapitalização e/ou assumiram voluntariamente, com escopo especulativo, os riscos.”⁴⁷

A, SA, sociedade do ramo da construção civil, deve a B, Lda, sociedade que se dedica a subempreitadas de construção civil, uma determinada quantia por serviços prestados. Para pagamento dessa sua dívida, cede a B, Lda, por contratos separados e celebrados em tempos diferentes, três créditos que alegadamente deteria sobre outras sociedades do mesmo ramo de actividade. Entretanto, alguns dos sócios de A, SA, todos com relações familiares, constituem uma nova sociedade com o mesmo objecto daquela, que passa a laborar nas mesmas instalações e para a qual transferem alguns dos seus trabalhadores. Posteriormente, A, SA, é declarada insolvente e os terceiros devedores dos créditos cedidos vêm impugná-los por motivos atendíveis.⁴⁸ Perante a impossibilidade de receber destes os valores dos créditos cedidos e de A, SA, pagar, B, Lda, vem requerer a desconsideração da personalidade jurídica de A, SA, exigindo dos sócios maioritários desta o respectivo pagamento.⁴⁹

De notar que o tribunal dá grande importância à questão de saber se a credora B, Lda, exigiu o pagamento através das cessões de créditos ou se isso lhe foi imposto por A, SA – isto porque, como se refere na parte final do sumário do acórdão, acima transcrito, a verificar-se a primeira hipótese, estaríamos perante um “credor forte”, conhecedor da situação e pretendendo dela tirar vantagens, mesmo

respeita às sociedades por quotas, com a abolição do capital mínimo (CSC, art. 201º). Mas do que se trata aqui é de avaliar em que medida os sócios adequam o capital (e as reservas) da sociedade ao exigido pela dimensão do negócio e pela exposição aos credores, independentemente da exigência legal de um capital mínimo (que, para abranger o maior número possível de situações concretas, nunca poderia ser muito elevado). Aliás, os credores mais atentos (“profissionais”) há muito que resolveram o problema, exigindo aos sócios garantias pessoais ou reais sobre bens seus – o que terá estado na origem da norma (ao tempo e no nosso ordenamento) inovadora do art.198º do CSC: Raúl Ventura, cit., págs. 53 e ss., norma que, tanto quanto sabemos, não tem tido grande adesão. Defendendo que com a abolição da exigência legal de capital mínimo deixou de se poder invocar “uma obrigação de os sócios dotarem a sociedade dos meios financeiros necessários para o exercício da actividade que constitui o objecto social”, eliminando a possível fundamentação da responsabilidade dos sócios por subcapitalização, Maria de Fátima Ribeiro, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., pág. 212, nota 205, *in fine*. Contra, no sentido que propugnamos por corresponder ao melhor equilíbrio entre os interesses dos sócios e os interesses dos credores sociais, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, II, cit., pág. 184.

⁴⁷ Ac. TRL de 29.03.2012, Proc. 1751/10.7TVLSB.L1-2 (Teresa Albuquerque).

⁴⁸ Estamos, assim, perante um caso de subcapitalização material superveniente.

⁴⁹ Descrevem-se aqui os traços essenciais da questão sobre a qual o acórdão citado se debruça, em modo esquemático, para facilitar a compreensão, atendendo ao objectivo que nos anima neste trabalho, que é o de verificar a importância prática da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades e o modo como a nossa jurisprudência a tem abordado.

que correndo riscos, que não poderá beneficiar da responsabilidade ilimitada dos sócios resultante da desconsideração da personalidade da sociedade.^{50 51}

6. TEORIA MAIOR, TEORIA MENOR E TEORIA INVERSA

No Direito brasileiro, a desconsideração da personalidade societária adquire foros de verdadeiro instituto jurídico, não só porque dispõe de uma base legal, mas sobretudo porque se apresenta como um sistema de normas cuidadosamente recortado, integrando três situações distintas e com tratamento diferenciado: a teoria maior, a teoria menor e a teoria inversa.

6.1. Teoria maior

“1. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica deve ser excepcional, sendo a regra a preservação da autonomia patrimonial, devendo ser deferida quando presentes os requisitos do Art. 50 do Código Civil. 2. O ordenamento jurídico adotou a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica a qual exige prova do desvio de finalidade da sociedade ou a confusão patrimonial entre o patrimônio dos sócios e o da sociedade empresária.”⁵²

A denominada teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades, que é a regra base, parte do princípio da autonomia patrimonial, atribuindo à desconsideração carácter excepcional, e exigindo, como pressupostos, o *desvio de finalidade* (definido como “a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”) ou a *confusão patrimonial* (entendida como “a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.”^{53 54}

⁵⁰ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *l. cit.*, pag. 184.

⁵¹ Para um outro caso interessante de responsabilidade, com abuso institucional, relativo a uma sucessão de contratos de trabalho a termo celebrados com o mesmo trabalhador por diversas sociedades unidas por elementos pessoais, patrimoniais e de escopo, com o intuito de evitar a conversão legal do contrato em sem termo, Ac. STJ de 19.02.2013, Proc. 73/08.8TTBGC.P1.S1 (Pinto Hespagnol).

⁵² Acórdão 1369154, 07090171820218070000, Relator: ROBERTO FREITAS, Terceira Turma Cível, data de julgamento: 31/8/2021, publicado no DJE: 17/9/2021 (<http://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/personalidade-juridica/desconsideracao-da-personalidade-juridica>)

⁵³ Código Civil brasileiro, art. 50º (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)

⁵⁴ Ver também o art. 34 da Lei de Defesa da Concorrência (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm)

6.2. Teoria menor

“A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”^{55 56}

Desenhada a regra base, nos termos do número anterior, o legislador brasileiro foi mais longe ao permitir expressamente a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades, dispensando os pressupostos enunciados no art. 50 do Código Civil, quando estiver em causa a protecção de interesses específicos, dos consumidores e do meio ambiente. O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor dá ao tribunal amplas possibilidades de desconsiderar a personalidade colectiva verificando-se prejuízo para consumidores, como se pode ver pelo § 5º: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”, disposição que se reproduz no artigo 4 da Lei dos Crimes Ambientais.

A teoria menor surge, assim, como a versão do instituto menos exigente para tutela de interesses que se considerou serem dignos de atenção especial. Interesses que poderemos reconduzir à ideia dos “credores fracos” ou involuntários, que não devem arcar com o risco empresarial normal,⁵⁷ aplicando-se independentemente do tipo social em causa, mas só responsabilizando os sócios que pratiquem actos de

⁵⁵ Ac.STJ RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 - SP (2000/0097184-7) – 4.12.2003 - MINISTRA NANCY ANDRIGHI (https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000971847&dt_publicacao=29/03/2004)

⁵⁶ CDC – Código de Defesa do Consumidor, art. 28 (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)
Lei dos Crimes Ambientais, art. 4 (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)

⁵⁷ Sobre a teoria menor na prática dos tribunais brasileiros, ver os apontamentos do Superior Tribunal de Justiça de 12.05.2024 em <https://www.stj.jus.br/sites/portaip/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/12052024-Teoria-menor-da-desconsideracao-apontamentos-sobre-o-CDC-na-jurisprudencia-do-STJ.aspx>

gestão ou autorizem a prática desses actos, excluindo-se dessa responsabilidade os administradores⁵⁸ – neste sentido, a jurisprudência vem restringindo a responsabilização pela teoria menor, nas sociedades anónimas, aos accionistas controladores.⁵⁹

6.3. Teoria inversa

“3. A *desconsideração inversa* ou *invertida* torna possível responsabilizar a empresa pelas dívidas contraídas por seus sócios e tem como requisito o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou a confusão patrimonial (CPC, art. 133, § 2º;⁶⁰ CC, art. 50).

4. Trata-se de medida excepcional, cabível quando se comprova que o devedor (pessoa física) utilizou-se indevidamente da pessoa jurídica para resguardar bens e valores de seu acervo pessoal, a fim de esquivar-se de seus compromissos financeiros.

“5. A conta bancária da pessoa jurídica utilizada para depositar valores provenientes de ação trabalhista, sem relação com as atividades da empresa; para o pagamento de pensão alimentícia aos filhos do devedor e o recebimento de transferências bancárias das contas pessoais dos sócios, sem esclarecimentos da origem, demonstram indícios de confusão patrimonial e autoriza o acolhimento do pedido (CC, art. 50).”⁶¹

Trata-se aqui de, em vez de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade para responsabilizar os sócios por dívidas da sociedade, desconsiderar a mesma personalidade jurídica para responsabilizar a própria pessoa colectiva por obrigações assumidas pelos seus sócios na sua esfera individual.

“Desconsideração inversa é o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio. [...] A fraude que a desconsideração invertida coíbe é, basicamente, o desvio de bens. O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada.”⁶²

⁵⁸ *Infra*, nota 68.

⁵⁹ STJ RECURSO ESPECIAL 2.034.442, RELATOR MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=resp+2.034.442>)

⁶⁰ O Código de Processo Civil de 2015 consagrou, nos artigos 133 a 137, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Sobre o ponto, Gustavo Osna, *Incidente de desconsideração de personalidade jurídica – uma análise preliminar*, RJLB, Ano 2 (2016), nº 6, 637-667, max. págs. 653 e ss.

⁶¹ TJDFT – Ac. nº 1367498 - Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO – 2.09.2021 (<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br>)

⁶² Fábio Ulhoa Coelho, citado por Sergio Leandro Carmo Dobarro/Adriano de Oliveira Martins, *A relevância da desconsideração inversa da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro*, RJLB, Ano 1 (2015), nº 2, pág. 1949 e nota 15.

No caso dos autos, A e B, casados no regime de separação de bens, constituem uma sociedade cujo objecto é a prestação de serviços profissionais que A, entretanto desempregado, exercia a título pessoal. C, credor de A, na ausência de património pessoal deste, demandou a sociedade para pagamento da dívida. O tribunal entendeu estarem preenchidos os requisitos legalmente exigidos para a desconsideração inversa da personalidade jurídica da sociedade, no caso a confusão patrimonial,⁶³ obrigando-a ao pagamento da referida dívida de A.

Assim recortada, a desconsideração inversa é a que resulta na responsabilização da sociedade por acto da esfera jurídica de sócio, o que pode suceder tanto nos casos de imputação⁶⁴ como nos de responsabilidade, exigindo-se, todavia, a verificação dos requisitos gerais do artigo 50 do Código Civil.

7. PRINCIPAIS ESPECIALIDADES DO DIREITO BRASILEIRO

Sintetizando, podemos dizer que as principais especialidades do Direito brasileiro relativamente ao português são:

- a) Consagração legal da desconsideração da personalidade jurídica colectiva, como instituto cuidadosamente delimitado, tanto no plano substantivo como processual⁶⁵
- b) Extensão da sua aplicação aos administradores das sociedades⁶⁶
- c) Distinção entre a teoria maior e a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica
- d) A teoria maior como princípio geral (mais exigente: a) desvio da finalidade da sociedade (§ 1º); ou b) confusão patrimonial entre os sócios e a sociedade (§ 2º)

⁶³ “A conta da pessoa jurídica foi utilizada para depositar valores de ação trabalhista sem relação com as atividades da empresa, para pagar pensão alimentícia aos filhos do devedor, além de várias transferências da conta pessoal do devedor, que não foram explicadas. Ele também vendeu seu carro para a empresa, com valor abaixo do mercado e manteve a posse do veículo.” (Ac. cit. *supra*, nota 60)

⁶⁴ *Supra*, 4.1.

⁶⁵ Consagração no verdadeiro sentido da palavra: “Em 2002, o Código Civil, ao contemplar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, veio tipificar algo que já vinha sendo aplicado há muitos anos pela jurisprudência.” (Mateus Mantovani Sorgatto, cit., pág. 244)

⁶⁶ Código Civil, art. 50. No entanto, a jurisprudência vem decidindo que a responsabilização dos administradores exige os pressupostos da teoria maior. Excluindo a responsabilização do administrador não sócio pela teoria menor, entre outros, Ac. do STJ RECURSO ESPECIAL Nº 1.862.557 - DF (2020/0040079-6). RELATOR MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA Data do julgamento: 15 de junho de 2021 (<https://processo.stj.jus.br>).

- e) A teoria menor como excepção, menos exigente, com vista à protecção dos “credores fracos” ou involuntários,⁶⁷ que não devem suportar o risco normal do negócio⁶⁸
- f) Consideração expressa da desconsideração inversa⁶⁹

8. CONCLUSÕES

A jurisprudência portuguesa, apoiando-se na doutrina, que cita e transcreve amplamente, reconhece a figura da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais nos seus traços essenciais, qualificando-a como um instituto jurídico de aplicação subsidiária e excepcional e exclusivo dos sócios.

Das várias designações propostas pela doutrina, a jurisprudência acolhe maioritariamente a expressão *desconsideração*, por vezes acompanhada por *levantamento* da personalidade jurídica.

Não se observa, todavia, um tratamento uniforme quanto à sistematização dos casos, notando-se uma preferência pelo recurso ao abuso de direito na fundamentação da desconsideração, porventura por ser de conhecimento officioso, dando maior margem de manobra ao julgador.⁷⁰

Nos casos de responsabilidade, acentua-se, como é natural, a necessidade de se demonstrarem *in casu* os pressupostos da responsabilidade civil.

De uma maneira geral, pode dizer-se que a jurisprudência portuguesa, sem o amparo da lei, é bem mais restritiva do que a brasileira nas decisões de desconsideração da personalidade societária.

A jurisprudência brasileira, por seu turno, trabalha com um instituto tipificado por lei, substantiva e processual, em três vertentes: uma regra geral, enunciada no

⁶⁷ CDC, art. 28, em especial § 5º, Lei dos Crimes Ambientais, art. 4. Para uma referência crítica à jurisprudência laboral (trabalhista) que se vem consolidando no sentido da aplicação analógica do art. 28, § 5º, do CDC à relação de trabalho, Filipe Queiroz Nascimento, *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação no Brasil e em Portugal*, dissertação de mestrado em Direito, Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, Lisboa, 2019, pág. 101, notas 236 e 237 (<https://repositorio.ual.pt/server/api/core/bitstreams/46082d80-2d46-4c5a-8841-ce8d1f59126d/content>). Segundo cremos, não existe no Brasil uma norma semelhante à do art. 11º do Código Civil português, que proíbe a aplicação analógica de normas excepcionais (cfr. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, art. 4º).

⁶⁸ Restringindo a jurisprudência a aplicação dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica com base no artigo 28, § 5º do CDC aos sócios que sejam administradores ou que tenham autorizado a prática de actos de gestão, podemos questionar se se trata aqui, apesar da letra da lei, de uma verdadeira desconsideração ou, mais simplesmente, de imposição legal de responsabilidade aos sócios administradores quando estão em causa interesses de credores “fracos” ou involuntários, como são os consumidores.

⁶⁹ CPC, art. 133, § 2º. Para um caso de admissão judicial da desconsideração inversa em Portugal, ver Ac. TRC, Proc. 136/14.0TBNZR.C1, de 3.11.2015 (Alexandre Reis).

⁷⁰ Ac. TRL de 5.03.2020, Proc. 14744.18.7T8LSB-A.L1-2 (Gabriela Cunha Rodrigues).

art. 50 do Código Civil, que subordina a desconsideração da personalidade jurídica a dois pressupostos, de verificação alternativa, ambas de natureza objectiva⁷¹ (desvio de finalidade e confusão patrimonial) – a denominada teoria maior; uma regra excepcional, constante do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, que prescinde desses pressupostos, bastando-se com a impossibilidade da sociedade cumprir perante o credor-consumidor – a teoria menor; a previsão expressa da desconsideração da personalidade jurídica para permitir ao credor pessoal do sócio atacar bens da sociedade – teoria inversa.

Seguindo a orientação social característica do Direito brasileiro, verifica-se uma vincada tendência para proteger os credores “fracos” ou vulneráveis através deste instituto, aplicando-se a teoria menor quando no polo activo da relação jurídica estiverem consumidores ou interesses ambientais, mas também trabalhadores, através da aplicação analógica do referido art. 28 – tendência que tem vindo a ser criticada por banalizar a desconsideração da personalidade jurídica.⁷²

BIBLIOGRAFIA

- Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, I, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2018; *Curso de Direito Comercial*, II, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2022
- Alves, Hugo Ramos, *A desconsideração da personalidade colectiva em Oliveira Ascensão*, Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisbon Law Review, Ano LXIV, Número 1, Tomo 2, 2023, pp. 931-962
- Ascensão, José de Oliveira, *Direito Comercial*, IV, Sociedades Comerciais, edição policopiada, Lisboa, 1993
- Barbosa, Mafalda Miranda, *Liberdade vs. Responsabilidade*, Almedina, Coimbra, 2006
- Carvalho, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino, edição policopiada, Coimbra, 1976
- Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, IV, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2017; *Direito das Sociedades*, I, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2011; *Direito das Sociedades*, II, 2ª edição (2ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 2014; *Do levantamento da personalidade colectiva*, Direito e Justiça, IV, 1989/90

⁷¹ Na medida em que, em nenhum dos casos, se exige culpa dos envolvidos, sócios ou administradores, o que “facilita sobremaneira a produção de provas” (Vinicius Dalazoana, *A natureza da desconsideração da personalidade jurídica revisitada: contributo da doutrina portuguesa à prática judiciária brasileira*, RIDB, Ano 2 (2013), nº 10, pág. 10839).

⁷² “A desconsideração, como visto, não é medida que se possa ou que se deva banalizar e não é panacéia para todos os males de credores em face de possíveis devedores.” (Ada Pellegrini Grinover, *Da desconsideração da pessoa jurídica (aspectos de direito material e processual)*, Nuevos paradigmas del Derecho Procesal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 2016, pág. 777)

- Correia, A. Ferrer, *A Sociedade Por Quotas de Responsabilidade Limitada nos Projectos do Futuro Código das Sociedades Comerciais*, in Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado, Almedina, Coimbra, 1989; *Lições de Direito Comercial*, Vol. II, edição policopiada, Universidade de Coimbra, 1968
- Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, 8ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2020
- Dalazoana, Vinicius, *A natureza da desconsideração da personalidade jurídica revisitada: contributo da doutrina portuguesa à prática judiciária brasileira*, RIDB, Ano 2 (2013), nº 10, pp. 10825-10850
- Dobarro/Martins, Sergio Leandro Carmo/Adriano de Oliveira, *A relevância da desconsideração inversa da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro*, RJLB, Ano 1 (2015), nº 2, pp. 1935-1964
- Grinover, Ada Pellegrini, *Da desconsideração da pessoa jurídica (aspectos de direito material e processual)*, Nuevos paradigmas del Derecho Procesal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 2016, pp. 765-784
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência*, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2023
- Machado, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 7ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1994
- Monteiro, António Pinto, *A tutela dos direitos de personalidade no Código Civil*, Revista Jurídica Portucalense, nº 29, 2021; *Interpretação e o protagonismo da doutrina*, RLJ, Ano 145º, Nº 3995 (Nov.-Dez. 2015), pp. 66-77
- Moreira, Guilherme Alves, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Primeiro, Parte Geral, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907
- Nascimento, Filipe Queiroz, *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação no Brasil e em Portugal*, dissertação de mestrado em Direito, Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, Lisboa, 2019
- Oсна, Gustavo, *Incidente de desconsideração de personalidade jurídica – uma análise preliminar*, RJLB, Ano 2 (2016), nº 6, pp. 637-667
- Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012
- Ribeiro, Maria de Fátima, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2012; *Notas sobre a natureza da personalidade jurídica das pessoas colectivas*, Direito das Sociedades em Revista, Ano 8, Vol.16, Outubro 2016
- Santos, Hugo Luz dos, *A responsabilidade penal das pessoas colectivas*, Nova Causa Edições Jurídicas, Vila Nova de Famalicão, 2023
- Serra, Catarina, *Desdramatizando o afastamento da personalidade jurídica (e da autonomia patrimonial)*, JULGAR- N.º 9- 2009, pp. 111-130

- Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 2009
- Sorgatto, Mateus Mantovani, *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na execução trabalhista e fiscal*, RDP, Ano V, N.º 10, set.-dez. 2014, pp. 239-266
- Sousa, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003
- Telles, Inocêncio Galvão, *Venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades*, ROA (1979), III, pp. 513-562; *Manual dos Contratos em Geral*, 4ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2010
- Triunfante, Armando Manuel e Luís de Lemos, *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Sinopse Doutrinária e Jurisprudencial*, JULGAR- N.º 9- 2009, pp. 131-146
- Ventura, Raúl, *Sociedades por Quotas*, I, Almedina, Coimbra, 1987

JURISPRUDÊNCIA

Portuguesa (disponível em www.dgsi.pt)

- Ac. TRL de 9.07.2003 (Abrantes Geraldés)
- Ac. STJ de 8.03.2007 (Salvador da Costa)
- Ac. STJ de 26.06.2007, Proc. 07A1274 (Afonso Correia)
- Ac. TRP de 29.11.2007, Proc. 0735578 (José Ferraz)
- Ac. STJ de 12.05.2011, Proc. 280/07.0TBGVA.C1.S1 (João Bernardo)
- Ac. STJ de 10.01.2012, Proc. 434/1999.L1.S1 (Salazar Casanova)
- Ac. TRL de 29.03.2012, Proc. 1751/10.7TVLSB.L1-2 (Teresa Albuquerque)
- Ac. STJ de 19.02.2013, Proc. 73/08.8TTBGC.P1.S1 (Pinto Hespanhol)
- Ac. STJ de 12.09.2013 (Oliveira Vasconcelos)
- Ac. TRC de 18.12.2013, Proc. 3126/13.7TJCBR.C1 (Moreira do Carmo)
- Ac. TRE de 24.02.2015 (Ana Barata de Brito)
- Ac. TRC, Proc. 136/14.0TBNZR.C1, de 3.11.2015 (Alexandre Reis)
- Ac. STJ de 10.05.2016, Proc.136/14.0TBNZR.C1.S1 (Fonseca Ramos)
- Ac. TRC de 15.11.2016, Proc. 970/14.1TBCLD.C1 (Luís Cravo)
- Ac. STJ de 3.05.2028, Proc. 1000/14.9TBMAI.P1.S1 (Rosa Ribeiro Coelho)
- Ac. STJ de 19.06.2018, Proc. 446/11.9TYLSB.L1.S1 (Graça Amaral)
- Ac. TRL de 5.03.2020, Proc. 14744.18.7T8LSB-A.L1-2 (Gabriela Cunha Rodrigues)
- Ac. STJ de 13.10.2020, Proc. 22024/16.6.T8PRT.P1.S1 (Acácio das Neves)
- Ac. STJ de 20.01.2022, Proc. 21074/18.2T8PRT.P1.S1 (Nuno Pinto Oliveira)

Brasileira

- Ac. STJ RECURSO ESPECIAL N.º 279.273 - SP (2000/0097184-7) – 4.12.2003 - MINISTRA NANCY ANDRIGHI (https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000971847&dt_publicacao=29/03/2004)
- Ac. do STJ RECURSO ESPECIAL N.º 1.862.557 - DF (2020/0040079-6). RELATOR MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA Data do julgamento: 15 de junho de 2021(<https://processo.stj.jus.br>)

TJDFT – Ac. nº 1367498 - Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO – 2.09.2021 (<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br>)

Acórdão 1369154, 07090171820218070000, Relator: ROBERTO FREITAS, Terceira Turma Cível, data de julgamento: 31/8/2021, publicado no DJE: 17/9/2021 (<http://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/personalidade-juridica/desconsideracao-da-personalidade-juridica>)

STJ RECURSO ESPECIAL 2.034.442, RELATOR MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 12.09.2023 (<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=resp+2.034.442>)

Apontamentos do Superior Tribunal de Justiça de 12.05.2024 em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/12052024-Teoria-menor-da-desconsideracao-apontamentos-sobre-o-CDC-na-jurisprudencia-do-STJ.aspx>

Anglo-americana

Salomon v. Salomon & Co, 1897 (https://www.trans-lex.org/310810/_/salomon-v-salomon-co-ltd-%5B1897%5D-ac-22/)

United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co, 1905 (<https://case-law.vlex.com/vid/united-states-v-milwaukee-890446018>)

3

DISSERTAÇÕES / PROJETOS

DA EMERGÊNCIA À EMERGÊNCIA
- OS LIMITES CONSTITUCIONAIS
DO CAMINHO TRILHADO EM UM ANO
DE EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL
(NO ÂMBITO DA PANDEMIA COVID-19)

[Vânia Dias da Silva].





DA EMERGÊNCIA À EMERGÊNCIA - OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DO CAMINHO TRILHADO EM UM ANO DE EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL (NO ÂMBITO DA PANDEMIA COVID-19)¹

FROM EMERGENCY TO EMERGENCY – CONSTITUTIONAL BOUNDARIES OF THE PATH TAKEN IN ONE YEAR OF CONSTITUTIONAL EXCEPTION (WITHIN COVID-19 PANDEMIC)

Vânia Dias da Silva²

² PROFESSORA ADJUNTA NO IPMAIA E SECRETÁRIA DO CONSELHO DE GESTÃO DA UMAIA, AV. CARLOS DE OLIVEIRA CAMPOS, MAIA; VANIASILVA@UMAIA.PT; [HTTPS://ORCID.ORG/0009-0004-1809-2174](https://orcid.org/0009-0004-1809-2174).

Resumo

Este trabalho tem como foco a análise da suspensão e da restrição de direitos fundamentais levadas a cabo em Portugal durante um ano de emergência sanitária. Apresenta-se, essencialmente, arrumado em três grandes temas: a descrição da legislação produzida nesse ano, o respetivo enquadramento jurídico e a discussão sobre a admissibilidade de tais suspensões e restrições. Tudo com o objetivo de gizar o modelo legal mais adequado às emergências sanitárias.

Palavras-Chave: COVID-19, emergência sanitária, estado de exceção constitucional, suspensão e restrição de direitos fundamentais, confinamento, novo modelo legal.

Abstract

This paper intends to analyse portuguese fundamental rights suspensions and restrictions in one year of health emergency. It is, essentially, divided in three great issues: description of the legislation produced within that year, the legal framework below and the discussion about those suspensions and restrictions admissibility. With an aim: drawing the most suitable health emergencies legal model.

Key-word notes: COVID-19, health emergency, constitutional exception state, fundamental rights suspensions and restrictions, lockdown, new legal model.

¹ Este trabalho resulta de uma pesquisa efetuada em 2021 no âmbito das provas públicas para obtenção do título de especialista, tendo sido agora revisto, atualizado e condensado.

SUMÁRIO

1. Introito; 2. A legislação COVID-19; 2.1. A antecâmara da declaração do estado de emergência; 2.2. O estado de emergência; 2.2.1. A emergência – parte I; 2.2.2. O interlúdio da emergência; 2.2.3. A emergência – parte II; 3. Enquadramento jurídico vigente – breves notas; 4. Periscópio da crise pandémica – a convivência com a COVID-19 de iure e de facto; 4.1. Da situação de alerta ao estado de emergência – questão formal; 4.2. Da situação de alerta ao estado de emergência – questão material; 5. Um novo modelo legal para início de discussão.

1. INTROITO

Parece longínquo, mas não é. Nem há 5 anos, vivemos todo um ano suspensos em “estados” e “situações” – de emergência, de calamidade, de contingência ou de alerta. Do dia 13 de março de 2020 até ao dia 16 de março de 2021, contámos 12 estados de exceção ou de emergência, 11 situações de calamidade, 7 situações de contingência e 6 situações de alerta², as últimas três, por vezes, em simultâneo, consoante a parte do território em que vigoraram. E neles foram ficando pendurados direitos, liberdades e garantias, numa espécie de limbo, à espera de outra sorte e de melhores dias.

É exatamente sobre esse ano – anormal e desconhecido no nosso tempo, mas que, a avaliar pela tração histórica, se repetirá *per saecula saeculorum* – e as consequências constitucionais da convivência (prolongada) com a anomalia que pretendemos debruçar-nos.

Até março de 2021, foram produzidos mais de 600 diplomas no âmbito da legislação COVID-19, só em território continental. Longe de uma análise exaustiva que contemple todas as facetas do acervo legislativo em causa, optámos por tratar a questão sob dois prismas: primeiro, a visão sequencial e integradora das suspensões e restrições a direitos fundamentais levadas a efeito no seio dos estados e situações mencionados; segundo, a avaliação, no plano formal e material, da sua possibilidade, com enfoque nos direitos fundamentais que mais direta e particularmente buliram com a dignidade da pessoa humana e as várias liberdades a ela associadas, bem como com o desenvolvimento da personalidade. Tudo para concluirmos sobre a justeza e o acerto (ou não) da sua introdução, a par da necessidade (ou não) do estabelecimento de um quadro legal específico para a emergência sanitária.

Nesse sentido, uma advertência: a primeira das tarefas será abordada cronologicamente, apontando os diplomas mais marcantes da que ficará nos anais

² Seguir-se-iam mais 3 estados de exceção, até maio de 2021, e uma infinidade de estados de calamidade, contingência e alerta, que terminariam definitivamente no fim de setembro de 2022.

da história como a legislação COVID-19³; partiremos depois para a segunda, fazendo encaixar a matéria no regime vigente, para, em seguida, traçarmos o paralelo dos limites constitucionais eventualmente ultrapassados e, daí, extrairmos as conclusões a que nos propusemos. Não se esconde que será um labor fastidioso mas necessário, porquanto só dessa forma ficará bem assente e compreendida a evolução que foi feita ao longo de um ano. De resto, doze meses de legislação num ano altamente atípico e conturbado, para mais num país como Portugal, que sofre de “legiferite aguda”⁴, não podia redundar em menos...

2. A LEGISLAÇÃO COVID-19⁵

2.1. A antecâmara da declaração do estado de emergência

O primeiro passo para a emergência que se seguiria foi dado pela primeira declaração da situação alerta⁶, no dia 13 de março de 2020, cerca de 15 dias depois de ter sido detetado o primeiro caso de SARS-CoV-2 em Portugal. Sinteticamente, estatuiu o aumento do estado de prontidão das forças e serviços de segurança e agentes de proteção civil, a interdição da realização de eventos em recintos cobertos para mais de 1000 pessoas e a suspensão dos espaços de dança, o dever de colaboração de cidadãos e a cominação com crime à desobediência e resistência às ordens legítimas das forças e serviços de segurança e proteção civil.

No mesmo dia, através do Decreto-Lei nº 10-A/2020⁷, o Governo ergueu a base e desenhou a forma por que se viria a desenvolver o quadro de restrições e de limitações determinadas no contexto “COVID”⁸, quer em estado de exceção

³ Entre a que suspende ou restringe direitos, liberdades e garantias, limitar-nos-emos ao conteúdo das declarações do estado de emergência e respetiva regulamentação e ao das declarações das situações de calamidade, contingência e alerta, deixando de lado aspetos tão importantes como o encerramento e o controlo de fronteiras, a matéria da requisição civil, o controlo da circulação aérea e marítima, entre outros, por manifesta impossibilidade fática.

⁴ Fenómeno que não é recente ou sequer exclusivo de Portugal. A este respeito merecem referência GENEVIÈVE KOUBI, *Code et codification: du civil à l'incivil, Droit et cultures*, nº 48, 2004, disponível em <http://droitcultures.revues.org/1748>, último acesso em out/24, e THIERRY DESJARDINS, *Arrêtez d'emmerder les Français! – Il y a trop de lois idiots dans ce pays*, Plon, 2000. Nesta obra, Desjardins narra um episódio célebre em que Georges Pompidou, comentando a profusão legislativa francesa, lembra Auguste Vermorel a um seu colaborador (Jacques Chirac): “*Ce qu'on appelle liberté, dans le langage politique, c'est le droit de faire des lois, c'est-à-dire d'enchaîner la liberté.*”.

⁵ Apenas a adotada em território continental.

⁶ Despacho nº 3298-B/2020, de 13/03 (em vigor até 9/04 de 2020).

⁷ Decreto-Lei nº 10-A/2020, de 13/03, que estabelece medidas excecionais e temporárias de resposta à epidemia SARS-CoV-2, no âmbito da declaração da situação de alerta, cuja produção de efeitos foi ratificada pela Lei nº 1-A/2020, de 19/03, já na vigência do estado de emergência.

⁸ Naturalmente afinadas e adensadas posterior e paulatinamente.

constitucional, quer no âmbito das várias situações de alerta, contingência e calamidade que se foram sucedendo.

Deste normativo destaca-se a suspensão de atividades letivas e afins, a previsão de regras de ocupação⁹ para os estabelecimentos de restauração ou de bebidas e de estabelecimentos comerciais e a limitação do acesso a serviços e a edifícios públicos, bem como a faculdade de instituição de teletrabalho.

Os dias que se seguiram foram fartos em determinações esparsas, tais como a obrigatoriedade de encerramento dos bares às 21 horas, a restrição do gozo de férias dos dirigentes e trabalhadores do Ministério da Saúde, a suspensão de toda e qualquer atividade de medicina dentária ou a suspensão do ensino da condução¹⁰. Para além disso, o Despacho nº 3301-D/2020, de 15/03, veio impedir a realização de eventos, reuniões ou ajuntamentos com mais de 100 pessoas e o consumo de bebidas alcoólicas em espaços ao ar livre de acesso público e, ainda, a suspensão dos serviços de transporte internacional de passageiros, com exceção dos nacionais que pretendessem regressar ao país.

2.2. O estado de emergência

2.2.1. A emergência – parte I

Depois de 6 dias de alerta hesitantes – e ilegais – ante o cenário de horror que se vivia nos países vizinhos, o crescendo do número de casos positivos de contágio e a pressão da população, que se foi fechando *motu proprio* ainda antes da declaração do estado de alerta, o Presidente da República lançou a chamada bomba atômica e, abandonando as estacas da proteção civil, decretou o estado de exceção constitucional inaugural (em democracia), pondo cobro à arbitrariedade do *lockdown* em que vínhamos vivendo¹¹.

Este primeiro estado de emergência previu a suspensão parcial do direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional¹², a restrição do direito

⁹ Portaria nº 71/2020, de 15/03: regra de ocupação máxima indicativa de 0,04 pessoas por metro quadrado de área em estabelecimentos de comércio a retalho e grandes superfícies comerciais. Os estabelecimentos de restauração ou de bebidas ficam limitados a um terço da sua capacidade.

¹⁰ Respetivamente, Despachos nsº 3299/2020, de 14/03, 3300/2020, de 15/03, 3301-A/2020, de 15/03, 3301-B/2020, de 15/03, todos em vigor até ao dia 9 de abril de 2020.

¹¹ Decreto do Presidente da República nº 14-A/2020, de 18/03 (em vigor até 2/04/20), autorizado pela Resolução da Assembleia da República nº 15-A/2020, de 18/03. Ratificou todas as medidas anteriormente adotadas que dependessem do estado de emergência, nomeadamente, os preceitos que limitaram direitos ao abrigo do Decreto-Lei nº 10-A/2020, de 13/03.

¹² Previsão da possibilidade de confinamento compulsivo, de estabelecimento de cercas sanitárias, assim como de interdição de deslocações e de permanência injustificada na via pública.

de propriedade e iniciativa económica privada¹³ e dos direitos dos trabalhadores¹⁴, bem como a suspensão do exercício do direito à greve¹⁵, a restrição da circulação internacional com controlos fronteiriços e sanitários, a suspensão do direito de reunião e de manifestação, a suspensão da liberdade de culto, na sua dimensão coletiva para evitar a aglomeração de pessoas, e a suspensão do direito de resistência.

As suspensões e restrições vindas de descrever foram regulamentadas pelo Decreto nº 2-A/2020, de 20/03. Dentre elas, o confinamento obrigatório dos doentes e infetados, sob pena de crime de desobediência; o recolhimento domiciliário¹⁶; a permissão de circulação automóvel para as deslocações permitidas no âmbito do recolhimento domiciliário; a imposição de teletrabalho; o encerramento de instalações dedicadas a atividades de restauração, recreativas, culturais, desportivas e de lazer¹⁷; suspensão de atividades no âmbito do comércio a retalho e da prestação de serviços, com exceção daquelas que disponibilizem bens de primeira necessidade¹⁸, podendo os estabelecimentos de restauração e similares manter a respetiva atividade para efeitos exclusivos de confeção destinada a consumo fora do estabelecimento ou entrega no domicílio; imposição de distância mínima de dois metros entre pessoas nos estabelecimentos com atendimento ao público¹⁹; funcionamento dos serviços públicos mediante marcação ou através de meios digitais; proibição de eventos de cariz religioso e culto que impliquem aglomeração de pessoas, com o estabelecimento de vários condicionamentos para a realização

¹³ Previsão de requisição da prestação de serviços e utilização de bens móveis e imóveis, de unidades de prestação de cuidados de saúde, de estabelecimentos comerciais e industriais, de empresas, bem como a respetiva obrigatoriedade de abertura, funcionamento ou encerramento.

¹⁴ Enunciação da eventualidade de quaisquer trabalhadores se apresentarem ao serviço e, se necessário, passarem a desempenhar funções em local e entidade diversa.

¹⁵ Na medida em que possa comprometer o funcionamento de infraestruturas críticas ou de unidades de prestação de cuidados de saúde, bem como em setores económicos vitais para a produção, abastecimento e fornecimento de bens e serviços essenciais à população.

¹⁶ Os maiores de 70 anos, imunodeprimidos e portadores de doença crónica só podiam circular para a aquisição de bens e serviços ou por motivos de saúde, atividade física individual e passeio dos animais de companhia. Os demais cidadãos podiam ainda circular em trabalho, para assistência de pessoas vulneráveis e apoio à família, deslocações de curta duração para fruição de momentos ao ar livre, entre outras situações análogas e igualmente muito restritas.

¹⁷ Discotecas, bares, circos, parques de diversões, cinemas, teatros, museus, monumentos, bibliotecas, galerias de arte, pavilhões de congressos, espaços desportivos, festas populares, estabelecimentos de jogos de fortuna ou azar, restaurantes e pastelarias, máquinas de *vending*, etc.

¹⁸ Supermercados e afins; refeições prontas a levar para casa; serviços de saúde e congéneres; serviços bancários e de seguros; serviços públicos essenciais; serviços de reparação, limpeza e manutenção; papelarias e tabacarias; clínicas veterinárias; venda de combustíveis; funerárias, etc.

¹⁹ Cfr. Portaria nº 71/2020, de 15/03.

de funerais; determinação da possibilidade de requisição civil de quaisquer bens ou serviços que se mostrem necessários ao combate à doença COVID-19; fixação do dever geral de cooperação.

Às forças e serviços de segurança ficou, naturalmente, destinada a fiscalização do cumprimento destas medidas, como o encerramento dos estabelecimentos cujas atividades foram proibidas, a cominação com crime de desobediência pelo não encerramento ou suspensão de atividades a tanto obrigadas, bem como por violação do confinamento obrigatório²⁰, o aconselhamento de não concentração de pessoas na via pública e de cumprimento do dever geral de recolhimento domiciliário.

O estado de emergência foi, nesta fase, renovado por duas outras vezes²¹. Não divergem, no essencial, da declaração original, com duas ressalvas. Se, por um lado, ambos acrescentam algumas especificidades decorrentes de medidas que haviam já sido tomadas, por outro, enquanto o primeiro prevê a possibilidade de novas restrições de direitos²², o segundo denota já alguns sinais de relaxamento, em preparação da abertura que se sucederia. Sublinha-se, do primeiro, a cominação com crime de desobediência pelo não acatamento da restrição ao direito de resistência e, do segundo, a possibilidade de diferenciação de critérios – por setores de atividade, dimensão da empresa, área do estabelecimento ou localização geográfica – para a abertura gradual, faseada ou alternada de serviços, empresas ou estabelecimentos comerciais.

Os decretos de regulamentação dos estados de emergência²³ mencionados espelham não só os ditames das declarações de emergência, como também as singularidades de cada momento. Isso mesmo denota a proibição de circulação para fora do concelho de residência no período da Páscoa – entre os dias 9 e 13 de abril – salvo por motivos profissionais, de saúde ou por outros motivos de urgência imperiosa, ou a reposição de algumas atividades e a autorização de abertura dos de

²⁰ As autoridades de saúde ficaram obrigadas a comunicar às forças e serviços de segurança o local de residência dos cidadãos infetados para aplicação das medidas de confinamento obrigatório.

²¹ Decreto do Presidente da República nº 17-A/2020, de 02/04 (em vigor até 17/04/20), autorizado pela Resolução da Assembleia da República nº 22-A/2020, de 02/04, e Decreto do Presidente da República nº 20-A/2020, de 17/04 (em vigor até 2/05/20), autorizado pela Resolução da Assembleia da República nº 23-A/2020, de 17/04.

²² Que, ao tempo, se encontravam já restringidas por via de lei ordinária, designadamente através do DL nº 10-A/2020, de 13/03, sem a competente cobertura legal, como se disse, e também assim se comprova. É o caso, designadamente, da restrição à liberdade de aprender e ensinar.

²³ O Decreto nº 2-B/2020, de 02/04, regulamenta a prorrogação do estado de emergência decretado pelo Presidente da República de 3 a 17/4 de 2020 e o Decreto nº 2-C/2020, de 17/04, regulamenta a prorrogação do estado de emergência decretado pelo Presidente da República de 18/04 a 2/05 de 2020. O Decreto nº 2-D/2020, de 30/04, regulamenta um estado de emergência e de calamidade, transitório e final, para o período entre 1 e 3 de maio de 2020.

alguns estabelecimentos, como a permissão do regresso dos vendedores itinerantes, os *rent-a-car* e as máquinas de *vending*.

Uma nota apenas para pontuar que, atento o período de fim-de-semana prolongado que se iniciava no 1º de maio de 2020, o Governo entendeu decretar novamente a proibição de circulação para fora do concelho de residência habitual nos dias 1 e 3 de maio, salvo algumas poucas exceções²⁴, entre as quais sobressaiu a bizarria da autorização de celebração do 1º de maio.

2.2.2. O interlúdio da emergência

Diante do milagre português e da ânsia de largar a emergência, libertando paulatinamente os portugueses do emparedamento, em maio de 2020²⁵, o Governo entendeu abandonar o estado de exceção constitucional e regressar ao respaldo da proteção civil, decretando a situação de calamidade, o nível mais grave no âmbito da proteção e socorro. Simplesmente, só na forma se alterou o estado da arte, já que em matéria de medidas não há um desvio profundo, o que, como sinalizaremos depois, não é juridicamente irrelevante.

De facto, o que verdadeiramente se modifica com o fim do estado de emergência é o número de pessoas que se podem concentrar a fazer desporto, em eventos e na rua²⁶, assim como o recolhimento dos maiores de 70 anos, que cessa, e a reabertura dos estabelecimentos de comércio a retalho e de prestação de serviços com área até 200m². Tudo o resto se mantém praticamente intocado²⁷, com especial incidência na transmutação do dever geral de recolhimento em dever cívico de recolhimento domiciliário, em que as forças e serviços de segurança mantêm o mesmo nível de fiscalização, agora já não recomendando o dever geral de recolhimento domiciliário, mas antes aconselhando o dever cívico de recolhimento domiciliário (!).

Desse dia 3 de maio até outubro de 2020, assistimos ao aligeiramento gradual e sucessivo das medidas restritivas com que íamos vivendo desde março, variando o nível de proteção entre a calamidade, a contingência e o alerta, por vezes em simultâneo e por zonas geográficas.

²⁴ Salvo por motivos de saúde, trabalho ou por outros motivos de urgência imperiosa, bem como profissionais de saúde e de apoio social, agentes de proteção civil, forças e serviços de segurança, militares, titulares de cargos políticos, magistrados, ministros de culto, etc.

²⁵ Resolução do Conselho de Ministros nº 33-A/2020, de 30/04 (em vigor até 17/05 de 2020).

²⁶ Respetivamente, no máximo, 5 e 10 pessoas.

²⁷ Onde, mantém-se o confinamento obrigatório, o teletrabalho, o encerramento de instalações e estabelecimentos com mais de 200m², a suspensão da atividade dos estabelecimentos de restauração e similares, exceto para consumo fora do estabelecimento, etc.

Importa reter que logo no dia 1 de maio, o Governo produziu o Decreto-Lei nº 20/20 com o intuito de adaptar o decreto do primeiro confinamento ao começo do desconfinamento, impondo o uso de máscaras em estabelecimentos e transportes públicos²⁸, sob pena de coima, a possibilidade de medição da temperatura corporal e regras de ocupação de transportes coletivos – 2/3 da sua capacidade²⁹ – tudo por decreto do Governo ao abrigo da Lei de Bases da Proteção Civil.

À citada Resolução de 3 maio sobrevieram 14 Resoluções do Governo – de maio a junho de 2020 mantendo a situação de calamidade³⁰; em julho desse ano, declarando as situações de calamidade, contingência e alerta, por zonas geográficas³¹; de agosto a 14 setembro de 2020, decretando situações de contingência e alerta por zonas geográficas³²; de 15 de setembro de 2020 até 14 de outubro de 2020, consagrando novamente a situação de contingência em todo o território nacional³³; e, finalmente, regressando à situação de calamidade³⁴ de 15 de outubro a 19 de novembro, a qual foi interrompida pelo retorno da emergência, em 6 de novembro de 2020.

Além do acervo histórico que esta reconstituição permite, intui-se facilmente que em todas estas situações flutuámos entre o alívio de medidas do fim do *lockdown* e o seu aperto, considerando a circulação do vírus, sempre por decreto do Governo e, invariavelmente, no regaço da proteção civil. E, note-se, que o que esteve sempre

²⁸ Depois das cambalhotas iniciais das autoridades de saúde a respeito do uso de máscaras – é bom recordar que eram desaconselhadas por “*transmitirem uma falsa sensação de segurança*” – vieram a ser impostas sob esta forma, depois alargada ainda pelo Decreto-Lei nº 24-A/2020, de 29/05, que decretava o seu uso no interior das salas de espetáculo e similares, e pelo Decreto-Lei nº 39-A/2020, de 16/07, que impunha a obrigatoriedade do uso de máscaras ou viseiras nos estabelecimento de educação, de ensino e creches, para os alunos a partir do 2º ciclo do ensino básico, e, posteriormente, pela Lei nº 62-A/2020, de 27 de outubro.

²⁹ Portaria nº 106/2020, de 02/05 – utilização de 2/3 da capacidade dos transportes aéreos – depois revogada pela Portaria nº 125/2020, de 25/05, repondo-se a permissão do uso da capacidade total; Portaria nº 107-A/2020, de 04/05 – utilização de 2/3 da capacidade total nos demais transportes.

³⁰ Resolução do Conselho de Ministros nº 38/2020, de 17/05 (em vigor até 31/05 de 2020); Resolução do Conselho de Ministros nº 40-A/2020, de 29/05 (em vigor 14/06 de 2020); Resolução do Conselho de Ministros nº 43-B/2020, de 12/06 (em vigor até 28/06 de 2020).

³¹ Resolução do Conselho de Ministros nº 51-A/2020, de 26/06 (em vigor até 14/07 de 2020); Resolução do Conselho de Ministros nº 53-A/2020, de 14/07 (em vigor até 31/07 de 2020).

³² Resolução do Conselho de Ministros nº 55-A/2020, de 31/07 (em vigor até 14/08 de 2020); Resolução do Conselho de Ministros nº 63-A/2020, de 14/08 (em vigor até 31/08 de 2020); Resolução do Conselho de Ministros nº 68-A/2020, de 28/08 (em vigor até 14/09 de 2020).

³³ Resolução do Conselho de Ministros nº 70-A/2020, de 11/09 (em vigor até 30/09 de 2020); Resolução do Conselho de Ministros nº 81/2020, de 29/09 (em vigor até 14 de outubro de 2020).

³⁴ Resolução do Conselho de Ministros nº 88-A/2020, de 14/10 (em vigor até 31/10 de 2020); Resolução do Conselho de Ministros nº 92-A/2020, de 02/11 (em vigor até 19/11 de 2020).

em causa foi a delimitação do grau de restrição dos direitos à liberdade, de circular, reunir, manifestar, exercer atividade económica, entre outros.

De forma telegráfica, depois daquela resolução seguinte à emergência, as que lhe sucederam no âmbito da situação de calamidade determinaram progressivamente, por exemplo, a reabertura dos estabelecimentos comerciais e afins, primeiro até 400m² e depois já num âmbito mais alargado³⁵, o regresso às aulas do ensino secundário, o funcionamento dos restaurantes com 50% da sua capacidade e com horários limitados ou a reabertura de feiras, mercados e monumentos, bem como o fim da obrigatoriedade de teletrabalho e, posteriormente, a permissão de eventos com 20 pessoas e de competições desportivas sem público³⁶ ou o relaxamento das regras de ocupação de veículos³⁷. Foi também nesta fase que cessou o dever cívico de recolhimento domiciliário, muito embora se mantivesse a obrigatoriedade de reclusão de infetados, com fiscalização pelas forças e serviços de segurança.

A partir de julho de 2020, o país foi retalhado em zonas geográficas de maior ou de menor incidência da COVID-19, coexistindo situações de alerta, contingência e de calamidade em todo o território nacional, com o feixe de medidas já enunciado a variar em grau e número de acordo com a situação decretada para a zona. Sublinhe-se que nos locais em que foi instituída a situação de calamidade, ao invés de um dever cívico de recolhimento, a lei passou a prevê um dever de abstenção de circulação, muito embora não só a consequência da sua violação fosse a associada à do dever cívico e do dever geral de recolhimento, como se conferiu a mesma legitimidade às forças e serviços de segurança para emanação de ordens legítimas de recolhimento ao domicílio. De assinalar também a obrigatoriedade de apresentação de teste negativo a SARS-CoV-2 em voos oriundos de países de risco e de medição da temperatura corporal³⁸.

Donde, com exceção da área metropolitana de Lisboa, o país viveu desde julho em situação de alerta, num movimento descendente iniciado em maio que, na segunda quinzena de setembro, se começou a inverter, iniciando-se o caminho ascendente rumo às novas contingência e calamidade, num típico movimento pandémico que primeiro se controla e depois se descontrola.

³⁵ Permanecem, contudo, encerrados até meados de julho, e sujeitos a parecer da DGS para a entrada em funcionamento, discotecas e parques de diversões, pavilhões e pistas de atletismo fechadas, festas populares, salões de jogos, estabelecimentos de bebidas, entre outros.

³⁶ Recorde-se, porém, a autorização para a realização da F1 no Algarve, com público.

³⁷ Tendo em conta a explosão de pessoas nas praias e piscinas descobertas, o Governo fixou regras de ocupação de ambas através do Decreto-Lei n.º 24/2020, de 25/05, e do Despacho n.º 6134-A/2020, de 05/06, respetivamente.

³⁸ Um resultado superior a 38°C impunha a realização de teste de despistagem para a COVID-19.

Gradualmente, fomos assistindo à redução de 20 para 10 pessoas em eventos, e depois para 5³⁹, à recomendação do uso de máscara para maiores de 10 anos, depois transformada em obrigatoriedade⁴⁰, a regras de ocupação de serviços públicos e estabelecimentos comerciais, com horários mais apertados, à limitação de 5 pessoas por mesa nos restaurantes, etc., tudo sob a fiscalização das forças e serviços de segurança, com legitimidade para encerrar os estabelecimentos que violassem as regras ou para decretar o recolhimento domiciliário aos infetados obrigados a confinamento.

O dever de abstenção de circulação em vias públicas, ou seja, o dever cívico de recolhimento domiciliário, extensível aos veículos, regressaria em outubro, ironicamente em Felgueiras e Paços de Ferreira, onde, uns meses antes, havia nascido o chamado paciente zero português que, regressado de uma feira comercial em Itália, deu origem ao primeiro grande surto pandémico do nosso século⁴¹. E, com ele, o teletrabalho, a suspensão de visitas a estruturas residências e a proibição de realização de feiras e mercados de levante.

Rapidamente estas medidas se propagaram, como o vírus, a todo o território continental, inaugurando-se, então, um período de avaliação de risco por concelhos para se adotar, em face da avaliação, medidas mais ou menos gravosas.

Uma última nota para destacar a Resolução do Conselho de Ministros nº 89-A/2020, de 26/10, que determinou a limitação de circulação entre diferentes concelhos do território continental, em face da aproximação do feriado do dia 1 de novembro, a fim de impedir a habitual concentração de pessoas nos cemitérios por ocasião das celebrações do dia de Todos os Santos. Aliás, esta resolução viria depois a dar o mote à prolação de um Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) bastante *sui generis*, sobre o qual incidiremos à frente.

2.2.3. A emergência – parte II

A escalada de casos de outubro – para a qual o Governo manifestamente não se preparou, não obstante a história e os avisos sérios de setembro – conduziu-nos, em novembro, a um estado de emergência “muito limitado e largamente

³⁹ Com exceção dos agregados familiares, que podiam reunir até 50 pessoas.

⁴⁰ Lei nº 62-A/2020, de 27/10.

⁴¹ Os historiadores e sociólogos hão de estudar o fenómeno, mas, de uma perspectiva meramente empírica, parece notar-se aqui uma certa tendência para o (res)surgimento do vírus ocorrer nas zonas do país onde há mais indústria exportadora e, por via disso, contacto internacional.

preventivo”⁴², para usar as palavras do Presidente da República, que resistiu até ao fim a um novo *lockdown*, mas que acabaria por chegar em janeiro seguinte⁴³.

Neste estado de emergência *light* ficaram restringidos os direitos à liberdade⁴⁴ e de deslocação⁴⁵, à iniciativa privada⁴⁶, dos trabalhadores⁴⁷ e ao livre desenvolvimento da personalidade e vertente negativa do direito à saúde⁴⁸. Entretanto, foram conferidos poderes às Forças Armadas e de Segurança para apoiar as autoridades e serviços de saúde, designadamente na realização de inquéritos epidemiológicos, no rastreio de contactos e no seguimento de pessoas em vigilância ativa, tal como se suspendeu a atividade assistencial não urgente nos hospitais⁴⁹.

Mantendo em vigor a última resolução de novembro (que declarava a situação de calamidade), o Governo começou por decretar⁵⁰ um recolhimento obrigatório diário, entre as 23 e as 5 horas, e, aos sábados e domingos, entre as 13 e as 5 horas⁵¹, nos concelhos de risco elevado de contágio, impondo em todo o país a realização de testes de diagnóstico à COVID-19 e a medição da temperatura corporal para acesso a locais públicos ou de trabalho. Manteve, igualmente, a fiscalização do cumprimento das medidas pelas forças e serviços de segurança, cujo incumprimento volta a ser sancionado com crime de desobediência.

⁴² Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 06/11 (em vigor até 23/11 de 2020), autorizado pela Resolução da Assembleia da República n.º 83-A/2020, de 06/11.

⁴³ Portugal foi dos últimos países europeus a confinar. Nesta altura, os outros países já iam adotando medidas mais severas, sendo certo que Portugal fechou *in extremis*, quando o sistema de saúde já não respondia. Tinha uma das maiores taxas de infeções e mortes do mundo.

⁴⁴ Curiosamente, a versão *light* de então trouxe a suspensão de um direito que, nas versões *hard* de março e de abril de 2020, não chegou a ser suspenso, tendo gerado uma discussão intensa a respeito. Acabou por vingar a tese da necessidade de suspensão do direito à liberdade pessoal.

⁴⁵ Proibição de circulação na via pública durante determinados períodos do dia ou determinados dias da semana e a interdição das deslocações que não sejam justificadas

⁴⁶ Utilização dos estabelecimentos de saúde do setor privado e análogo, mediante compensação.

⁴⁷ Mobilização de trabalhadores para cooperação com as autoridades e serviços de saúde.

⁴⁸ Possibilidade de impor a realização de controlos de temperatura corporal, por meios não invasivos, assim como a realização de testes de diagnóstico de SARS-CoV-2.

⁴⁹ Despacho n.º 10921/2020, de 06/11, e despacho n.º 10775/2020, de 03/11.

⁵⁰ Decreto n.º 8/2020, de 08/11.

⁵¹ Com as exceções habituais: deslocações profissionais, profissionais de saúde e setor social, membros de órgãos de soberania e partidos, parceiros sociais, forças policiais, militarizadas e proteção civil, ministros de culto, pessoal de missões diplomáticas, deslocações por motivos de saúde, aquisição de produtos alimentares e de higiene, acolhimento de vítimas, assistência a pessoas vulneráveis, razões familiares imperativas, veterinários, exercício da liberdade de imprensa, passeios pedonais e para passeio de animais de companhia, deslocações de força maior, retorno ao domicílio pessoal, permitindo-se o uso de veículos para o efeito.

Aquela resolução veio a ser emendada por outra⁵² no sentido de clarificar a suspensão da atividade dos estabelecimentos⁵³. Seguiram-se oito renovações do estado de emergência⁵⁴, com as regulamentações governamentais⁵⁵.

Vale a pena destacar que no final de novembro de 2021 a situação pandémica havia piorado muito em todo o mundo, mas Portugal tentou conter danos e aplicar uma teoria de mínimos, fechando o menos possível⁵⁶. Nesta fase, sem abandonar a ideia da avaliação de risco por concelhos, Portugal passou a estratificá-los em 3 níveis: concelhos de risco moderado, concelhos de risco elevado e concelhos de risco muito elevado e extremo. Pese embora as medidas se mantivessem basicamente as mesmas, agora eram distribuídas pelas disposições comuns e, por isso, aplicáveis a todo o país, e pelas disposições próprias de cada tipo de concelho, categorizado por nível de risco.

Ou seja: confinamento de infetados; obrigatoriedade do uso de máscaras e de realização de testes à COVID-19 e controlo da temperatura corporal; condicionamento do funcionamento e imposição de regras para a abertura dos estabelecimentos comerciais e serviços abertos ao público; restrições ao consumo de álcool na via pública; limitação da capacidade de ocupação dos restaurantes e respetivas mesas, entre as medidas comuns para todos os concelhos. A estas acresciam, cumulativa e sucessivamente, nos concelhos de risco moderado, o encolhimento dos horários de funcionamento dos estabelecimentos e serviços e a limitação a 6 pessoas por evento, exceto os familiares, em que se mantém o máximo de 50 pessoas; proibição

⁵² Resolução do Conselho de Ministros nº 96-B/2020, de 12/11 (em vigor até 23/11 de 2020).

⁵³ Suspensão da atividade dos estabelecimentos de comércio a retalho e de prestação de serviços, aos sábados e domingos, exceto entre as 8 e as 13 horas, em todos os concelhos identificados na lei. Ficam ressalvados os estabelecimentos de venda de produtos alimentares, higiene e saúde que tenham área inferior a 200 m², farmácias, atividades funerárias, serviços médicos e apoio social, bem como atendimento veterinário com urgências, postos de abastecimento, *rent-a-cars* e afins.

⁵⁴ Decretos do Presidente da República nº 59-A/2020, de 20/11, autorizado pela Resolução da Assembleia da República nº 87-A/2020, de 20/11; 61-A/2020, de 4/12, autorizado pela Resolução da Assembleia da República nº 89-A/2020, de 4/12, 66-A/2020, de 17/12, autorizado pela Resolução da Assembleia da República nº 90-A/2020, de 17/12; 6-A/2021, de 6/01, autorizado pela Resolução da Assembleia da República nº 1-A/2021, de 6/1; 6-B/2021, de 13/01, autorizado pela Resolução da Assembleia da República nº 1-B/2021, de 13/1; 9-A/2021, de 28/01, autorizado pela Resolução da Assembleia da República nº 14-A/2021, de 28/1; 11-A/2021, de 11/02, autorizado pela Resolução da Assembleia da República nº 63-A/2021, de 11/02; 21-A/2021, de 25/02, autorizado pela Resolução da Assembleia da República nº 69-A/2021, de 25/02.

⁵⁵ Decreto nº 9/2020, de 21/11; decreto nº 11/2020, de 6/12; Decreto nº 11-A/2020, de 21/12; Decreto nº 2-A/2021, de 7/1; Decreto nº 3-A/2021, de 14/01, sucessivamente alterado pelos Decretos nº 3-B/2021, 19/01 e 3-C/2021, de 21/01; Decreto nº 3-D/2021, de 29/01; Decreto nº 3-E/2021, de 12/02; Decreto nº 3-F/2021, de 26/02.

⁵⁶ Dizia-se que a intenção era proteger a economia e não saturar o país com novo confinamento, especialmente porque se avizinhava o Natal e o Governo não queria tomar medidas desagradáveis.

de circulação na via pública no período compreendido entre as 23 horas e as 5 horas, dever geral de recolhimento domiciliário fora deste intervalo e limitação ainda mais restritiva dos horários de funcionamento de comércio e serviços para os concelhos de risco elevado; nos concelhos de risco muito elevado e extremo, soma-se a proibição de circulação na via pública aos fins de semana e feriados num período de tempo ainda mais limitado.

Janeiro de 2021 ficou na história desta epidemia. De facto, quando o contágio galopava em Portugal a um ritmo estonteante⁵⁷, depois de vários avanços e recuos e das celebrações do Natal e Ano Novo⁵⁸, o Governo acabou por estabilizar num quadro político-jurídico que, mau grado a forma e o modo, acabou num confinamento geral semelhante ao primeiro⁵⁹, com praticamente tudo encerrado, mesmo as escolas (que acabaram por fechar apenas no fim de janeiro⁶⁰), e a reintrodução do dever de recolhimento domiciliário em todo o país⁶¹. Voltávamos ao estado de emergência na versão *hard* para, em maio de 2021, começarmos novamente a abrir o país à normalidade (até hoje).

3. ENQUADRAMENTO JURÍDICO VIGENTE – BREVES NOTAS

É disperso o quadro legal que rege o tema *sub judice*. Mas mais do que disperso, é inadequado. São quatro os normativos em causa.

A Lei de Bases da Saúde⁶² está estribada em nove princípios, à cabeça dos quais a responsabilidade coletiva do Estado e da sociedade no desenvolvimento de uma política global de saúde. É a base 34 que se ocupa especialmente da saúde pública, dispondo (i) a suspensão ou o encerramento de locais de utilização pública e privada quando funcionem em condições de risco para a saúde pública; (ii) o internamento compulsivo a pessoas que constituam perigo para a saúde pública,

⁵⁷ Estávamos, em números de contágios e mortes, entre os piores do mundo. O milagre português de março havia-se, entretanto, transformado no desastre português de janeiro...

⁵⁸ A chamada variante inglesa surgiu antes do Natal e Ano Novo, ditando a reclusão de parte significativa da Europa, mas Portugal, no afã de permitir aquelas celebrações, não recolheu.

⁵⁹ E, mesmo assim, menos restritivo.

⁶⁰ Deu-se, ato contínuo, uma discussão a respeito da proibição de as escolas manterem aulas *online*. E, na verdade, as aulas *online* não foram proibidas, mas tendo sido suspensa a atividade letiva, sem mais, não é difícil sustentar quer uma, quer outra visão. No estado de emergência seguinte o Decreto respetivo definiu a limitação – só as aulas presenciais se encontravam restritas.

⁶¹ O Despacho nº 714-C/2021, de 15/1, veio limitar a atividade das grandes superfícies comerciais à venda de bens essenciais, com o intuito de acautelar a concorrência desleal introduzida por decreto, uma vez que continuavam a poder vender o que outros, encerrados, não podiam vender.

⁶² Lei nº 95/2019, de 4/9.

de acordo com a Constituição e a lei; (iii) a vigilância sanitária do território nacional e a fiscalização do cumprimento do Regulamento Sanitário Internacional; e (iv) a requisição de serviços, estabelecimentos e profissionais de saúde em casos de epidemias graves e outras situações semelhantes.

Já a Lei da Vigilância em Saúde Pública⁶³ tem como objetivo erigir um sistema de vigilância epidemiológica, harmonizando políticas e ações, tendo em conta a globalização e o seu poder de transformar agentes infecciosos em ameaças mundiais⁶⁴. Para tanto cria uma rede nacional que envolve os serviços operativos de saúde pública, as autoridades de saúde e outras entidades dos setores público, privado e social, os quais ficam obrigados a contribuir para o *SINAVE* (sistema nacional de informação de vigilância epidemiológica). Mais institui o Conselho Nacional de Saúde Pública, composto por entidades dos setores público, privado e social, na dependência do qual funcionam a Comissão Coordenadora da Vigilância Epidemiológica e a Comissão Coordenadora de Emergência, com a missão acompanhar a saúde pública e as respetivas situações de emergência.

Prevedo que em situação de calamidade pública seja decretado o estado de emergência, consagra ainda, nos termos da Constituição e da lei e, logo, no respeito pelo regime dos direitos, liberdades e garantias, a restrição, a suspensão ou o encerramento de atividades ou a separação de pessoas que não estejam doentes, meios de transporte ou mercadorias, que tenham sido expostos, de forma a evitar a eventual disseminação da infeção ou contaminação.

Também conhecido como direito de necessidade estadual⁶⁵, o estado de exceção constitucional determina a constitucionalização de medidas tendentes a salvaguardar a ordem constitucional em situação de anormalidade. Trata-se "*...de submeter as situações de crise e de emergência (...) à própria Constituição, "constitucionalizando" o recurso a meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionais, para se obter o "restabelecimento da normalidade constitucional"*", sendo certo "*...que se pretende (...) uma causa justificativa que exclua a ideia de ilicitude dos mesmos factos ou medidas...*"⁶⁶.

Os pressupostos de admissibilidade do estado de exceção constitucional estabilizaram (até hoje) no que segue: i) a inadmissibilidade da figura da suspensão da Constituição por, num estado constitucional, ser uma contradição nos termos

⁶³ Lei nº 81/2009, de 21 de agosto. A anterior era de 1949 - Lei nº 2036, de 9 de agosto.

⁶⁴ Cfr. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleDiplomaAprobado.aspx?BID=15483>, último acesso em jan/25.

⁶⁵ Ou defesa da Constituição, entre outras aceções.

⁶⁶ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª edição revista, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, páginas 1145 e ss.

e, conseqüentemente, ii) a possibilidade de a defesa da segurança pública se ater, apenas, à suspensão de algumas garantias constitucionais, iii) desde que ela esteja expressamente prevista na Constituição, ainda que não pormenorizadamente e, assim, iv) remeter para a lei as medidas a adotar em estado de exceção constitucional. Conquanto que se não ultrapassem, por essa via, os princípios constitucionais basilares.

Como J.J. Gomes Canotilho bem sintetiza “...é preferível ser a Constituição a consagrar e a definir os pressupostos dos estados de exceção, a ter de recorrer-se a princípios de necessidade extra ou supraconstitucional, susceptíveis de manipulação a favor de uma qualquer “razão de Estado” ou de “segurança e ordem pública”, invocada por “chefes” ou “governos” (...) sem qualquer arrimo normativo-constitucional...”⁶⁷.

Assim, a Constituição da República Portuguesa (CRP) estatui as situações de exceção constitucional⁶⁸, dispendo sobre os respetivos pressupostos, a competência dos órgãos, a forma, os limites e as suas conseqüências.

Os estados de sítio e de emergência são os dois únicos possíveis em termos de estado de necessidade constitucional, sendo o primeiro o mais grave e o segundo o menos grave. Pese embora a Constituição não se ocupe da densificação de qualquer deles, a distinção que claramente faz operar entre os dois propicia a separação de ambos, por níveis – o primeiro, por ser mais crítico, permite a suspensão total de direitos, liberdades e garantias, enquanto o último, por ser mais leve, apenas autoriza a suspensão parcial daqueles. Para melhor os identificar e definir, a doutrina vem enchendo os respetivos conceitos, separando-os em dois grandes grupos: os estados de exceção militar e de natureza civil.

No que à forma diz respeito, a Constituição de 76 estabelece um sistema de pesos e contrapesos que obriga ao envolvimento de todos os órgãos de soberania com função política – o Presidente da República, a Assembleia da República e o Governo. Assim, o Presidente da República tem competência própria para declarar qualquer um dos ditos estados, depois de ouvido o Governo e de autorizados pela Assembleia da República, nos seguintes moldes: o Decreto Presidencial que contenha a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência é submetido à Assembleia da República, que aquiesce, ou não, depois de apreciados os pressupostos

⁶⁷ J.J. GOMES CANOTILHO, op cit.

⁶⁸ Esta forma de regulamentar o estado de exceção constitucional não é exclusiva, isto é, há Constituições que o consagram de forma mais aberta e outras que o pormenorizam ainda mais.

justificativos e os termos propostos. Segue-se a referenda ministerial⁶⁹ do mesmo e, naturalmente, a execução das respetivas diretrizes pelo Governo⁷⁰, cuja fiscalização cabe à Assembleia da República. É, de resto, desta comunhão plena de poderes soberanos e independentes que resulta o regime que, porventura, mais apela à estreita interdependência de poderes, de um passo de cooperação, e do outro de controlo, o que, no fim de contas, ressalta bem a excecionalidade e a importância do estado de emergência.⁷¹

Sob o ponto de vista material, o número 8, do artigo 19º, da CRP aponta especificamente para o princípio da proibição do excesso⁷², exigindo que todos os meios usados sejam apropriados para a prossecução dos fins invocados (adequados), os únicos eficazes para o efeito pretendido (necessários) e na justa medida do que é necessário a esse objetivo (proporcionais).

Acresce a limitação temporal – quinze dias, muito embora renováveis – mas, sobretudo, a exigência de enumeração especificada dos direitos, liberdades e garantias afetados, bem como a proibição absoluta da suspensão de alguns outros, tidos como estanques e invioláveis⁷³. Note-se que, em qualquer caso, do que se trata é de uma suspensão coletiva de direitos e nunca de uma suspensão unipessoal e individual, proibida de forma lapidar pela nossa Constituição. suspensão.

A este efeito material de suspensão de direitos fundamentais, juntam-se (i) os efeitos organizatórios – adoção das medidas administrativas que corporizam a restrição de direitos; (ii) os efeitos territoriais – parcela do território a que se aplica; e (iii) os temporais – limite de tempo por que dura. A este respeito dizer, aliás, que o estado de emergência constitucional pode cessar por decurso do tempo, como se disse já, por revogação, por recusa parlamentar ou por substituição.

Lembrar, no mais, que o estado de exceção tem carácter normativo e, por isso, é suscetível de controlo de constitucionalidade (e de subsequente declaração de inconstitucionalidade, conseqüentemente), desde logo por não haver fundamento para a sua decretação ou por não ser decretado pelo órgão e forma competentes, mas também por não especificar os direitos, liberdades e garantias suspensos ou suspender direitos insuscetíveis de o serem. A que se junta, claro está, o facto já

⁶⁹ Tudo como resulta da conjugação dos artigos 19º, 134º, alínea d), 138º, 140º, 161º, alínea l), 162º, alínea b) e 197º, alínea f).

⁷⁰ Artigo 17º da Lei nº 44/86, de 30/09 – regime do estado de sítio e do estado de emergência.

⁷¹ Note-se que é matéria de reserva absoluta da AR, elevada à categoria de lei orgânica.

⁷² Ou princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

⁷³ Direito à vida, integridade pessoal, identidade pessoal, capacidade civil e cidadania, não retroatividade da lei criminal, direito de defesa dos arguidos e liberdade de consciência e de religião.

óbvio de esta suspensão coletiva de direitos não poder beliscar minimamente os direitos de defesa do arguido e, evidentemente, o acesso à via judiciária⁷⁴.

A Lei de Bases da Proteção Civil⁷⁵ é a atividade que visa prevenir riscos coletivos inerentes a situações de acidente grave⁷⁶ ou catástrofe⁷⁷, de atenuar os seus efeitos e proteger e socorrer as pessoas e bens em perigo.

É ao artigo 8º que incumbe categorizar os estados que podem ser decretados ao abrigo desta lei – situação de alerta, de contingência e de calamidade – podendo, quaisquer delas, reportar-se a qualquer parcela do território. Têm competência para as declarar os órgãos responsáveis do território em causa ou o Ministro da Administração Interna, no caso de se alastrar ao território nacional ou a uma parcela deste, desde que não se trate de situação de calamidade nacional.

Fazer notar que, declarada a situação de calamidade, o grau de intrusão em direitos fundamentais aumenta substancialmente, prevendo-se a possibilidade de mobilização civil de pessoas, de fixação, por razões de segurança dos próprios ou das operações, de condicionamentos à circulação ou permanência de pessoas, outros seres vivos ou veículos, de fixação de cercas sanitárias e de segurança ou de racionalização da utilização dos serviços públicos de transportes, comunicações e abastecimento de água e energia, a par do consumo de bens de primeira necessidade.

Uma nota final para assinalar que a decretação do estado de emergência, ainda que por uma situação de calamidade pública, não se confunde com a declaração da situação de calamidade⁷⁸. Na verdade, no estado de emergência é a circunstância que é de calamidade pública, ao passo que a situação de calamidade se consubstancia num dos níveis existentes dentro do sistema de proteção civil, decorrente de uma circunstância de catástrofe ou acidente.

4. PERISCÓPIO DA CRISE PANDÉMICA – A CONVIVÊNCIA COM A COVID-19 DE IURE E DE FACTO

Do que acima ficou dito, e resulta diretamente dos instrumentos legais em análise, fica claro que quer a declaração do estado de emergência, quer a declaração

⁷⁴ Para maior detalhe sobre o tema, consultar a Lei nº 44/86, de 30/09.

⁷⁵ Lei nº 27/2006, de 3 de julho.

⁷⁶ Acontecimento inusitado com efeitos relativamente limitados no tempo e no espaço.

⁷⁷ Acidente grave capaz de criar prejuízos e vítimas, afetando intensamente as condições de vida.

⁷⁸ São particularmente inebriantes os Despachos nsº 7254-B/2020, de 16 de julho, 7284/2020, de 19 de julho ou 7710-B/2020, de 05 de agosto, entre outros, que declaram a situação de alerta em Portugal continental (por risco de incêndio) dentro da situação de alerta, contingência e calamidade ou de alerta e contingência que então se vivia (no âmbito da COVID-19).

da situação de calamidade, se destinam a promover o regresso à normalidade. Porém, se o primeiro opera pelo lado da suspensão de direitos, ao abrigo do sistema de *checks and balances* já identificado, a segunda fá-lo pela restrição de direitos fundamentais, previamente definidos no âmbito de um específico quadro legislativo, *in casu*, a Lei de Bases da Proteção Civil⁷⁹.

É, aliás, muito interessante a perspetiva de Miguel Nogueira de Brito⁸⁰ que, partindo de 4 modelos de emergência, desenvolve todo um raciocínio no sentido de extrair uma conclusão sobre o modelo mais adequado às emergências atuais: terrorismo, catástrofes naturais ou pandemias e já não só as ameaças externas como a guerra.

Afastando, desde logo, um modelo autoritário ou estritamente executivo, sem base constitucional ou legal – por razões óbvias que aqui nos dispensamos de detalhar – centra-se numa abordagem constitucional e numa abordagem legislativa (infraconstitucional)⁸¹, na tentativa de chegar à melhor opção entre a suspensão de direitos fundamentais ou a restrição dos mesmos, respetivas de cada uma.

Norteados por esse quadro, chega a duas conclusões: (i) não obstante as zonas discricionárias criadas por lei no modelo constitucional, de difícil controlo judicial, a verdade é que no modelo legislativo a discricionariedade não só não é menor, como o controlo judicial não é maior, com a agravante de que, sob a capa da legalidade da adoção de medidas ancoradas no direito positivado, existir o risco de se legitimarem, e perpetuarem, poderes excecionais e temporários; (ii) a aparente simplicidade da coexistência e alternância entre os dois modelos, como em Portugal, esbarra em zonas cinzentas como a regulamentação executiva de emergência, que não decorre nem de um, nem de outro.

No fundo, sustenta, o que se verificou em Portugal no âmbito da pandemia COVID-19 é que, ao fim e ao cabo, se sobrepõem “...três regime(s) jurídicos distintos: o regime constitucional do estado de emergência, o regime legislativo da situação de calamidade e, finalmente, a legislação de emergência adotada pelo Governo, muitas vezes sem autorização parlamentar e outras obtendo-a por via de uma ratificação de contornos duvidosos...”, como o DL n.º 10-A/2020, de 13/3⁸².

⁷⁹ Acompanhada, no caso concreto, pelas Leis de Bases da Saúde e da Vigilância em Saúde Pública.

⁸⁰ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, Modelos de Emergência no Direito Constitucional, *in* @pública, Revista Eletrónica de Direito Pública, Vol. 7, n.º 1, abril 2020, disponível em [Miguel_Nogueira_de_Brito_Modelos_de_Emergencia_no_Direito_Constitucional_e-publica.pdf](#), último acesso em dez/24.

⁸¹ Adiantando, de resto, que o primeiro tende a prevalecer nos ordenamentos de constituição escrita e os segundos nos países de *common law*, onde a *rule of law* impera.

⁸² Ratificação do DL n.º 10-A/2020, de 13 de março, pela Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, de contornos reconhecidamente duvidosos sob o ponto de vista da sua legalidade.

Ora, sob o ângulo estritamente jurídico, o busílis da questão pandémica está exatamente aí: no modelo mais apropriado a acolhê-la: se o constitucional, se o legislativo e, dentro deste, descortinando se a base legal existente é servível.

Tendo março de 2020 sido o mês zero da experiência legal em análise, no ano subsequente foram decretados 12 estados de emergência e 24 situações de alerta, contingência e calamidade, suspendendo-se, no primeiro caso, e restringindo-se, no segundo, uma panóplia alargada de direitos fundamentais.

Entre eles contam-se o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional, a propriedade e iniciativa económica privada, social e cooperativa, os direitos dos trabalhadores, a circulação internacional, o direito de reunião e de manifestação, a liberdade de culto, o direito de resistência, a liberdade de aprender e de ensinar, o direito à proteção de dados pessoais ou o livre desenvolvimento da personalidade e a vertente negativa do direito à saúde, tal qual ficou expresso no vasto conjunto de legislação que desconstruímos supra.

Por ser manifestamente inviável, dada a amplitude, concentrarmo-nos em todos os aspetos constitucionais tocados pela crise pandémica, cingir-nos-emos à questão formal e material das suspensões e restrições de direitos fundamentais que suscitaram maior dúvida e, por isso, mais querela. São, essencialmente, três: o direito de deslocação, ínsito no artigo 44º da CRP, por contraposição com o artigo 27º⁸³ daquela⁸⁴, o direito de reunião e de manifestação, contido no artigo 45º da Constituição e o direito à saúde, constante do artigo 64º da lei magna.

Sendo certo que quaisquer deles foram suspensos durante os estados de emergência que estão na nossa mira⁸⁵, a questão não se prende, apenas – e, porventura, nem sequer especialmente – com a sua admissibilidade e extensão, mas, particularmente, com a bondade da respetiva restrição em situação de calamidade, de contingência e de alerta, ainda que, muitas vezes, travestidos.

4.1. Da situação de alerta ao estado de emergência – questão formal

Sem querermos (e podermos) desenvolver aqui a matéria mais do que vasta e intrincada das restrições aos direitos fundamentais⁸⁶, não oferece discussão que,

⁸³ Direito à liberdade e à segurança.

⁸⁴ Que os sucessivos decretos suspenderam apenas a partir do 4º estado de emergência (out/2021).

⁸⁵ Com a exceção do direito à liberdade, nas circunstâncias já mencionadas na nota antecedente.

⁸⁶ Para um estudo aprofundado, veja-se, entre outros, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª Edição, Almedina, 2016; JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 3ª Edição, Almedina, 2020 e ROBERT ALEX, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, *Ratio Juris*, Vol. 16, nº 2, 2003, disponível em <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>, último acesso em fev/25.

nos termos do artigo 165º, nº 1, al. b), da CRP, só a Assembleia da República – ou o Governo, com autorização desta – podem legislar sobre direitos, liberdades e garantias. É, de resto, esse o entendimento (pacífico) do Tribunal Constitucional⁸⁷.

Com este ponto de partida, discutiu-se entre nós se, por um lado, a suspensão de direitos fundamentais em estado de emergência não carecia de particular concretização presidencial e se, por outro lado, era necessário ato legislativo que a executasse, ao invés de sucessivos atos regulamentares do Governo, como sucedeu. E mais se debateu se em estado de normalidade, embora em situação de alerta, contingência e calamidade, era possível ao Governo restringir direitos fundamentais sem a competente autorização legislativa, como igualmente se deu.⁸⁸

Se a primeira dúvida não oferece grande resistência, uma vez que a suspensão de direitos fundamentais ocorreu por expresso ato do Presidente da República, devidamente enquadrado na previsão legal⁸⁹ – e que as autoridades públicas, dentro dos limites expressos nos sucessivos Decretos Presidenciais, se resignaram a desenvolver, num paralelo evidente com as restrições lícitas de direitos fundamentais⁹⁰ – já o mesmo não sucede com as demais.

Se, de facto, não choca com a lei fundamental que o Governo execute por sua iniciativa a suspensão dos direitos enunciados nas declarações presidenciais, desde que em rigoroso cumprimento das balizas estabelecidas, é bastante discutível que o possa fazer por ato regulamentar e, por isso, infra legislativo, através de meros despachos e resoluções. Isto porque o Presidente da República não definiu o quadro, a medida, a intensidade ou a forma prática da suspensão – apenas ditou a suspensão dos direitos em causa⁹¹ e definiu as suas fronteiras. Se o tivesse feito, não causaria estranheza que o Governo se limitasse a dar-lhes execução, seria até recomendável. Contudo, o Presidente da República entendeu não ir mais longe – e bem, atenta a dificuldade que causaria ao executor afeiçoar as medidas à realidade dinâmica

⁸⁷ Cfr., por todos, os Acórdãos nºs. 362/2011 e 424/2020 do Tribunal Constitucional, nos termos dos quais: “[T]odo o regime dos direitos, liberdades e garantias está englobado na reserva relativa de competência da Assembleia da República...”, que “... ganha particular relevância quando estão em causa compressões ou condicionamentos a um direito...”.

⁸⁸ Veja-se JORGE REIS NOVAIS, Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID-19, @pública, Revista Eletrónica de Direito Público, Volume 7, Nº 1, abril 2020, disponível em v7n1a05.pdf, último acesso out/24.

⁸⁹ O referido artigo 19º da CRP, que suspende a normalidade constitucional.

⁹⁰ PEDRO MONIZ LOPES viu aqui um problema de delegação de competências do Presidente da República ao Governo, inconstitucional por força do princípio da separação dos poderes – Cfr. Revista Eletrónica de Direito Público, cit. Não perfilhamos, contudo, essa opinião.

⁹¹ Com a exceção do direito à greve, que foi sendo mais ou menos concretizado.

que se vivia – razão pela qual, na nossa perspetiva, o Governo estava obrigado a regulamentar a suspensão por ato legislativo, sob pena de violação do princípio da reserva de lei. De resto, bastava a importância e a dignidade da matéria – a par da sua controvérsia – para que o bom senso ditasse que o Governo se socorresse da forma mais solene de legislar⁹². Mas não. É pior, quando falamos de restrições em normalidade constitucional. O que nos leva à segunda das questões.

Deveras, se mesmo em estado de exceção se colocam questões mais ou menos opacas de constitucionalidade, no que tange à forma de execução das suspensões decretadas (nos moldes constitucionalmente previstos), em situação de normalidade constitucional dificilmente se consegue sustentar a constitucionalidade formal e orgânica das restrições levadas a efeito.

É realmente incompreensível que se tenham restringido direitos fundamentais como a livre iniciativa económica privada, direitos dos trabalhadores, liberdade de circulação, a liberdade de reunião e de manifestação e, em geral, o direito ao desenvolvimento da personalidade, entre outros, por despachos e resoluções, quando, obviamente, era imprescindível a intervenção da Assembleia da República, quer autorizando, quer legislando ela própria, em cumprimento dos ditames constitucionais incontestáveis na matéria.⁹³

Donde, como mencionámos já, entre 13 e 19 de março de 2020, vivemos não só em situação de alerta titubeante e hesitante, como, mais grave, completamente ilegítima, tendo em consideração as medidas decretadas ao abrigo da mesma. Com efeito, a interdição da realização de eventos, reuniões ou ajuntamentos com mais de 100 pessoas, a proibição da realização de viagens de finalistas ou a suspensão parcial de certo tipo de atividades económicas, bem como as restrições impostas a tantas outras, configuram, na forma, restrições inadmissíveis aos direitos fundamentais acima elencados.

É que, além do mais, não só a Lei de Bases da Proteção Civil não prevê, em nenhuma circunstância, a restrição de tais direitos em estado de alerta, como muito menos permite a suspensão de qualquer direito, apenas equacionável no quadro de declaração de estado de sítio ou de emergência, nos termos já expostos.

E nem se obtempere com a Lei da Vigilância em Saúde Pública, pois nem mesmo esta se encontra apta a produzir o efeito então pretendido. É que o poder regulamentar excepcional do Governo, contido no artigo 17º daquela, inclui um leque

⁹² Que, como se viu, sempre obteve o consenso parlamentar suficiente.

⁹³ Sendo certo que, como a experiência deste ano demonstrou, era fácil alcançar o indispensável consenso político, precisamente, por estarem em causa direitos e liberdades fundamentais.

bastante limitado de possibilidades de restrição de direitos fundamentais, entre os quais não se conta, por exemplo, o de reunião ou o de circulação. É aliás por isso que, logo a seguir, no artigo 18º, se prevê expressamente que em situação de calamidade pública, atenta a gravidade da situação, o Governo deve apresentar relatório circunstanciado ao Presidente da República com vista à declaração do estado de emergência.

Resta a Lei de Bases da Saúde, a qual não tem, igualmente, a virtude de o permitir, porquanto, tirando a suspensão ou o encerramento de certas atividades económicas, nenhuma das outras restrições cai na sua previsão.

Razão por que sem lei habilitante capaz – e nenhuma das figuráveis o é, como vimos – a limitação dos direitos em causa padeceu de um grave vício de constitucionalidade. Coisa que, de resto, se perpetuou de forma agravada em todas as situações de contingência e de calamidade seguintes e, às vezes, até na situação de alerta.

Realmente, ao longo de todo este período de um ano, sempre que não estivemos em estado de exceção constitucional, estivemos, como se retira do elenco legal supra, em situação de alerta, contingência ou calamidade, transportando daquele para estas uma parte substancial das medidas, algumas travestidas, outras nem isso. Consequentemente, inadmissíveis, na forma e na matéria.

É o caso, por exemplo, do dever geral de recolhimento domiciliário. Assim determinado em tempo de exceção, de molde que, como o próprio nome indica, os cidadãos se mantivessem em casa e apenas se deslocassem nas situações elencadas na lei, foi convolado, em tempos de calamidade, em dever cívico de recolhimento, com sensivelmente o mesmo feixe de proibições de deslocação, que, embora tenham começado a ceder à medida que se foi abrindo o país, manteve o essencial, com exatamente a mesma cominação – as forças e serviços de segurança deixaram de recomendar o dever geral de recolhimento domiciliário do estado de emergência para passarem a aconselhar o dever cívico de recolhimento domiciliário da situação de calamidade.

Pura semântica, é tudo quanto se oferece dizer. A restrição é análoga – sair de casa apenas em caso de necessidade, nas situações permitidas – a compressão do direito é idêntica e a advertência é igual. O que muda? O nome e a situação jurídica. E o nome é só isso mesmo – uma convenção – mas a situação jurídica é muito mais do que isso. Passar da exceção constitucional para a normalidade constitucional é todo um passo, que é tudo menos indiferente.

Notável, a este propósito, é o esforço argumentativo do coletivo de juizes no Acórdão nº 0122/20.1BALS da 1ª secção do STA, proferido em 31/10/2020⁹⁴, que, na tentativa (quase desesperada) de fazer caber a situação de facto na lei, chega a conceitos bastante imaginativos e a conclusões verdadeiramente curiosas⁹⁵.

Versando sobre a Resolução do Conselho de Ministros nº 89-A/2020, de 26 de outubro, emitida em situação de calamidade, o Acórdão conclui pela não violação do direito fundamental à livre circulação e locomoção no território nacional, por três argumentos essenciais.

O primeiro, referente à restrição/suspensão do direito/liberdade de circulação, é configurado pelos Excelentíssimos Conselheiros de forma assaz peculiar. Reza assim a primeira parte do aresto: *“...pode questionar-se se estamos, efectivamente, ante uma medida proibitiva e restritiva daquele direito/liberdade ou antes perante uma norma imperfeita, que acolhe, em forma de recomendação agravada, o dever de permanência no concelho durante aquele período de tempo”*. Não obstante, daqui conclui o STA que, apesar de a norma se revestir, em jeito de recomendação agravada, num dever de não sair do concelho durante o período de tempo em causa, ainda assim, há uma restrição do direito que importa enquadrar no quadro jurídico-constitucional português. Mas, também aqui, a esperança da lucidez depressa se desvaneceu.

Com efeito, partindo para o segundo argumento, vem o STA advogar pela suficiência formal da regra, sustentando que a cadeia de legitimação daquela tem no seu topo lei parlamentar, o que, só por si, constitui habilitação bastante. É a Lei de Vigilância em Saúde Pública, o nº 2 do artigo 17^o⁹⁶, e a Lei de Bases da Protecção Civil que autorizam, no entender do tribunal, a emanação do preceito em crise pelo Governo, assim o validando⁹⁷.

⁹⁴ Disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/65cabfb083dc838025861b0039a6c8?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1, último acesso em dez/24.

⁹⁵ Razão por que não foi unânime, como se verá.

⁹⁶ Enuncia a norma assinalada pelo STA: *“O membro do Governo responsável pela área da saúde (...) pode emitir orientações e normas regulamentares no exercício dos poderes de autoridade, com força executiva imediata, no âmbito das situações de emergência em saúde pública com a finalidade de tornar exequíveis as normas de contingência para as epidemias ou de outras medidas consideradas indispensáveis cuja eficácia dependa da celeridade na sua implementação”*.

⁹⁷ Lê-se no mesmo: *“É verdadeiramente isso que temos aqui: (i) primeiro, uma orientação ou norma regulamentar cujo conteúdo se aproxima mais de uma “recomendação agravada” do que uma proibição; (ii) segundo, emitida no âmbito de uma situação de emergência em saúde pública, situação que é hoje um facto público e notório; e (iii) terceiro, uma norma de contingência para uma situação de epidemia. A norma do n.º 2 do artigo 17.º consubstancia uma base habilitante mínima para a medida, tendo em conta que a medida é uma proibição imprecisa ou porosa e que a norma habilitante tem a densidade possível para uma norma habilitante de medidas urgentes (indispensáveis e cuja eficácia dependa de celeridade) adoptadas em situação de emergência sanitária.”* E continua dizendo que *“...quanto aos artigos da Lei de Bases da Protecção Civil, em especial os que respeitam às consequências da declaração da situação de calamidade, verificamos que a mesma pode*

Termina o STA com o terceiro e derradeiro argumento para contrariar a tese da requerente de que a norma atacada apenas poderia ter lugar em contexto de estado de emergência, atenta a suspensão de direitos que a norma consubstancia. Sustenta o tribunal que *"...da medida em apreço não resulta nenhuma suspensão de direitos, nem do direito-liberdade de circulação. A mobilidade da A. não fica suspensa, nem mesmo no âmbito de deslocações para fora do seu concelho, o que decorre da medida é que essas deslocações não devem ser arbitrárias, ou seja, devem ter um propósito derogador do dever de permanência no concelho. E isto não consubstancia nenhuma suspensão do direito, mas sim uma limitação do mesmo (...), pelo que é esse conteúdo que importa verificar se se revela adequado, necessário e proporcional."* O que resulta evidente para o tribunal: *"... basta atentar na divulgação dos dados da DGS através do seu site institucional para verificar que os casos confirmados por concelho apresentam índices variados o que, em si, é apto a justificar que a redução da mobilidade inter-concelhos é uma medida adequada a limitar a propagação de um vírus que se transmite (facto público e notório) por contactos interpessoais."*

O que é mais impressionante – e faz ressaltar a fragilidade da decisão – é a necessidade que o próprio STA tem de se justificar sobre a sua visão jurídico-constitucional. Chamando à colação a ausência de um quadro legislativo especial em contexto de pandemia, escuda-se dizendo que isso *"... não pode inviabilizar totalmente, no contexto de um Estado de normalidade constitucional, a adopção de medidas necessárias à gestão do risco de propagação da doença, sempre e quando as mesmas encontrem a sua fonte de legitimação parlamentar mediante cadeias normativas e se atenham à proporcionalidade que lhes é exigida..."*

Embora seja compreensível a tentação de socorrer o executivo – e até louvável, porque, não duvidamos, vem carregada de boas intenções – a torção que resulta desta interpretação é, para nós, inaceitável. Não só porque subverte completamente a letra da lei, mas, sobretudo, porque abre a porta a toda a sorte de atuações atuais e futuras, as benéficas e as maléficas.

Daí que adiramos inteiramente à tese explanada sob o voto vencido neste Acórdão, que, tal qual acima fizemos evidenciar, igualmente advoga que é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre direitos, liberdades e garantias, entre os quais figura o direito de deslocação e de fixação. Admitindo a possibilidade de, como aos demais, lhes serem introduzidos limites ou restrições, eles só são possíveis, como também já acima aflorámos, no quadro dos n.ºs 2 e 3

estabelecer "a fixação, por razões de segurança dos próprios ou das operações, de limites ou condicionamentos à circulação ou permanência de pessoas"

do art. 18º da CRP, conjugado com o definido pelo seu art. 165º, nº 1, al. b). Razão por que a invocada cadeia de legitimação, com uma lei parlamentar no seu topo, não pode bastar-se com uma “*delegação aberta e irrestrita*” que, posteriormente, permita autorizar por ato regulamentar ou administrativo uma restrição “*inovadora e autónoma*”, violadora dos invocados artigos 18º e 165º da Constituição. Sendo certo que, além da falta de cobertura formal, desconsidera também o quadro normativo usado para legitimar a norma.

Não só no que concerne aos artigos 12º e 13º do DL nº 10-A/2020, já que respeitantes à disciplina dos entraves de acesso a estabelecimentos privados e a serviços e edifícios públicos e, portanto, fora desta questão, mas também a alínea g) do artigo 199.º da CRP, dado que, atenta a sua generalidade, não é título legitimador de competência a uma tal restrição.

E nem mesmo da Lei de Bases da Saúde Pública se extrai uma qualquer legitimação à restrição à liberdade de deslocação, que inexistente. Nem tão pouco da Lei de Bases da Proteção Civil, já que se limita “... *a conferir competência ao CM para a declaração da situação de calamidade, nada aportando em termos de norma conferidora de autorização de introdução de restrições a qualquer direito, liberdade e garantia.*” Como nós, lógica e conseqüentemente, tira idêntica conclusão quanto à declaração da situação de alerta ou da situação de contingência.

O mesmo se diga, por maioria de razão, e só para citar os exemplos mais relevantes, quanto ao confinamento compulsivo em caso de contacto com pessoa infetada, à obrigatoriedade do uso de máscara⁹⁸ ou ao tolhimento do direito de reunião⁹⁹, entre outros, os quais se impuseram de forma perene ao longo de todo aquele ano, independentemente do estado ou da situação, e, portanto, indiferentes ao facto de nos encontrarmos em situação de exceção constitucional ou em situação de normalidade constitucional, muitos deles vigorando sem que se mexesse numa vírgula do texto legal. E assim fazendo, constante e sucessivamente, tábua rasa da diferença, ao nível das limitações e das restrições, entre o estado de emergência e a situação de alerta, de contingência ou de calamidade.

⁹⁸ Se bem que, neste caso concreto, o legislador assumiu o controlo da situação e, como vimos, atalhou a ilegalidade formal através da Lei nº 62-A/2020, de 27/10.

⁹⁹ Configurado, sistematicamente, entre os direitos, liberdades e garantias e não apenas entre os de participação política, essencialmente por se enquadrar numa vertente crucial do desenvolvimento da personalidade – a liberdade comunicativa do ser humano – ele também se assume como o garante de outras liberdades, como a política, a religiosa, de culto, a sindical e a de associação. A sua exata determinação e concretização oferece algumas dificuldades na semântica constitucional, sendo certo que é mais ou menos líquido que, no mínimo, o direito em causa exige consciência e vontade coletiva de reunião, distinguindo-se do encontro fortuito.

Para todos os efeitos, foi tudo funcionando como se não houvesse qualquer fronteira que separasse, *de iure*, a exceção da normalidade, além do mais, sem distinção dos graus e das possibilidades de compressão dentro da normalidade.

Ora, a constrição de direitos fundamentais não se reconduz a uma mera questão de nomenclatura ou de número, e muito menos é ajustável, sem mais, à realidade dinâmica, por difícil e complicada que, de facto, seja. Bem ao contrário. Obedece a regras estritas e estreitas que, por muito incómodas ou desajustadas que possam ser à situação real, não podem ser adaptadas ao sabor das necessidades e pragmaticamente instituídas, ainda que por bons motivos. Como se disse já, além de constitucionalmente errado – e, por isso, proibido – só o precedente que cria é suficiente para a hipótese nem sequer se pôr no campo das possibilidades, quanto mais no campo prático.

Cabe deixar a pergunta, de resposta óbvia: e se a intenção não fosse boa, mas aparentasse ser, como já vimos suceder em democracias transformadas depois em autocracias sanguinárias?

No mais, quer o confinamento compulsivo em caso de contacto com pessoa infetada, quer a obrigatoriedade do uso de máscara, escapam ao estrangulamento previsto na Lei de Bases da Saúde ou na Lei da Vigilância em Saúde Pública, porquanto o que nelas está em causa é o internamento compulsivo de pessoa doente ou a separação de pessoa doente de pessoa não doente, o que, manifestamente, não é o caso da obrigação de confinamento após contacto com pessoa infetada ou a obrigatoriedade do uso de máscara em determinados locais, já que não existe, sequer, doença.

No que concerne ao direito de reunião, nem com muito esforço se conseguiria fazer caber a previsão de condicionamento à circulação ou à permanência de pessoas que o último dos arestos inclui (em situação de calamidade, é bom não esquecer) no leque de possibilidades de restrição ao direito de reunião, na medida em que só indiretamente tais condicionamentos seriam aptos a, eventualmente e no caso concreto, restringir tal direito. Acontece que a cobertura legal a qualquer limitação de direitos opera de forma direta e não colateral, isto é, só é passível de a justificar se a norma o previr, o que não é de todo o caso aqui, pois que o que a aquela antecipa poder ser limitado não é de todo o direito de reunião, mas, outrossim, o direito de deslocação.

Em sentido contrário, veja-se o Acórdão relativo ao processo n° 088/20.8BALS, da 1ª secção do STA, proferido em 10/09/2020¹⁰⁰, no qual se sustenta que, confrontando

100 Disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/6a509a0b01993cfb802585e600446990?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,covid#_Section1, último acesso em jan/25.

a Lei da Vigilância em Saúde Pública com a Lei de Bases da Saúde, “...o membro do Governo responsável pela área da saúde “pode tomar medidas de exceção indispensáveis em caso de emergência em saúde pública, incluindo a restrição, a suspensão ou o encerramento de actividades ou a separação de pessoas que não estejam doentes, meios de transporte ou mercadorias, que tenham sido expostos, de forma a evitar a eventual disseminação da infecção ou contaminação”, assim se legitimando, no seu entender, as medidas administrativas e regulamentares adotadas. A que acresce a cadeia ininterrupta de legitimação: para além do artigo 17.º da Lei de Vigilância em Saúde Pública, também a sustêm os artigos 8.º e seguintes da Lei de Bases da Proteção Civil, a Base 34 da Lei de Bases da Saúde e a Lei nº 1-A/2020, de 19 de março, servindo todas de norma habilitante num quadro legislativo parlamentar suficiente, adequado e necessário a um Estado de Direito de emergência sanitária. Mais concluindo que seria absolutamente inviável que, neste contexto, tivesse de ser o Parlamento a agir e a tomar medidas, atento o tempo que isso implicaria e que não se compadece de todo com a dinâmica de uma situação de emergência sanitária.

Convoca ainda o STA aquilo a que chamou de “internormatividade técnica”, a qual, embora admitindo estar fora da previsão constitucional, congrega quer as recomendações da OMS, quer a plêiade de medidas tomadas por todos os Estados-membros, semelhantes e simultâneas, onde se inclui a proibição de ajuntamentos, e que apenas são passíveis de enquadramento eficaz no âmbito do direito administrativo.

Mais uma vez, o poder judicial em sintonia com o poder executivo, por um pretense bem maior que, de tão original, chega a apelar a um conceito de “internormatividade técnica” infraconstitucional, para regular, imagine-se, uma questão que é, formal e materialmente, constitucional. Engenhoso é, sem dúvida. Eivado de bondade, certamente. Quanto a nós, no mínimo, imprudente.

4.2. Da situação de alerta ao estado de emergência – questão material

A questão material, entronca, naturalmente, na questão formal, mas, naquela, o problema pode ser bem mais complexo, desde logo porque se soma a esta. Começamos pelo princípio, como convém, com a primeira declaração da situação de alerta no âmbito da pandemia COVID-19.

Foram muitas as vozes autorizadas e avisadas de eminentes constitucionalistas que se apressaram a chamar a atenção para o desnorte em que estávamos a cair e que se adiantaram a pedir a declaração do estado de emergência. Com razão, sustentavam na opinião publicada que apenas o estado de emergência se adequava às necessidades de então.

Desde logo Jorge Bacelar Gouveia, que concluía num artigo de opinião a respeito¹⁰¹ que *“...Mais complexa será a limitação dos direitos constitucionais, quando estiverem em causa as nossas liberdades de circulação, de entrada e saída do território nacional, o nosso direito ao salário, o direito ao geral funcionamento dos organismos públicos, etc. 5. A solução é não reconhecer a limitação destes direitos? Não. A solução é assumir a gravidade do assunto e agir em conformidade com as regras constitucionais que existem sobre o estado de emergência, na sua versão de calamidade por epidemia, nos termos do art. 19º da Constituição. Por incrível que pareça, há vantagens na declaração formal de tais limitações: a certeza da extensão da limitação dos nossos direitos pelos poderes públicos, como a aceitação da legitimidade da sua intervenção.”*

E também Paulo Otero, para quem¹⁰² era já *“...inevitável (...), se é que não deveria ter sido já ontem ou anteontem, a declaração do estado de emergência”*, por duas razões, adiantava: *“...o estado preventivo deve-se antecipar ao combate aos riscos, aos perigos que são inevitáveis na dimensão interna, mas também na dimensão internacional...”* e *“...porque é necessário que as autoridades tenham legitimação democrática e jurídica para agir”*.

No entanto, à época, esta visão não era sufragada por todos: Jorge Miranda afirmava desconhecer todas as circunstâncias para se poder pronunciar com rigor e certeza e Bacelar de Vasconcelos garantia não ser, até ao momento, necessário – *“...Salvo situações que possam levar a alguma reconsideração das medidas necessárias, não vejo até agora que a declaração de estado de emergência faça sentido”*, tendo em conta que *“...as medidas são acatadas voluntariamente pela generalidade das pessoas”*¹⁰³.

A declaração do estado de emergência que lhe sucedeu, a 19 de março desse ano, adormeceu o país e aplacou os ânimos, mas logo caiu uma bruma densa sobre o decreto presidencial que o estabeleceu, primordialmente em torno da obrigatoriedade de confinamento de pessoas doentes e infetadas com COVID-19 e de pessoas a quem havia sido determinada a vigilância ativa, atento o facto de aquele apenas ter suspenso o direito de deslocação e não o direito à liberdade e à segurança. Assim, a discussão deu-se em torno do confronto entre as disposições constitucionais contidas no artigo 27º – não suspenso – e o artigo 44º – suspenso – temperado com o artigo 64º, que consagra o direito à saúde.

¹⁰¹ Disponível em <https://www.publico.pt/2020/03/11/sociedade/opiniao/seguranca-sanitaria-estado-emergencia-1907197>, último acesso em jan/25.

¹⁰² Disponível em <https://expresso.pt/coronavirus/2020-03-16-Covid-19.-Estado-de-emergencia-divide-constitucionalistas>, último acesso em dez/24.

¹⁰³ *Ibidem*.

As hostilidades foram abertas por Jorge Reis Novais que, em quatro notas¹⁰⁴, discorreu sobre o primeiro decreto, classificando a questão como “um grave erro de enquadramento”. Aí constatou a (surpreendente) ausência da suspensão do direito consagrado naquele artigo 27º, sustentando que era sobretudo esse que justificava a declaração do estado de emergência e que, por isso, a consagração da obrigatoriedade de confinamento violava flagrantemente a lei fundamental. Isto porque *“da conjunção do nº 2 e do nº 3 do art. 27º resulta que no nosso quadro constitucional, para além da privação da liberdade individual em consequência de sentença judicial condenatória, só são admissíveis as privações totais ou parciais da liberdade pessoal expressamente enunciadas no nº 3 deste artigo, onde se inclui apenas, no domínio sanitário ou de saúde, a possibilidade condicionada de internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico.”* Quer isto dizer que, em estado de normalidade ou em estado de exceção que não tenha suprimido aquele direito contido no artigo 27º, não é admissível o internamento de pessoa com doença contagiosa ou o confinamento de não doentes. Mais adiantando que, face ao quadro constitucional vigente, tal privação só seria excepcionalmente admissível no caso de *“...doentes em risco iminente e actual de contaminação de outras pessoas, dado, aí, o imprescritível e colidente dever estatal de protecção da saúde das outras pessoas (art. 64º)”*. E prossegue concedendo que, embora também estivesse em causa a liberdade de deslocação, não era isso que, em termos estritamente jurídicos estava, verdadeiramente, em questão – *“...Se o Estado decide internar compulsivamente, para fins terapêuticos, um doente portador de doença contagiosa, está a afectar remota ou indirectamente, é certo, o seu direito de deslocação, mas restringe ou viola directamente e em primeira linha a sua liberdade pessoal. É esta que está directamente em causa do ponto de vista da constitucionalidade, independentemente da concorrência de outros direitos. Se o Estado confina compulsivamente não doentes no espaço das suas residências ou de outros estabelecimentos, pode afectar indirectamente o seu direito de deslocação, mas restringe/viola directamente o direito fundamental garantido no art. 27º, já que priva parcialmente da sua liberdade pessoal tais cidadãos.”*

Quanto a nós, coberto de razão e, diga-se, acompanhado por outros insignes constitucionalistas, como é o caso de Vital Moreira¹⁰⁵, que partilha exatamente da

¹⁰⁴ JORGE REIS NOVAIS, Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial, Observatório Almedina, 19 de março de 2020, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/>, último acesso em fev/25.

¹⁰⁵ In Blogue Causa Nossa, da autoria de Vital Moreira, disponível em <https://causa-nossa.blogspot.com/2020/04/pandemia-14-substituir-o-estado-de.html>, último acesso em fev/25.

mesma opinião. Sem deixar de lamentar a desadequação constitucional na matéria – igualmente com razão, mas *la loi c'est la loi* – também Vital Moreira defendeu que, no quadro constitucional vigente, o artigo 27º pormenoriza detalhadamente as (únicas) medidas que podem tolher a liberdade pessoal e que, por isso, só nas situações aí catalogadas ele é possível, entre as quais não se contam as do quadro vertente. Logo, não tendo o decreto que articulou a declaração do estado de emergência previsto a suspensão desse direito, as medidas que enunciavam o internamento compulsivo eram inconstitucionais. Acrescentando que o direito à proteção da saúde garantido pelo artigo 64º do aresto constitucional não só não consagra, nem ao menos remotamente, tal possibilidade, como, a vencer tal ideia, nem sequer era necessária a declaração do estado de emergência¹⁰⁶.

E, de facto, se atentarmos na formulação constitucional dos dois preceitos, resulta evidente tal conclusão: “...ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”, excetuando-se concretamente as detenções, penas de prisão e medidas de proteção nele previstas, a par do internamento compulsivo por anomalia psíquica, confirmado por autoridade judicial – artigo 27º citado. Sendo certo que o que garante, primacialmente, o artigo 64º é que ao Estado incumbirá assegurar a proteção à saúde de todos os cidadãos e, por isso, o acesso à saúde em condições de igualdade, pela forma como depois explicita nos números 2 e 3.

Da leitura de ambos é particularmente difícil extrair outra conclusão que não a que vimos de explanar. Não só o âmbito do preceito não nos remete à sorte de questões que alguns pretenderam ver nele incluídas, como seria descabido o legislador ter previsto o internamento por anomalia psíquica no artigo 27º em causa – que, ao contrário do que se queria fazer crer não tem de todo apenas natureza penal – e não o ter enquadrado também no artigo 64º, ainda que com outra configuração, se fosse esse o espírito da lei. Não é, e não foi manifestamente intenção do legislador que o fosse.

De notar, a este respeito, a argumentação de Miguel Nogueira de Brito¹⁰⁷ para contrariar esta tese. Escudando-se na inverosimilhança da inconstitucionalidade do acervo legal subjacente e na necessidade prática de proteção do SNS, sustenta

¹⁰⁶ Em suma, não é possível ter em simultâneo “sol na eira e chuva no nabal”.

¹⁰⁷ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, Pensar no estado da exceção na sua exigência, Observatório Almedina, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/02/pensar-no-estado-da-excecao-na-sua-exigencia/>, último acesso em fev/25.

que não é crível que a Lei de Bases da Saúde, a Lei de Bases da Proteção Civil e a Lei da Vigilância em Saúde Pública sejam inconstitucionais por violação do artigo 27º da Constituição, uma vez que quaisquer delas preveem a limitação da liberdade pessoal por questões de saúde. Acrescentando que o que nelas está verdadeiramente em causa é a liberdade de deslocação contida no artigo 44º da CRP – e não a liberdade física contida no artigo 27º da mesma – e que, além disso, *“...as medidas de confinamento por razões de saúde devem também ser enquadradas à luz do disposto no artigo 64.º da Constituição...”*, até porque é necessário *“...ter presente que as medidas de confinamento em vigor são absolutamente fundamentais na perspetiva da sustentabilidade do serviço nacional de saúde.”*, pelo que *“...as mesmas não devem ser aproximadas de uma liberdade concebida essencialmente como limitada pela aplicação de penas de prisão.”*

Sucede que quer uma, quer outra alegação falece, com a agravante de (outra vez) o fundamento pragmático ser tão perigoso quanto o precedente que cria. É que não só não é rigoroso que todo esse conjunto legislativo contemple a limitação da liberdade pessoal por questões de saúde – apenas a Lei de Bases da Saúde o faz e, como base que é, não é mais do que programática (e, nos seus próprios dizeres, nos limites da Constituição e da lei) – como é até desconcertante a premissa da sua constitucionalidade por não ser crível que tantas leis sejam inconstitucionais! Como se o Tribunal Constitucional não tivesse como pano de fundo, precisamente, a averiguação da constitucionalidade... das leis. Destas e de quaisquer outras, o que, na verdade, faz todos os dias.

Sob outro ângulo, por muita compreensão que suscite o raciocínio – e suscita, efetivamente – não podemos perder de vista a letra e o espírito da lei das leis, que, se na questão pandémica parece efetivamente desajustada, não o será noutras situações em que ela seja convocada e não possa (ou não deva) ser objeto de interpretações latas e benévolas. Basta pensar, repete-se, numa convulsão política ou numa agressão interna. Para lá da questão imediata (e intensa) da legalidade, o problema mediato do já identificado precedente constitui, indubitavelmente, o lado mais preocupante da equação.

Ademais, se é indiscutível a essencialidade das medidas tomadas para a sustentabilidade do serviço nacional de saúde, que, de facto, o artigo 64º da Constituição protege, é igualmente inegável que tal proteção, se condicionante de direitos fundamentais, só pode ser tomada na medida do que permitir o quadro constitucional vigente. E o quadro constitucional vigente é claro – a liberdade pessoal só pode ser encolhida dentro dos limites estabelecidos no artigo 27º, que o artigo 64º, mesmo em situação de emergência sanitária, não substitui. A que se soma o

facto de a suspensão do artigo 44º limitar a liberdade de deslocação e de fixação e, nessa medida, a nossa liberdade de o fazer, mas não a liberdade pessoal *tout court*, ou seja, não dá qualquer cobertura à imposição de internamento ou confinamento compulsivo de pessoa doente, infetada ou em vigilância ativa.

É certo que o dever de defender e de promover a saúde contido no artigo 64º da CRP se impõe também ao cidadão, no sentido de a convivência em sociedade arrastar consigo a obrigação de não só se manter de boa saúde, como a de acatar a intervenção do Estado para o afastar do perigo de prejudicar o estado sanitário da comunidade. No entanto, não é menos certo que, num estado de direito democrático que tem por base a dignidade da pessoa humana, há limites impostos pela própria Constituição que não podem ser ultrapassados em caso algum. E é aqui – no limite do que é ou não razoável ou aceitável – que a interpretação pode divergir.

Rui Medeiros, em anotação ao artigo 64º¹⁰⁸, curiosamente invocando Jorge Reis Novais a outro propósito que não este especificamente, escreve assim “*Sem dúvida que o referido dever fundamental deve ser conjugado com outros direitos fundamentais, não se podendo obliterar, na sua concretização legislativa, os limites constitucionais às restrições de direitos, liberdades e garantias. Todavia, numa tal ponderação, não está excluído que, mesmo na ausência de autorização expressa para a imposição de restrições a direitos (...) razões ponderosas, numa situação concreta conflitual, possam justificar a adopção de medidas restritivas (...). Assim, não obstante o silêncio do artigo 27º, nº 2, da Constituição, que apenas admite o internamento em estabelecimento terapêutico adequado de portador de anomalia psíquica [alínea h)], não é necessariamente inconstitucional a imposição temporária de internamento em estabelecimento hospitalar em caso de doença gravemente contagiosa.*”

Contudo, como parece retirar-se do seu sentido literal, mesmo nesta conceção aparentemente menos rígida, a possibilidade de internamento compulsivo por doença contagiosa não pode deixar de ser considerada apenas como *ultima ratio* e, por isso, tolerável somente em caso de risco iminente, imediato e atual de contágio; não para salvaguardar um mero risco hipotético e futuro e, muito menos, para confinar não doentes¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Constituição Portuguesa Anotada, op. cit.

¹⁰⁹ Como é o caso da obrigatoriedade de isolamento profilático ou a clausura de doentes que não contactem com ninguém e, por isso, insuscetíveis de contágio.

Também José de Melo Alexandrino¹¹⁰ sufraga a visão que vimos afastando, afirmando, em resposta a Jorge Reis Novais, que quaisquer restrições decretadas por lei a direitos, liberdades e garantias são plenamente válidas. Posto o que, no que toca ao direito à liberdade, conquanto que não estejamos perante situações literais de prisão e de privação de liberdade, tais condicionamentos são perfeitamente legítimos, à luz do princípio da proporcionalidade. Na condição, já se vê, de se verificar a necessidade de salvaguardar outros bens constitucionais e no cumprimento dos deveres de proteção dos direitos à vida e à saúde, decorrentes do dever fundamental de defender e promover a saúde.

E, na verdade, não há querela quanto à primeira asserção. De facto, a restrição (proporcional) a direitos, liberdades e garantias operada por lei é não só completamente possível, como é absolutamente necessária. E nem mesmo quanto à segunda, na sua formulação genérica. Simplesmente, aqui, o foco é outro. O ponto aqui é que a obrigatoriedade de confinamento, em estabelecimento de saúde ou no domicílio, dos doentes e infetados e dos cidadãos aos quais tenha sido determinada vigilância ativa, configura uma verdadeira privação de liberdade que, se voluntária, não apresenta qualquer óbice, mas que, se imposta contra a sua vontade, não é permitida fora dos ditames constitucionais definidos pelo artigo 27º. Daí que, se em exceção constitucional, ele não foi suspenso, muito menos o foi, porque nem sequer podia, em normalidade constitucional, o que, em qualquer caso, constituiu uma ilegalidade flagrante¹¹¹, mais acentuada no último caso.

Como bem nota Reis Novais¹¹², *“Se, para além do direito ao desenvolvimento da personalidade, a Constituição tem um direito à liberdade (artigo 27.º), onde se inclui um específico direito a não ser total ou parcialmente privado de liberdade a não ser em circunstâncias expressamente elencadas (artigo 27.º, n.ºs 2 e 3), parece óbvio que, havendo um outro direito específico consagrado no artigo 44.º, o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional, eles devem ter âmbitos normativos diferentes e especiais...”*.

Resulta meridianamente evidente, pois, que o direito a não ser total ou parcialmente privado da liberdade se liga inelutavelmente ao dever de não confinar

¹¹⁰ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, devia o direito à liberdade ser suspenso? – Resposta a Jorge Reis Novais, Observatório Almedina, abril de 2020, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/07/devia-o-direito-a-liberdade-ser-suspenso-resposta-a-jorge-reis-novais/>, último acesso fev/25.

¹¹¹ Que, como decorre da catalogação do conjunto legal supra, se manteve até ao segundo momento de estados de emergência sucessivos, conforme assinalámos já.

¹¹² Direitos fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise..., op. cit.

alguém num espaço fechado e delimitado. O que, aliás, espelha o entendimento constante do Tribunal Constitucional¹¹³ e da doutrina mais autorizada na matéria.

Vejam-se, só para deixar as notas mais incisivas a respeito, as anotações à Constituição da República Portuguesa da autoria de J.J. Gomes Canotilho e de Vital Moreira ou de Jorge Miranda e de Rui Medeiros. Lê-se, no primeiro caso: *“O direito à liberdade significa (...) direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar”*, acrescentando que, por não ser um direito absoluto, admite restrições. Mas tão só as nele enumeradas – *“As restrições ao direito à liberdade, que se traduzem em medidas de privação total ou parcial dela, só podem ser as previstas nos nºs 2 e 3 (entre as quais avulta a pena de prisão), não podendo a lei criar outras – princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade...”*¹¹⁴. Já a anotação à Constituição por Jorge Miranda e Rui Medeiros (neste caso em particular, aliás, pela mão de José Lobo Moutinho) define a liberdade ínsita no artigo 27º como *“...a liberdade física, entendida como a liberdade de movimentos corpóreos, “de ir e vir”, a liberdade ambulatória ou de locomoção...”*; que, continua, só poderá ser limitada *“...nos casos e com as garantias que a Constituição admite”*. Vincando, registre-se, a interpretação constitucional de que existe privação da liberdade sempre que *“...alguém contra a sua vontade é confinado, coactivamente, através do poder público, a um local delimitado, de modo que a liberdade corporal-espacial de movimento lhe é subtraída.”*¹¹⁵.

Se dúvidas restassem – e não parece haver grande margem para o efeito – é o próprio artigo 44º a dissipá-las. Apresentado por Gomes Canotilho e por Vital Moreira como o corolário dos direitos à liberdade e ao trabalho, no que à questão da liberdade concerne, caracterizam-no como o direito de *“... não ser impedido de deslocar-se para certa região (ou dentro de certa região) ou (...) o não ser obrigado a confinar-se em certo local ou região...”*; asseverando tratar-se de garantir *“...o direito de deslocação interterritorial...”* e que, de resto, *“...só pode ser limitado, para além dos estados de exceção constitucional (v.g., quarenta em caso de epidemia), por efeito de pena ou de medida de segurança ou medida preventiva constitucionalmente admitida (...); os quais cerceiam ou, pelo menos, restringem a liberdade de deslocação, com*

¹¹³ Cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 79/94, 663/98, 471/2001, 71/2010, 181/2010 e 54/2012 e 463/2016.

¹¹⁴ J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª edição revista, Volume I, Coimbra Editora, páginas 478 e ss.

¹¹⁵ Constituição Portuguesa Anotada, cit., páginas 638 e ss.

*interdição ou obrigação de residência em determinado local ou região...*¹¹⁶. E Jorge Miranda não difere desta visão, acrescentando até que o postulado constitucional em causa tem origem histórica na repressão autoritária da emigração, razão por que se autonomizou, em 1976, das demais liberdades parcelares espalhadas pela Constituição (religião, culto, manifestação, trabalho, educação, etc). Para o autor, o direito de deslocação compreende não só isso mesmo, isto é, o direito de livre deslocação dentro do território nacional, mas também o de livre-trânsito entre as três parcelas que o constituem, e, ainda, os direitos de livre passagem e de livre permanência em qualquer local público ou de circulação em vias públicas, na certeza de que quaisquer das suas vertentes podem sofrer restrições, entre as quais se contam as impostas por necessidade de saúde pública¹¹⁷.

Portanto, se as cercas sanitárias estão completamente contidas no direito de deslocação e foram salvaguardadas em todos os decretos presidenciais que estabeleceram o estado de emergência – e parecem admissíveis em normalidade constitucional, no contexto da Lei de Bases da Proteção Civil – já o mesmo não se passa com a obrigatoriedade de confinamento.

Naturalmente, se é assim em estado de exceção quanto ao direito à liberdade, em estado de normalidade a problemática, se não piora, no mínimo, mantém-se.

Efetivamente, tal qual tivemos a oportunidade de detalhadamente descrever, a obrigatoriedade de confinamento permaneceu inalterada em qualquer das situações (de calamidade, contingência e alerta) decretadas ao longo de todo este ano, pelo que, se, como concluímos, só a suspensão do direito em causa autorizaria a determinação do confinamento, está bom de ver que, em normalidade, tal imposição foi sempre ilegal e inconstitucional, material e formalmente.

Aliás, nem a jurisprudência mais remota ou mais recente algum dia acobertou uma tal tese. Basta atentarmos no Acórdão do Tribunal da Relação da Lisboa nº 1783/20.7T8PDL.L1-3, de 11/11/2020¹¹⁸. Estava em causa recurso interposto pela Autoridade Regional de Saúde (ARS) no Tribunal da Relação de Lisboa a propósito de decisão que julgou procedente o pedido de *habeas corpus* por detenção ilegal intentado por quatro cidadãos estrangeiros que se encontravam nos Açores.

Merecem reprodução minuciosa os trechos (clarividentes) do presente Acórdão, que sustentam em toda a linha o raciocínio que vimos expendendo: "... *no que*

¹¹⁶ Op. cit., páginas 631 e ss.

¹¹⁷ Op. cit., páginas 939 e ss.

¹¹⁸ Cfr. <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/79d6ba338dcb5e28025861f003e7b30>, último acesso em fev/25.

aqui importa particularmente, (...) dispõe o artigo 27º, nº 1, da CRP, “Todos têm direito à liberdade e à segurança”, referindo José Lobo Moutinho, em anotação a tal artigo, que “A liberdade é um momento absolutamente decisivo e essencial - para não dizer, o próprio e constitutivo modo de ser – da pessoa humana (Ac. nº 607/03: “exigência ôntica”), que lhe empresta aquela dignidade em que encontra o seu fundamento granítico a ordem jurídica (e, antes de mais, jurídico-constitucional) portuguesa (artigo 1º da Constituição)...”, sendo que “... a liberdade em causa no artigo 27º, é a liberdade física, entendida como liberdade de movimento corpóreo, de ir e vir, a liberdade ambulatória ou de locomoção...”. Adiantando, em seguida, que “...o presente caso, permitimo-nos dizer aberrante, de privação de liberdade de pessoas, carece em absoluto de qualquer fundamento legal, **e não se venha novamente com o argumento de que está em causa a defesa da saúde pública porque o tribunal age sempre do mesmo modo, ou seja, em conformidade com a lei, aliás, daí a necessidade de confirmação judicial consagrada na Lei de Saúde Mental no caso de internamento compulsivo...**” (sublinhado nosso).

E mais: “... Porque, além da medicina e da ciência, também o direito - e o direito dos direitos humanos em primeiro lugar - devem estar na vanguarda: não para proibir e sancionar - como está sendo sublinhado demais nos dias de hoje – mas para garantir e proteger todos nós. Hoje a emergência é chamada de coronavírus. Nós não sabemos o amanhã. E o que fazemos ou não fazemos hoje, para manter a cumprimento dos princípios fundamentais do sistema, pode condicionar nosso futuro.”

Na senda do Acórdão do Tribunal Constitucional relativo ao processo nº 403/2020, da 1ª Secção¹¹⁹, prossegue o Acórdão que vimos dissecando que “... o confinamento obrigatório, seja através de quarentena seja através de isolamento profilático, constitui uma verdadeira privação da liberdade não prevista no art. 27.º, n.º 2, da C.R.P., e (...) todas as privações da liberdade carecem de autorização prévia da Assembleia da República...”. Ora, “...Estas normas, declaradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, são em tudo materialmente idênticas às que constam das Resoluções do Conselho de Ministros n.ºs 55-A/2020, de 31-07, 63-A/2020, de 14-08, e 70-A/2020, de 11-09, e n.º 88-A/2020, de 14-10, na medida em que prevêm privações da liberdade não previstas em diploma legal adequado e emanado da entidade competente..”, pelo que remata dizendo que “... não é possível o legislador, ainda que através da Assembleia da República ou do Governo por esta autorizado, criar privações da liberdade que não estejam previstas no n.º 3 do referido normativo constitucional, nomeadamente no que respeita a pessoas portadoras de doenças infecto-contagiosas, sejam estas privações da liberdade confinamentos, quarentenas ou isolamentos profiláticos, sem incorrerem

¹¹⁹ Disponível em <https://www.lexpoint.pt/Fileget.aspx?FileId=36864>, último acesso em fev/25.

as eventuais normas criadas para esse efeito numa inconstitucionalidade material por violação do referido normativo constitucional. ”

Acrescenta ainda, relativamente às leis habilitantes que tudo permitiram, que, no que tange à Lei da Vigilância em Saúde Pública, *“...a restrição, a suspensão ou o encerramento de actividades ou a separação de pessoas que não estejam doentes, meios de transporte ou mercadorias, que tenham sido expostos, de forma a evitar a eventual disseminação da infecção ou contaminação...”* previstas na lei não permitem *“... a possibilidade de promover o isolamento ou o internamento de pessoas portadoras de doenças infecto-contagiosas...”*¹²⁰.

E, por maioria de razão, a Lei de Bases da Saúde, que também aponta no mesmo sentido ao prever concretamente que *“... o internamento ou a prestação compulsiva de cuidados de saúde a pessoas que, de outro modo, constituam perigo para a saúde pública...”* só se pode fazer nos termos da Constituição e da Lei. Juntando, além do mais, uma interpretação interessante da Lei de Bases da Protecção Civil: se a lei define o *“...“Acidente grave” como um acontecimento inusitado com efeitos relativamente limitados no tempo e no espaço, susceptível de atingir as pessoas e outros seres vivos, os bens ou o ambiente, mas estabelecendo no art. 5.º, n.º 1, al. a), o princípio da prioridade do interesse público relativo à protecção civil relativamente aos interesses da defesa nacional, segurança interna e saúde pública, podemos concluir que as situações graves de saúde pública, como a actual pandemia, não estão incluídas no interesse público relativo à protecção civil, logo, não estão incluídas nos conceitos de “acidente grave” e “catástrofe” a que se refere o art. 3.º da Lei de Protecção Civil.”*

Encerra lapidarmente o aresto asseverando que *“... face à Constituição e à Lei, não têm as autoridades de saúde poder ou legitimidade para privarem qualquer pessoa da sua liberdade - ainda que sob o rótulo de “confinamento”, que corresponde efectivamente a uma detenção – uma vez que (...) a competência exclusiva, face à Lei que ainda nos rege, para ordenar ou validar tal privação da liberdade, é acometida em exclusivo a um poder autónomo, à Magistratura Judicial. Daí decorre que, qualquer pessoa ou entidade que profira uma ordem, cujo conteúdo se reconduza à privação da liberdade física (...) que se não enquadre nas previsões legais, designadamente no disposto no artº 27 da CRP e sem que lhe tenha sido conferido tal poder decisório, por força de Lei - proveniente da AR, no âmbito estrito da declaração de estado de emergência ou de sítio, respeitado que se mostre o princípio da proporcionalidade - que a mandate e especifique os termos e condições de tal privação, estará a proceder*

¹²⁰ Como previa a Lei n.º 2036 de 09-08-1949, que a Lei da Vigilância em Saúde Pública revogou.

a uma detenção ilegal, porque ordenada por entidade incompetente e porque motivada por facto pelo qual a lei a não permite...”

Mesmo a limitação do direito de deslocação, que podia, eventualmente, estar compreendida na Lei de Bases da Proteção Civil e, por isso, sem problemas de ordem material¹²¹, esbarra na questão formal que no ponto antecedente enunciámos, porque pura e simplesmente se escolheu sempre desconsiderar o poder legislativo.

É certo que ambos os direitos se entrecruzam e que, cerceando-se o direito de deslocação, se tolhe, necessariamente, a liberdade, essa parcela de liberdade. Mas um não se confunde com o outro. A liberdade *tout court*, em sentido literal e lato, abrange a liberdade ou o direito de deslocação, mas este jamais engloba a totalidade da outra. Dois planos distintos que é bom que assim permaneçam.

Não obstante, de um passo para evitar a querela, do outro para não dar palco ao precedente – e, talvez até, reconhecendo o erro – o Senhor Presidente da República emendou a mão no segundo pacote de estados de emergência¹²² e, a partir da quarta declaração do estado de emergência, passou a suspender também o direito à liberdade.¹²³

Resta determo-nos brevemente no direito de reunião. Se, como acima mostrámos, do prisma formal a questão não se afigura de difícil classificação, sob o ponto de vista material a temática não apresenta contornos tão nítidos, no sentido de não ser tão óbvia a ilegalidade da sua restrição fora do estado de exceção.

De facto, em situação de normalidade, cumpridos que estejam os requisitos formais e legais, não parece haver grandes dúvidas de que essa compressão é aceitável se norteadá pelo princípio da proporcionalidade, nas suas várias dimensões – a sua adequação ao fim visado, a sua necessidade para conter outros perigos, da forma menos lesiva possível, e a averiguação sobre a proporcionalidade do sacrifício exigido, tendo em vista os interesses e os bens a salvaguardar.

Em boa verdade, tendo em conta o que se conhecia do vírus SARS-COV-2 e do comportamento da doença COVID-19 ao longo desse ano, é manifesto que a regra geral do distanciamento social não foi suficiente para a conter, pelo que

¹²¹ Se se tratasse de uma limitação nos termos e para os fins previstos na indicada lei e não da proibição que acabou por ser estabelecida, bem entendido. É que o que preconiza a Lei de Bases em causa é a possibilidade de, em situação de calamidade, serem estabelecidos limites ou condicionamentos à circulação, que é bem diferente da proibição generalizada de deslocação.

¹²² Os instituídos a partir do outono de 2020, como assinalámos oportunamente.

¹²³ Sem prejuízo, a história confirmará que o problema se manteve até ao fim, já que, ante a incompreensível resistência de mudar a Constituição e de se legislar nesse sentido, em situação de normalidade constitucional, este direito permaneceu amplamente comprimido de forma ilegal.

a proibição de encontros combinados e de ajuntamentos espontâneos parece adequada, necessária e proporcional. Sem mácula no caso concreto ¹²⁴, portanto, numa cedência inevitável do direito de reunião à salvaguarda da saúde pública e, no limite, do direito à vida, respeitadas que sejam e estejam, repete-se, as exigências formais atinentes. Acontece, todavia, que, tal qual apontámos, em normalidade constitucional, nunca foram ou estiveram.

5. UM NOVO MODELO LEGAL PARA INÍCIO DE DISCUSSÃO

Como nos foi dado assistir, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, a gestão da pandemia foi feita à custa e com prejuízo de vários direitos fundamentais, o que se não trouxe um perigo imediato evidente, abriu um precedente arriscado que deve ser sublinhado e, sobretudo, corrigido para o futuro.

Desde então, muito se debateu acerca da necessidade de institucionalização de uma Lei de Emergência Sanitária, tendo o Governo tomado a iniciativa, em junho de 2021, de constituir uma Comissão Técnica para o estudo e elaboração de anteprojetos de revisão do quadro jurídico vigente em função da experiência vivida durante a pandemia da doença Covid-19¹²⁵. O resultado desse trabalho foi tornado público em maio de 2022, através do Anteprojeto de Lei de Proteção em Emergência de Saúde Pública¹²⁶, que, no entanto, ficou a jazer na gaveta de um qualquer Ministério, à espera de melhor sorte. Percebe-se porquê. *Grosso modo*, o que nele se prevê é, além de alterações minimalistas às Leis de Bases da Saúde e de Vigilância em Saúde Pública, um regime que, mantendo todo o espectro de medidas adotadas durante a pandemia COVID-19 sob a égide do Governo, erige a obrigação de a Assembleia da República intervir na prorrogação da fase crítica da emergência – na fase mais grave em que, no passado, foi decretado o estado de emergência. Discordamos profundamente, então, como agora. Aliás, já em 2021 o havíamos apontado a respeito de soluções idênticas.

Na verdade, temos fundado receio que a decisão de antecipar um regime legal que afaste a triangulação característica do estado de emergência, redunde naquilo que vimos suceder fora do estado de emergência, ao abrigo de um corpo normativo que, é certo, não se adequava, mas que não é muito diferente, na forma

¹²⁴ Sem esquecer que a autorização de celebrações como as do 1º de Maio, da peregrinação a Fátima ou a realização do congresso do PCP, foram altamente temerárias sob o ponto de vista jurídico-político e um sinal muito errado, que culminou com o desastre do Natal de 2020.

¹²⁵ Despacho n.º 6668/2021, de 1/7, publicado no Diário da República, 2.ª série-C, n.º 131, de 8/7.

¹²⁶ Disponível em Microsoft Word - Nota justificativa.docx, último acesso em fev/25.

e no modo, daquilo que, especificamente, se pode estabelecer para uma crise pandémica. E nem mesmo o consenso entre Presidente da República, Governo e Assembleia da República, que alguns outros propõem para a decretação da crise sanitária, tem a virtude de afastar este temor, porquanto ele seria apenas estabelecido para a declaração do estado de emergência sanitária, sem o acompanhamento e o escrutínio mútuo que se exige na respetiva execução.

É evidente que os tribunais não deixariam de exercer a sua função e que, por isso, as liberdades e os direitos fundamentais não deixariam nunca de repousar nessa segurança. Mas que vantagem há em, hipoteticamente, aumentarmos a litigância? Com a agravante de, entretanto, termos ferido direitos que, embora repostos, foram já inelutavelmente atingidos. E mais: que grande ameaça é essa da banalização do estado de emergência que todos agitam se, no fim de contas, todos os remédios acabam no mesmo, com um nome diferente? E pior: com menos garantias para os cidadãos, numa concessão excessiva ao poder executivo.

É que uma lei das pandemias só resultaria, como Portugal e o mundo vivenciou à saciedade, se nela estivessem previstas todo o tipo de suspensões e restrições que vimos ocorrer em estado de emergência, como, de resto, sucede naquele Anteprojeto. Porém, que benefício há em permitir-se rigorosamente a mesma coisa com muito menos salvaguardas e controlos? Não normalizar a exceção não pode ser o argumento, precisamente porque a crise não é normal e a restrição de direitos fundamentais não pode deixar de ser excecional, ainda que, por razões ponderosas, tenha de se estender. Aliás, não é por acaso que o artigo 18º da citada Lei da Vigilância determina já hoje que em situações de calamidade pública não resta outra solução senão a de solicitar a declaração do estado de emergência. Nem sempre é preciso inventar a roda...

Para além disso, o óbice do tempo da construção do acordo entre os três poderes que muitas vezes se invoca é mais imaginário do que real. De facto, durante todo o ano em análise, nunca a necessidade do assentimento dos vários poderes políticos constituiu um entrave à aprovação da legislação em causa. Recorde-se, por exemplo, a imposição transitória do uso de máscara, que demorou 11 dias desde o momento em que foi proposta até à sua publicação em Diário da República. Não escondemos que esse acordo nasceu de uma proposta de lei do Governo que era mais vasta – entrada dois dias antes do projeto de lei (do PSD) que acabou aprovado – e que não vingou, uma vez que compreendia também a obrigatoriedade do uso da famosa aplicação *Stayaway COVID*. Sucede que esse falhanço se deveu muito mais à falta de vontade do Governo de a ver aprovada, pelo fiasco da aplicação em

si, do que a uma efetiva falta de acordo entre as partes, as quais, basicamente, se desinteressaram.

E, sim. Uma configuração diferente da face parlamentar – possível a cada eleição e, nos tempos que correm, cada vez mais incerta – pode materializar-se em maiores dificuldades. Mas, francamente, quando o equilíbrio a fazer está entre direitos, liberdades e garantias e o intervalo de reação para acordo dos decisores políticos, não parece haver dúvidas em que lado deve recair a escolha. Na certeza, porém, que, por isso mesmo, a solução para o problema não pode ser radical e antes temperada.

Como a duras penas o mundo ocidental percebeu há mais de 20 anos, em ordem a mantermos o nosso modo de vida, a liberdade deixou de poder dissociar-se da segurança – da física e da jurídica – razão por que a necessidade de proteger os direitos fundamentais é ainda mais premente. E proteger os direitos fundamentais e, assim, manter a segurança jurídica, não pode passar por aligeirar o modelo, conferindo-lhe pendor infraconstitucional, apenas e só com o fito de não saturar o quadro da emergência constitucional e com o receio, até hoje infundado, de que a resposta possa ser menos eficaz.

Posto o que nos parece mais avisada uma solução mitigada que, alterando a Lei da Vigilância em Saúde Pública – para, dentro dela, ser erigido um quadro normativo que regule detalhadamente as restrições possíveis, por níveis de necessidade e adequação – mantenha, no mais elevado, o sistema de freios que a Constituição consagra.

Assim, de forma singela, sintética e esquemática, propomos, para início de discussão especializada (e necessariamente sujeita ao crivo técnico dos especialistas em saúde pública), o que segue:

1. Alterar a Constituição da República Portuguesa por forma que o artigo 19º contemple, a par do estado de sítio e do estado de emergência, o estado de crise sanitária, desenvolvido na Lei de Vigilância em Saúde Pública.
2. Alterar a Constituição da República Portuguesa de modo que o nº 3 do artigo 27º passe a consagrar a possibilidade de internamento ou confinamento compulsivo por razões imperativas de saúde pública, decretado ou confirmado por autoridade judicial.
3. Inserir na Lei da Vigilância em Saúde Pública a figura do estado de crise sanitária, que preveja diferentes níveis de restrição de direitos e, conseqüentemente, de intervenção e de atuação, temporalmente definidos, nos seguintes moldes:

Nível 1 – confinamento obrigatório de infetados e doentes; suspensão de atividades económicas e condicionamento dos respetivos horários e serviços; cercas sanitárias circunscritas a partes determinadas do território; restrições a ajuntamentos; limitação do acesso a espaços de atendimento ao público e a edifícios; faculdade de instituição de teletrabalho; controlo de fronteiras; imposição do uso de equipamentos de proteção individual e de testagem;

Nível 2 – limites e condicionamentos à circulação e/ou permanência de pessoas ou veículos na via pública, extensíveis a todo o território; mobilização civil de pessoas; encerramento de atividades económicas e de serviços. Acrescem aos do nível 1, naturalmente;

Em ambos os níveis:

- a. Avaliação periódica da adequação e da execução das medidas restritivas de direitos por parte da Assembleia da República, cujo relatório, enviado pelo Governo, deve ser aprovado por esta na primeira sessão plenária possível, com prioridade sobre os demais agendamentos;
- b. A não aprovação do relatório supra implica devolução da competência legislativa à Assembleia da República, nos termos do número 1, da alínea b), do artigo 165º da Constituição da República Portuguesa.

Nível 3 – acionar o estado de emergência, nos termos do artigo 18º, adaptando-o em conformidade com as alterações supra e retirando, nomeadamente, a referência à Lei de Bases da Proteção Civil. Outras restrições e suspensões de direitos apenas possíveis, portanto, neste cenário, entre as quais, dever geral de recolhimento, confinamento de não doentes ou não infetados, proibição de acesso a espaços públicos.

4. Dotar o Conselho Nacional de Saúde Pública de efetividade prática, quer em tempo de normalidade, quer em tempo de crise e de emergência, sendo certo que, neste último caso, devem estar previstos mecanismos de operacionalização célere, designadamente recursos humanos e técnicos previamente previstos em plano destinado a cada nível.
5. Prever a constituição de uma equipa judicial de intervenção rápida para o acompanhamento e a confirmação de confinamento obrigatório decretado por autoridade de saúde.
6. Desenhar um quadro sancionatório adequado.

As soluções mais contidas que acima avançámos permitem a institucionalização de um trapézio sem rede que, em matéria de direitos fundamentais, é perniciososa.

A ciência, a saúde e a segurança são conquistas extraordinárias da humanidade que só a preservação do Estado de Direito permite resguardar. Nunca conseguiremos antecipar onde e quando espreita o perigo. Donde, acautelá-lo é o melhor remédio.

LISTA DE BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALEXANDRINO, José de Melo, *Devia o direito à liberdade ser suspenso? – Resposta a Jorge Reis Novais*, Observatório Almedina, abril de 2020, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/07/devia-o-direito-a-liberdade-ser-suspenso-resposta-a-jorge-reis-novais/>
- ALEXY, Robert, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, Ratio Juris, Vol. 16, nº 2, 2003, disponível em <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5ª Edição, Almedina, 2016
- BRITO, Miguel Nogueira de, Modelos de Emergência no Direito Constitucional, in @pública, Revista Eletrónica de Direito Pública, Vol. 7, nº 1, abril 2020, páginas 6 a 26, escrito na transição entre a declaração do estado de emergência e a declaração da situação de calamidade de maio de 2020, disponível em <https://www.e-publica.pt/volumes/v7n1a02.html>
- BRITO, Miguel Nogueira, Pensar no estado da exceção na sua exigência, Observatório Almedina, 30 de março de 2020, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/02/pensar-no-estado-da-excecao-na-sua-exigencia/>
- CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional, 6ª edição revista, Livraria Almedina, Coimbra, 1993
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra Editora,
- DESJARDINS, Thierry, Arrêtez d'emmerder les Français! – Il y a trop de lois idiots dans ce pays, Plon, 2000
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, Estado de Emergência – Covid-19 – Implicações na Justiça, 2ª edição, Centro de Estudos Judiciários, Coleção Caderno Especial, Abril de 2020, páginas 25 e ss, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19.pdf
- KOUBI, Geneviève, Code et codification: du civil à l'incivil, Droit et cultures, nº 48, 2004, disponível em <http://droitcultures.revues.org/1748>
- LOPES, Pedro Moniz, Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência, @pública, Revista Eletrónica de Direito Público, Volume 7, Nº 1, abril 2020, disponível em <https://www.e-publica.pt/volumes/v7n1a06.html>
- MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, tomo IV, 4ª edição, Coimbra Editora, 2000
- MIRANDA, Jorge, Direitos Fundamentais, 3ª Edição, Almedina, 2020
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora

- NOVAIS, Jorge Reis, Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial, Observatório Almedina, 19 de março de 2020, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/>
- NOVAIS, Jorge Reis, “Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID-19”, @pública, Revista Eletrónica de Direito Público, Volume 7, Nº 1, abril 2020, disponível em <https://www.e-publica.pt/volumes/v7n1a05.html>

OUTROS SÍTIOS CONSULTADOS NA INTERNET:

- Assembleia da República - <https://www.parlamento.pt/>
- Constituição da República Portuguesa – <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>
- Diário da República Eletrónico – <https://dre.pt/legislacao-covid-19-upo>
- Lei de Bases da Proteção Civil – http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1735&tabela=leis&so_miolo=
- Lei de Bases da Saúde – http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1668&tabela=leis&so_miolo
- Lei da Vigilância em Saúde Pública – https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1981&tabela=leis&ficha=1&pagina=1
- Regime do estado de sítio e do estado de emergência – http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1712&tabela=leis

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

- Acórdão nº 0122/20.1BALSb da 1ª secção do STA, proferido em 31/10/2020
- Acórdão nº 088/20.8BALSb, da 1ª secção do STA, proferido em 10/09/2020
- Acórdão do Tribunal da Relação da Lisboa nº 1783/20.7T8PDL.L1-3, de 11/11/2020
- Acórdão do Tribunal Constitucional Nº 424/20, 1ª Secção, de 31/07/2020

4

OBSERVATÓRIO DA LEGISLAÇÃO





OBSERVATÓRIO DA LEGISLAÇÃO

Nesta secção, tentaremos acompanhar e analisar, de entre a imparável produção do nosso legislador, os diplomas que se nos afigurem mais relevantes para o estudo e a prática do Direito.

Para já, damos nota dos diplomas que procederam a alterações importantes do Código Civil: Decreto-Lei nº 48/2024, de 25 de Julho (direito de retenção), Decreto-Lei nº 10/2024, de 8 de Janeiro (propriedade horizontal) e Lei nº 39/2025, de 1 de Abril (casamento de menores) – alterações legislativas que serão comentadas nas próximas edições da Revista.

5

PROCOLOS







MAIÉTICA



INSTITUTO
POLITÉCNICO
DA MAIA IPMAIA



PROTOS DE COOPERAÇÃO

ENTRE O IPMAIA – INSTITUTO POLITÉCNICO DA MAIA; A MAIÉTICA, COOPERATIVA DE ENSINO SUPERIOR, C.R.L.; E A ASSOCIAÇÃO JURÍDICA DA MAIA

Entre o **IPMAIA – INSTITUTO POLITÉCNICO DA MAIA** e a sua entidade instituidora, **MAIÉTICA – COOPERATIVA DE ENSINO SUPERIOR, C.R.L.**, com sede na Avenida Carlos Oliveira Campos, 4475-690 Maia, pessoa coletiva n.º 502 514 531, neste ato representados pelo Presidente do IPMAIA, Prof. Doutor Célio Alberto Alves de Sousa, e pelo Presidente do Conselho de Administração da Maiética, Prof. Doutor Domingos Oliveira Silva,

e a **ASSOCIAÇÃO JURÍDICA DA MAIA**, com sede na Rua António Oliveira Braga, 111, 3º, fração L, 4470-141 Maia, pessoa coletiva n.º 505 143 011, representada pelo seu Presidente da Direção, Juiz Conselheiro Dr. João Fernando Ferreira Pinto, adiante designada abreviadamente por **AJM**,

é celebrado e reciprocamente aceite pelas partes o presente Protocolo, orientado à promoção da cooperação técnica, científica e cultural entre as duas instituições, que se subordina às cláusulas enunciadas a seguir.

Cláusula 1.ª

(Objeto)

O presente Protocolo tem por objeto geral promover a aproximação entre o Ensino Superior e a Comunidade Jurídica, instituindo uma relação de cooperação entre as entidades signatárias visando a dinamização da investigação, ensino e divulgação do saber e da cultura e prática jurídicas, designadamente através de iniciativas de informação e de formação, atividades conducentes à aproximação dos estudantes e recém-diplomados ao mercado de trabalho, entre outras iniciativas

de natureza pedagógica, científica e cultural consideradas de interesse para todos os signatários.

Cláusula 2.^a

(Formas de cooperação)

1. Inseridas no espírito da cláusula anterior e sem prejuízo da identificação de novas oportunidades que permitam o alargamento do âmbito do presente Protocolo, a avaliar casuisticamente, acordam os signatários no desenvolvimento de iniciativas de cooperação, como sejam:
 - a. Promoção e realização conjunta de seminários, colóquios, *workshops* e outras atividades similares;
 - b. Identificação, promoção e realização conjunta de ações de formação, de especialização, de qualificação, ou aulas abertas ("master classes");
 - c. Cedência de espaços;
 - d. Realização de visitas de estudo.
2. As atividades a desenvolver e as áreas de intervenção serão acordadas atendendo às disponibilidades e *expertise* de cada signatário.
3. Os signatários comprometem-se a divulgar as iniciativas de interesse comum de cada uma das partes.

Cláusula 3.^a

(Ações de cooperação específica)

As partes estabelecem que cada ação a desenvolver será definida e detalhada, no que respeita aos objetivos, eventuais encargos, mecanismos e prazos, através de documentos complementares, podendo em alguns casos ser suportadas por protocolos de âmbito específico.

Cláusula 4.^a

(Gestão do Protocolo)

A gestão do Protocolo será assegurada por um membro do Conselho de Gestão do IPMAIA, ou por um representante designado para esse efeito, e por um representante da AJM, que terão como missão serem os interlocutores privilegiados para as relações entre as instituições.

Cláusula 5.^a

(Vigência)

1. O presente Protocolo inicia a sua vigência na data da sua assinatura e vigorará por tempo indeterminado, podendo ser denunciado por qualquer um dos

signatários com uma antecedência mínima de trinta dias relativamente à data em que pretende a produção dos efeitos da denúncia.

2. A denúncia do presente Protocolo não prejudica a realização das ações já em curso à data da comunicação da denúncia.

Cláusula 6.ª

(Disposições Finais)

1. O presente Protocolo não faz gerar para as partes signatárias qualquer vínculo de natureza legal ou financeira.
2. Quaisquer implicações financeiras ou laborais que resultem da execução do presente protocolo terão de ser previamente validadas pela entidade instituidora do IPMAIA para que possam surtir efeito.
3. As partes outorgantes declaram que, caso venham a tratar dados pessoais individuais no âmbito da execução do presente protocolo, cumprirão todas as suas obrigações decorrentes da legislação de proteção de dados pessoais, fazendo uso das medidas técnicas e organizativas adequadas para o efeito.
4. Eventuais omissões, dúvidas ou dificuldades de interpretação que possam surgir na aplicação do presente Protocolo de Cooperação serão oportunamente analisadas e resolvidas, de forma consensual, pelas partes envolvidas.
5. O presente Protocolo exprime fielmente a vontade dos signatários pelo que vai por eles ser assinado de forma esclarecida e de boa-fé.
6. O presente Protocolo é feito em triplicado, ficando cada um dos exemplares em posse de cada um dos signatários.

Maia, 6 de novembro de 2024

**O Presidente do C. A. da MAIÊUTICA –
COOPERATIVA DE ENSINO SUPERIOR, C.R.L.**

**O Presidente da Direção da
ASSOCIAÇÃO JURÍDICA DA MAIA**

(Prof. Doutor Domingos Oliveira Silva)

(Juiz Conselheiro Dr. João Fernando
Ferreira Pinto)

**O Presidente do IPMAIA – INSTITUTO
POLITÉCNICO DA MAIA**

(Prof. Doutor Célio Alberto Alves de Sousa)



PROTOCOLO DE ÂMBITO ESPECÍFICO

ENTRE O IPMAIA – INSTITUTO POLITÉCNICO DA MAIA; A MAIÊUTICA, COOPERATIVA DE ENSINO SUPERIOR, C.R.L.; E A ASSOCIAÇÃO JURÍDICA DA MAIA (AJM)

Nos termos da cláusula 3ª do Protocolo de Cooperação que nesta data celebraram, acordam as partes signatárias no seguinte:

Cláusula 1.ª

O IPMAIA participará na edição e gestão da Revista MAIAJURÍDICA, propriedade da AJM, assegurando a sua edição e publicação, desde que o total das duas edições, por ano, não exceda os 3.000€ de despesas, com o objetivo de a transformar numa revista científica indexada, a prazo, em bases de dados relevantes.

Cláusula 2ª

Passando a revista a ser editada e impressa pelo serviço de publicações da Maiêutica, deixará de ser atribuído o subsídio por número publicado atualmente em vigor.

Cláusula 3ª

Será criada uma Série Nova da Revista, que incluirá a menção da parceria com o IPMAIA e a divulgação das suas atividades.

Cláusula 4ª

A estrutura orgânica da Revista é composta pela Direção e pelo Conselho Redatorial. A Direção integrará um Diretor, indicado pela AJM, e um Subdiretor a designar pelo IPMAIA. O Conselho Redatorial será constituído por seis membros, sendo três a indicar pela AJM e três pelo IPMAIA.

Cláusula 5ª

O Editorial da MAIAJURÍDICA manter-se-á, para já, o mesmo, devendo apenas ser, agora, adaptado à futura participação do IPMAIA na sua edição e gestão, mas podendo ser, posteriormente, alterado por acordo das partes.

Cláusula 6ª

A Revista adotará o sistema de blind peer review, sendo a revisão de cada artigo a publicar feita por dois revisores, para o que se constituirá um painel de revisores internos e um painel de revisores externos às partes signatárias.

Cláusula 7ª

A vigência deste protocolo corresponderá à do Protocolo de Cooperação de que depende.

Maia, 6 de novembro de 2024

**O Presidente do C. A. da MAIÉUTICA –
COOPERATIVA DE ENSINO SUPERIOR, C.R.L.**

**O Presidente da Direção da
ASSOCIAÇÃO JURÍDICA DA MAIA**

(Prof. Doutor Domingos Oliveira Silva)

(Juiz Conselheiro Dr. João Fernando
Ferreira Pinto)

**O Presidente do IPMAIA – INSTITUTO
POLITÉCNICO DA MAIA**

(Prof. Doutor Célio Alberto Alves de Sousa)

6

NOTÍCIAS





PARCERIA COM A ASSOCIAÇÃO JURÍDICA DA MAIA



No dia 21.02.2025 foram assinados os protocolos de colaboração entre a Associação Jurídica da Maia, o IPMAIA e a Maiêutica, com a presença dos respetivos presidentes: Juiz Conselheiro Dr. João Ferreira Pinto, Professor Doutor Célvio Alves de Sousa e Professor Doutor Domingos Oliveira Silva.

LICENCIATURA EM SOLICITADORIA - AULAS ABERTAS

Aula Aberta

16

Perguntas sobre Arbitragem

Sofia Vale
Docente de Direito e Árbitro
Luanda, Angola

14 novembro 2024
12H00 - 13H00

Sala C01



Como vem sendo habitual, a Licenciatura em Solicitadoria organizou no corrente ano letivo várias aulas abertas com personalidades destacadas da cultura e prática jurídicas em Portugal e no Brasil: Mário Frota (27.09.24), Fabrizio Bon Vecchio (1.10.24), Sofia Vale (14.11.24), Paulo Ferreira da Cunha (12.12.24).

LICENCIATURA EM SOLICITADORIA - AULAS ABERTAS



Os cursos da área jurídica do IPMAIR (Ctesp Serviços Jurídicos e Licenciatura em Solicitadoria) organizam anualmente, no âmbito da Open Week da instituição e em parceria com a Associação Jurídica da Maia e a Delegação da Maia da Ordem dos Advogados, uma conferência sobre temas atuais e relevantes para a comunidade, de que se destacam as mais recentes: “O Direito perante os desafios da Inteligência Artificial - Direito, Tecnologia e Inteligência Artificial (IA). O caso particular do fenómeno ChatGPT” com intervenções do Prof. Doutor Pedro Dias Venâncio (Universidade do Minho) e da Dra. Katy Rnes Fernandes (29.03.23), “Mais Habitação e as suas consequências no arrendamento urbano habitacional” pelos Drs. Edgar Martins Valente e André Azevedo Antunes (20.03.24), “Contrato de Trabalho / Contrato de Prestação de Serviços” pelo Dr. Rui Assis (2.04.25).



N2I – INVESTIGAÇÃO EM DIREITO

Está em constituição, no âmbito do N2i (Centro de Investigação do IPMAIA), um grupo de interesse na área do Direito, cujo objetivo principal é fomentar e facilitar a investigação jurídica pelos nossos docentes e discentes.

FORMAÇÃO APLICADA EM CADASTRO PREDIAL

Realizou-se, entre 25.10.2024 e 10.01.2025, em colaboração com o CFLV – Centro de Formação ao Longo da Vida (Universo Maiêutica), a 1ª edição da Formação Aplicada em Cadastro Predial dirigida a profissionais do sector, em especial solicitadores e técnicos de cadastro. Dado o êxito da iniciativa, que contou com cerca de 50 formandos e obteve muito boa avaliação, iremos realizar uma segunda edição, aproximadamente na mesma janela temporal, conforme será oportunamente divulgado.

GRUPO DE ANTIGOS ALUNOS DE SOLICITADORIA

Realizar-se-á em breve a primeira reunião (via Teams) do Grupo de Antigos Alunos de Solicitoria.



NOTAS PARA OS AUTORES¹

¹ Para os artigos dirigidos à secção de Doutrina.



NOTAS PARA OS AUTORES¹

Os autores deverão enviar os seus artigos por via eletrónica para um endereço de email a designar. Apenas serão aceites artigos inéditos em Portugal.

Todos os artigos científicos serão objeto de avaliação (*peer review*) por dois especialistas anónimos, em regra um interno e um externo, titulares de um grau académico pelo menos equivalente ao do avaliado, convidados para o efeito tendo como critério a proximidade temática entre o tópico abordado no artigo e a área de investigação académica do avaliador. Estes revisores terão em conta na sua avaliação (i) a atualidade, originalidade e o interesse do tema tratado, (ii) a clareza e a correção da exposição, (iii) a análise da jurisprudência e da legislação relevantes (iv) e o cumprimento das normas de estilo da revista. Sempre que os relatórios de avaliação se pronunciem pela reformulação dos artigos, os autores serão convidados a reformular de acordo com as diretrizes indicadas. A decisão final sobre a publicação de um artigo terá em conta os relatórios de avaliação e caberá ao Conselho Redatorial. A Revista reserva-se o direito de recusar ou atrasar a publicação de artigos em função, designadamente, de constrangimentos editoriais.

Não são cobrados quaisquer encargos aos autores pela submissão, processamento e publicação dos seus artigos.

Os artigos poderão ser escritos em português, castelhano ou inglês e deverão obedecer aos seguintes requisitos:

- identificação do autor e das instituições onde exerce a sua actividade: nome da instituição, departamento e categoria profissional/cargo ocupado, endereço postal, e-mail do autor e CiênciaVitae/Orcid
- extensão máxima (indicativa) de 10.000 palavras
- título em português e inglês

¹ Para os artigos dirigidos à secção de Doutrina.

- resumo/abstract em português e inglês de 150-200 palavras
- 6 palavras-chave/keywords em português e inglês
- sumário contendo as divisões, sub-divisões e alíneas compreendidas no artigo
- texto em formato word, letra Aptos (Corpo) 12, espaços 1,5
- notas de rodapé em formato word, numeração contínua, letra Aptos (Corpo) 10, espaços simples
- divisão do texto em números (1., 2., 3., etc.), dos números em sub-números (1.1., 1.2., 1.3., etc.) e dos sub-números em alíneas (a), b), c), etc.)
- citação de bibliografia de acordo com a Norma Portuguesa NP 405, seguindo-se a regra “Nome Apelido”, em nota de rodapé, e “Apelido, Nome”, na lista bibliográfica final
- lista final da bibliografia citada
- lista final da jurisprudência citada

Quando escritos em português, observarão o Acordo Ortográfico em vigor (1990), salvo se expressamente, em nota de rodapé, assumirem posição diferente.

Os autores deverão autorizar a publicação dos seus artigos e mantêm os seus direitos de autor sem restrições.

A utilização dos textos publicados poderá ser feita nos termos da licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0).

REVISTA MAIA JURÍDICA / 2ª SÉRIE/ 1(1) 2025

Estrutura Organizativa

Direção: João António Gonçalves Fernandes Rato

João António Bahia de Almeida Garrett

Conselho Redatorial

Maria José Guimarães Eleutério Silva

António José Meves Nogueira da Costa

Pedro Jorge Gomes Araújo Barros

Flávio Miguel Gonçalves Vicente

Raimundo Manuel Silva Queirós

Ricardo Jorge Rodrigues Pereira

Periodicidade

Semestral

Protocolos

AJM/IPMAIA/MAIÊUTICA

Propriedade

Associação Jurídica da Maia

Co-edição

IPMAIA – Politécnico da Maia

Com o apoio

Câmara Municipal da Maia

Maiêutica – Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Design/Produção

Graphic Production

Tiragem

50 exemplares

ISSN

124132

É PROIBIDA A DUPLICAÇÃO OU REPRODUÇÃO DESTE VOLUME, NO TODO OU EM PARTE, SOB QUAISQUER FORMAS OU POR QUAISQUER MEIOS (ELETRÓNICO, MECÂNICO, GRAVAÇÃO, FOTOCÓPIA, ENTRE OUTROS), SEM PERMISSÃO EXPRESSA DOS EDITORES E DOS AUTORES.
RESERVADOS TODOS OS DIREITOS DE PUBLICAÇÃO AOS AUTORES E EDITORES

© TEXTOS E IMAGENS DA RESPONSABILIDADE DOS AUTORES



A Revista MAIAJURÍDICA, como órgão estatutário da Associação Jurídica da Maia, tem como finalidade essencial promover a consecução dos objetivos propostos por esta associação, designadamente constituindo um espaço aberto à discussão científica ou prática de temas jurídicos e afins, à análise crítica da legislação e jurisprudência nacional e dos países de expressão portuguesa, assim como a divulgação de acontecimentos e medidas de carácter institucional e orgânico, quer de natureza funcional, quer profissional.