

O DIREITO

Ano 158.º (2026), III

Diretor

JORGE MIRANDA

O DIREITO

Ano 158.º (2026), III

Diretor: JORGE MIRANDA

Fundadores

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

Antigos Diretores

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocêncio Galvão Telles

Diretor

Jorge Miranda

Diretores-Adjuntos

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorrão

Maria João Galvão Teles

Consulta e Estatuto Editorial

<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/o-direito/243/248/1/12>

Publicação: trimestral

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Propriedade: Instituto de Direito Privado – IDP e Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa

NIPC 513319425/506512495

Sede e Redação: Faculdade de Direito de Lisboa – Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Editora: Edições Almedina, SA

Avenida Emídio Navarro, 81, 3D

Telef.: 239 851 904 – Fax: 239 851 901

3000-151 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

DOCTRINA

ANA ISABEL JERÓNIMO

A prova da má-fé na impugnação pauliana 479

JOANA SOUSA MARTINS

Da impugnabilidade dos pareceres emitidos pelas entidades externas no âmbito dos procedimentos urbanísticos 507

GRAÇA SAÚDE

Ação Popular – Legitimidade ativa 539

MARIANA CUNHA MARQUES

O Equilíbrio entre a Proteção do Consumidor e a Justiça Contratual: Uma Análise do Acórdão Mercedes-Benz Bank (Processo C-143/23) 569

MATHEUS OLIVEIRA KLIPPERT

Constitucionalismo Liberal Luso-Brasileiro: aspetos do controlo de constitucionalidade d'aquém e d'além-mar 583

PAULO CARDINAL

Direito Internacional dos Direitos Humanos – Subsídios para a identificação das suas especificidades e autonomização vis-à-vis o Direito Internacional geral. 621

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

MIGUEL OSÓRIO DE CASTRO

Entre a aparência e a realidade negocial – A simulação absoluta e os limites probatórios da sua arguição entre simuladores (Anotação à Sentença do Juízo Local Cível de Marco de Canaveses do Tribunal Judicial da Comarca do Porto Este, de 04 de outubro de 2019, Processo n.º 390/19.1T8MCN). 665

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de publicação 701

DOCTRINA

A prova da má-fé na impugnação pauliana

Proof of bad faith in a paulian action

ANA ISABEL JERÓNIMO*

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *Os primeiros passos em direção à definição de má-fé:* 2.1. *A má-fé entendida como consciência do prejuízo ou conhecimento da insolvência do devedor?*; 2.2. *O dolo e a negligência no conceito de má-fé.* 3. *A prova da má-fé:* 3.1. *As presunções judiciais;* 3.2. *As presunções legais de má-fé no Direito comparado.* 4. *Taxonomia indicária da má-fé.* 5. *Presunção legal ou presunção judicial?: O contraste entre a Alemanha e Portugal.* 6. *Apreciação crítica.* 7. *Conclusão. Bibliografia. Jurisprudência portuguesa. Jurisprudência alemã.*

RESUMO: A demonstração da má-fé na impugnação pauliana prevista no artigo 612.º do CC, tem-se revelado um óbice para o credor, dada a dificuldade em comprová-la. As presunções judiciais surgem como instrumento primacial dos tribunais, permitindo uma apreciação flexível deste requisito subjetivo.

Contudo, questiona-se: serão suficientes? Não seria útil uma presunção legal como a tipificada na AnfG alemã?

Este pequeno ensaio visa, assim, apreciar e opinar criticamente a jurisprudência atual nesta temática.

PALAVRAS-CHAVE: impugnação pauliana, má-fé, presunção, insolvência, prejuízo

ABSTRACT: Proving bad faith in a paulian action under Article 612 of the Civil Code has proven to be an obstacle for creditors, given the difficulty in establishing

* Assistente Convidada de Teoria Geral de Direito Civil II, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestranda na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, Licenciada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<https://orcid.org/0009-0009-4116-4929>

it. Judicial presumptions emerge as a primary tool of the courts, allowing for a flexible assessment of this subjective requirement.

However, the question arises: are they sufficient? Would a statutory presumption such as that established in the German AnfG not be useful?

This short essay aims to critically assess and comment on current case law on this subject.

KEYWORDS: paulian action, bad faith, presumption, insolvency, loss

1. Introdução

A dificuldade probatória do requisito da má-fé, no âmbito da impugnação pauliana, prevista nos artigos 610.º e ss do CC, afigura-se como um dos principais nó-górdios deste meio conservatório da garantia patrimonial dos credores.

Numa tensão estrutural entre a autonomia das partes (encarada sob o desígnio da liberdade negocial) e a salvaguarda dos direitos de crédito dos credores, surge um terceiro figurino digno de consideração, o terceiro, bem como os direitos que lhe assistem neste panorama negocial.

A exigência da demonstração da consciência do prejuízo do ato, daquele e do devedor, constitui um elemento incisivo na tipologia desta figura, que transcende o plano objetivo das transações patrimoniais, ancorando-se, ao invés, na comprovação de um estado subjetivo, volitivo e psicológico, de encrespada demonstração direta.

O ordenamento jurídico português, ao condicionar a procedência da ação pauliana à verificação da má-fé destes dois sujeitos, nos atos onerosos, conforme o artigo 612.º, n.º 1 do CC, adotou uma postura que procurasse evitar uma excessiva ingerência na liberdade contratual e na segurança jurídica das relações negociais, impedindo que este meio conservatório da garantia patrimonial dos credores se convertesse num instrumento arbitrário de reversão de negócios legítimos.

Face aos óbices sentidos na demonstração deste critério subjetivo, alusivo a um evento da vida interior do homem, a jurisprudência portuguesa desenvolveu critérios de natureza indiciária para aferir a sua existência, recorrendo sobretudo a presunções judiciais ou inferências de carácter probabilístico, que permitissem ajuizar este critério.

Face à espinhosa demonstração probatória da má-fé, far-se-á um sucinto périplo pelo Direito Comparado, confrontando e contrapondo as diversas propostas ensaiadas para aferir da verificação deste requisito volitivo, contrastando

os diversos traços distintivos entre cada ordenamento jurídico no que concerne à fisionomia do instituto da impugnação pauliana.

Por outro lado, e face às considerações introdutórias tecidas, procuraremos fazer uma análise detalhada do entendimento jurisprudencial, doutrinário e comparatístico da má-fé na ação de impugnação pauliana, com o intuito de compreender como os Tribunais têm analisado este critério e o têm julgado como verificado para efeitos de procedência das ações intentadas.

Por fim, far-se-á a devida apreciação crítica e comparatística entre o ordenamento jurídico português e alemão com vista a responder-mos ao nosso objeto de estudo, que se cinge à seguinte premissa: em termos práticos, existe realmente uma diferença substantiva entre as presunções legais, tipificadas na lei, e as presunções judiciais, no que toca à demonstração da má-fé enquanto requisito de procedência das ações de impugnação pauliana?

2. Os primeiros passos em direção à definição de má-fé

2.1. A má-fé entendida como consciência do prejuízo ou conhecimento da insolvência do devedor?

Antes de se proceder à concreta significação do conceito de má-fé, cumpre fazer um pequeno enquadramento histórico para correta delimitação deste conceito, com contornos que, por vezes, se afiguram de compreensão intangível ou pouco rigorosa.

A exigência da má-fé do devedor e do terceiro adquirente, como requisito da impugnação pauliana, nos atos onerosos (cfr. 612.º, n.º 1 do CC) parece funcionar, nas palavras de João Cura Mariano, como um “*resquício da visão da impugnação pauliana como meio de repressão das ações daquele*”¹. Tal aferição deriva, sobretudo, de se visionar o fundamento da impugnação pauliana na proteção da garantia geral dos credores. Esta pedra de toque influenciou decisivamente na compreensão do conceito de má-fé, cuja origem, no Código Civil português, não fora pacífica quanto à sua concreta significação.

O Código de Seabra identificava a má-fé, com o simples conhecimento do estado de insolvência do devedor, entendida esta como um estado em que “*a soma dos bens e créditos do devedor, estimados no justo valor, não iguala a soma das suas dívidas* (1306.º, n.º 1). Aparentava assim, num primeiro olhar, que o legislador quisera afastar expressamente a intenção do devedor de prejudicar o credor.

¹ JOÃO CURA MARIANO, *Impugnação Pauliana*, 4.ª ed, 2023, pp. 173 – 174.

Bastaria que o devedor tivesse consciência da sua situação económica, que perigava a satisfação do crédito do credor, e que o terceiro adquirente dela soubesse, para que o ato lesivo fosse considerado como praticado de má-fé, e por tal motivo, devendo ser sancionado, por que censurável.

No entanto, verificou-se uma cisão na doutrina e na jurisprudência, quanto à concreta significação do conceito, sendo que a maioria dos autores assumia uma posição mais exigente face ao que resultava da letra da lei.² Perfilhava-se o entendimento de que o legislador contemplava nesta norma não só o conhecimento, por parte dos outorgantes, da situação de insolvência do devedor, como também a consciência do prejuízo que o ato causaria ao credor, perigando com a sua atuação, a satisfação do crédito deste³.

Neste contexto de ausência de consenso para a verificação do preenchimento de má-fé na impugnação pauliana, a doutrina alvitrou dois caminhos possíveis: ou se entendia que subjacente à má-fé do devedor e do terceiro estaria uma situação de fraude (no sentido de uma clara intenção do devedor em prejudicar o credor, e consciência desse prejuízo⁴) ou, ao invés, asseverava-se uma posição que se bastaria com o mero conhecimento, por parte do devedor e do terceiro, do estado de insolvência daquele, não estando a má-fé dependente de qualquer conotação psicológica, atinente à intenção.

Esta hesitação entre as noções de “consciência do prejuízo” ou “conhecimento do estado de insolvência”, ficou ainda mais patente nos trabalhos preparatórios do atual Código Civil, onde Vaz Serra se debruçou sobre a presente controvérsia.

Tal posicionamento assumido pelo autor, deveu-se ao entendimento de que, se a primeira fórmula fosse exigida, raros seriam os casos de procedência da ação, uma vez que se revelaria bastante difícil, e até mesmo bastante oneroso, para o credor, a prova deste requisito. No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28.02.2019, ficara clara esta constatação, ao afirmar-se que “o *acto pode ser praticado sem aquela intenção e existir, todavia, consciência do prejuízo*”⁵.

Qual das duas posições deveria então prevalecer? Nas palavras do autor, “*Aceita a primeira, pode haver o perigo de o devedor ou o terceiro, sabendo que o devedor*

² Vide GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português: Das Obrigações*. Vol. I. Coimbra: F. França Amado, 1911, p. 170 e ss; JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Direito Civil: Obrigações*. Lisboa: FDUL, 1939, p. 333.

³ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Fundamentos da ação pauliana*, R.L.J., Ano 91, p. 353.

⁴ Posição perfilhada por GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito Civil Português*, Vol. II, p. 170 e seguintes e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II, nota 165

⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28-02-2019, Proc. 18897/11.7T2SNT.L1-6, Relator: Manuel Rodrigues, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/169016c6c037d769802583b500570ceb?OpenDocument>.

está ou se torna insolvente, julgarem seriamente que não prejudicam os credores porque a fortuna daquele vai melhorar, e enganarem-se nas suas previsões. Ficam, assim, os credores sujeitos aos pensamentos, mais ou menos falíveis, do devedor ou do terceiro, que, tendo embora motivos sérios para supor que os credores não virão a ser prejudicados, podem ver a fortuna do devedor piorar ou manter-se precária. Em tal hipótese, os credores não poderiam utilizar-se da acção pauliana.

Mas, inversamente, a simples exigência do conhecimento do estado de insolvência também tem o inconveniente de levar o devedor e o terceiro a não praticarem actos, que poderiam vir a ter como efeito uma melhoria da situação económica do devedor e, portanto, um benefício para os seus credores. Se o devedor e o terceiro sabem que, pelo facto de conhecerem a insolvência daquele, o acto pode ser impugnado, poderão ser naturalmente levados a não o realizar, com receio de que, correndo mal as coisas, apesar dos bons motivos que têm para admitir que corram bem, os credores viram atacá-lo com a acção pauliana. Por tudo isto, é difícil decidir qual destas fórmulas é preferível.⁶

Assim, e face aos argumentos aduzidos, Vaz Serra afastara liminarmente a exigência da demonstração de um *animus nocendi* (intenção de prejudicar), deixando à doutrina e à jurisprudência a decisão sobre se seria necessária a consciência do prejuízo ou bastaria a demonstração do conhecimento da insolvência.

Face à redacção atual do artigo 612.º, n.º 2 do CC, poder-se-á afirmar que esta se traduziu na reflexão de Vaz Serra ao estabelecer que “*entende-se por má-fé a consciência do prejuízo que o ato causa ao credor*”. Tal significa que este requisito se encontra satisfeito perante a consciência, por parte do devedor, de que o ato praticado por si provocará a impossibilidade, para o credor, de satisfação integral do seu crédito ou um agravamento dessa impossibilidade.

Tendo os outorgantes representado atempadamente as consequências danosas do seu ato, teriam a possibilidade de o omitir, não o praticando. Ora, se tais sujeitos insistem na sua atuação e prática, apesar desse conhecimento prejudicial para o credor, essa sua atitude é eticamente censurável, e por tal motivo, considerada de má-fé.

Segundo Almeida Costa, estar-se-ia defronte de um conceito de má-fé em sentido subjetivo ou psicológico, traduzido na convicção do agente que não tem um comportamento conforme ao Direito⁷.

Apesar da representação intelectual da situação patrimonial do devedor, subjacente à redacção do artigo 612.º, n.º s 1 e 2, afigura-se-nos pertinente a seguinte questão com que se defrontaram os Tribunais e a doutrina: basta às partes a realização de um juízo de possibilidade acerca das consequências

⁶ Responsabilidade Patrimonial, B.M.J., n.º 75, pp. 213 – 214.

⁷ ALMEIDA COSTA, em Anotação ao Acórdão do STJ de 23 de janeiro de 1992, Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3846, ano 127, p. 275.

prejudiciais do seu ato, no que concerne à satisfação do direito de crédito do credor? Ou será necessário um juízo de certeza sobre a verificação futura destas consequências?

Nesta temática, a doutrina⁸ e a jurisprudência⁹ têm-se pronunciado num sentido praticamente consonante – não seria necessário um tal juízo de certeza absoluta, mas somente a consciência das consequências danosas, que as prevejam como possíveis, tendo-as presente no seu espírito aquando da sua atuação.

Feita esta primeira aproximação à definição de má-fé, pressupondo ela um juízo de censura ético-normativo, cumpre agora refletir, de forma exegética, sobre a integração do conceito nas figuras do dolo e da negligência, tendo como linha orientadora que tais preceitos convocam o desconhecimento e o conhecimento culposos¹⁰.

⁸ ALMEIDA COSTA, em Anotação ao Acórdão do STJ de 23 de janeiro de 1992, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3846, ano 127, p. 277.

⁹ Na Jurisprudência, vários são os acórdãos que evidenciam que basta a possibilidade de produção do resultado, mencionados no artigo de BÁRBARA GADING, “Considerações sobre a consciência do prejuízo na impugnação pauliana, à luz do direito português”, ano 4 (2018), n.º 6, nota 20, pp.716 – 717.

➤ S.T.J. Acórdão JSTJ00034781, Rel. Silva paixão, julgado em 03.05.2000, disponível em www.dgsi.pt. “I- O essencial para se considerar preenchido o requisito da má-fé, a que se reporta o artigo 612, do CCIV, é que o devedor e o terceiro tenham a consciência do prejuízo que a operação causa ao credor, sendo bastante a mera representação da possibilidade da produção do resultado danoso em consequência da conduta do agente”.

➤ S.T.J. Acórdão SJ200205090009342. Rel. Ferreira Girão, julgado em 18.10.2001, disponível em www.dgsi.pt. “I – Para integrar o conceito de má-fé, para efeito do art. 612 do C.C., basta a mera representação, o conhecimento negligente da possibilidade da produção do resultado (o prejuízo causado à garantia patrimonial do credor). II – Não é necessário que, ao realizarem o acto, o devedor e o terceiro tenham procedido com a intenção de prejudicar o credor”.

➤ S.T.J. Acórdão JSTJ00042881, Rel. Farias Antunes, julgado em 05.02.2002, disponível em www.dgsi.pt. O acto oneroso só está sujeito à impugnação pauliana se o devedor e o terceiro tiverem agido de má-fé, entendendo-se por má-fé a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor – não se exige a intenção de o prejudicar nem o conhecimento da insolvência do devedor.

➤ S.T.J. Acórdão 1744/05.6TBAMT.P1S1, Rel. Nuno Cameira, julgado em 16.04.2013.

➤ S.T.J., processo 6629/04, 6 a. Secção, Relatado por Pinto de Almeida, de 25.11.2014: “I- Como requisito da impugnação pauliana, a má-fé não exige uma actuação dolosa, com a intenção de causar dano ao credor, mas tão só a consciência de que o acto vai provocar a impossibilidade para o credor de obter a satisfação integral do seu crédito ou um agravamento dessa impossibilidade”.

¹⁰ Acórdão do STJ de 23.02.1992, no B.M.J, n.º143, p. 542, relatado por RICARDO DA VELHA

2.2. O dolo e a negligência no conceito de má-fé

O conceito de má-fé, consagrado como a consciência do prejuízo, abrange indiscutivelmente todas as modalidades de dolo (dolo direto, necessário e eventual), uma vez que este se traduz não só num conhecimento prévio por parte do devedor e do terceiro adquirente do prejuízo causado, como também numa vontade diretamente intencionada de o causar, introduzindo, assim, um elemento volitivo à definição.

Contudo, digna da nossa atenção mais cuidada são os casos de negligência, uma vez que nestas situações, em que os autores do ato, envolvidos num estado de dúvida, apenas admitem como possível a lesão dos interesses dos credores, não se conformando com a concretização dessa possibilidade, e acreditando de forma leviana, que as consequências previstas não se irão verificar, já não se encontra presente o elemento volitivo, subjacente às atuações dolosas, mencionadas anteriormente¹¹.

Tal como sucede nas situações de dolo eventual, também aqui está presente o elemento intelectual, visto que as partes têm ainda consciência que com o seu ato potenciarão a ocorrência de consequências danosas que atingirão os credores, no que à satisfação dos seus direitos de crédito diz respeito. Estando presente este elemento, considera-se que o ato fora praticado sob o designio da má-fé, uma vez que o devedor e o terceiro adquirente tiveram a oportunidade de desistir, aquando da representação do prejuízo, e censuravelmente não o fizeram, continuando com a sua atuação¹².

Note-se que, nestes casos de negligência consciente, existe a violação de um dever de cuidado, sendo este conceito encontrado no critério do *homem médio* e nos padrões de conduta que devem servir de parâmetro para aferir estes deveres ínsitos às partes.

Contudo, como decidir quando não se verifica qualquer violação de um dever de cuidado que coloca sob censura o ato praticado? Quando, escapando aos quadros da culpa, os autores do ato representam como possível o prejuízo patrimonial, que lesará a garantia dos credores, mas confiam que o mesmo não ocorrerá, sendo que, pelas circunstâncias em que tal ocorreu, não se possa considerar que o erro deste seu juízo possa ser considerado como eticamente censurável?

Segundo João Cura Mariano, “*embora a lei fale apenas em consciência do prejuízo, ao conceito de má-fé não pode faltar um juízo de censura ético, pelo que, nestas*

¹¹ JOÃO CURA MARIANO, *Impugnação Pauliana*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, p. 178; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra Almedina, 1997, p. 496.

¹² MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol II, pp. 308 – 309.

*situações, a simples previsão da possibilidade do prejuízo ocorrer não qualifica o comportamento como malévolo, uma vez que não recai sobre eles um dever de evitar o ato*¹³”.

Pode ainda dar-se os casos de negligência inconsciente, em que, embora faltando o conhecimento, por parte dos sujeitos, da possibilidade de lesarem a garantia patrimonial dos credores, por manifesta falta de cuidado, mesmo assim o seu comportamento seria censurável.

No seu Anteprojeto, Vaz Serra defendia a integração destes casos no conceito de má-fé, equiparando os efeitos da censurabilidade aos comportamentos daqueles que haviam sido praticados dolosamente (isto é, com consciência do prejuízo que iam causar)¹⁴.

A 2.^a revisão ministerial adotou a opção de eliminar tal previsão do texto proposto, o que levou alguns autores, como Menezes Cordeiro, a afirmar que a supressão do termo *negligência* se deveria sobretudo a razões formais, e não a uma qualquer intenção material do legislador¹⁵. Contudo, levanta-se a dúvida sobre se estes casos, em que não existe a consciência do prejuízo, estariam também no âmbito de aplicação e alcance da impugnação pauliana.

Segundo João Cura Mariano, face à redação do artigo 612.º do CC, não é possível considerar que os casos de negligência inconsciente se integrem no conceito de má-fé adotado, face à não adoção, neste Código, da proposta de Vaz Serra, que contemplava expressamente os casos de desconhecimento culposos dos efeitos prejudiciais do ato como abrangidos pelo conceito de má-fé¹⁶.

Tal conclusão deriva sobretudo de, no nosso ordenamento jurídico, não existir qualquer equiparação entre a ignorância culposa e o conhecimento, pelo que não seria possível falar da existência de um dever acessório que impusesse às partes, antes da outorga de qualquer ato que tenha por objeto bens do património do devedor, a indagação da situação patrimonial deste, de modo a prevenir

¹³ JOÃO CURA MARIANO, *Impugnação Pauliana*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2023, p. 180.

¹⁴ Artigo 169.º, 2 (BMJ, n.º 99, p. 34).

¹⁵ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1997, p. 495 “Ela explica-se, porém, por puras razões formais, e não pela intenção material, do legislador. A menção à negligência tinha de ser reportada ao não-conhecimento; “inconsciência negligente” é, num prisma linguístico, insatisfatório. Para Vaz Serra, o problema não se punha, já que não referia, no seu articulado, a “consciência do prejuízo”. Na primeira revisão ministerial encontrou-se uma solução duvidosa: depois de dizer que a má-fé exige a “consciência do prejuízo”, equipara-se-lhe a ignorância, por negligência, desse prejuízo: ora, “consciência” e “ignorância” não engrenam, colocando-se em planos diferentes. A segunda revisão ministerial, querendo manter a menção, de algum modo tradicional, à consciência do prejuízo, teve, em nome de necessidades linguísticas, quiçá inconscientes, mas detetáveis, de suprimir o recurso à negligência”.

¹⁶ JOÃO CURA MARIANO, *Impugnação Pauliana*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2023, p. 180.

que de tais comportamentos não resultaria qualquer ofensa ou lesão à garantia patrimonial dos credores.

3. A prova da má-fé

3.1. As presunções judiciais

A consciência do prejuízo causado ao direito do credor, como facto atinente à psique do sujeito, à falta de presunção legal, só é suscetível de prova direta através da confissão (artigo 352.º do CC), ou contradecaração escrita (que prove um acordo simulatório, por exemplo¹⁷).

A prova indiciária ou indireta, através do uso das presunções judiciais, assume, na comprovação deste elemento psicológico, um papel preponderante¹⁸, tendo em conta as especificidades probatórias que os factos internos do indivíduo levantam¹⁹.

Note-se que o CC dedica três artigos para delimitação do conceito de presunção judicial — os artigos 349.º a 351.º, sendo que esta envolve sobretudo dois raciocínios lógico-indutivos. O primeiro, parte, numa primeira fase, de uma posição concreta — geralmente sustentada por uma constatação de natureza empírica ou estatística — para se alcançar uma conclusão de carácter geral, cuja validade é meramente provável²⁰.

Já no segundo, toma-se um facto que se considera como provado, denominado de “facto conhecido” do julgador, na aceção do artigo 349.º do CC, e mediante a aplicação das máximas da experiência, infere-se um outro facto, o facto “desconhecido”, até então “facto probando”, que uma vez presumido, pode servir de base a uma nova inferência dedutiva²¹.

Assim, poder-se-á aferir, em jeito de conclusão que *“a presunção decorre diretamente de um exercício silogístico (ainda que de tipo indutivo), cuja premissa maior é a máxima de experiência de conhecimento generalizado (empregue expressamente pelo juiz ao abrigo da sua liberdade de apreciação da prova ou subjacente à consagração legal*

¹⁷ JAIME GUILHERME RAMOS PESTANA, “Prova indiciária da má-fé na impugnação pauliana”, Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização Forense, 2023, p. 27.

¹⁸ LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Prova por presunção no direito civil*, pp. 250 – 253; PEDRO ROMANO MARTINEZ E PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantia de cumprimento*, pp. 25 – 27.

¹⁹ RAÚL GUICHARD, *Da relevância jurídica do conhecimento no direito civil*, pp. 35 – 39.

²⁰ LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Prova por presunção no direito civil*, pp. 461 – 463.

²¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ E PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantia de cumprimento*, pp. 25 – 27.

de uma presunção *iuris tantum* ou *iuris et de iure*) e cuja premissa menor é um facto já provado por outro meio²²”.

A conclusão daquelas permite-nos chegar à veracidade processual de um outro facto.

Importa atentar, contudo, que, embora o relevo da prova por presunção na demonstração da má-fé do devedor e do terceiro adquirente, nos atos onerosos, o legislador entendeu, no que concerne à impugnação pauliana, não interferir no labor jurisprudencial, não criando ou estabelecendo, por tal motivo, presunções legais de forma taxativa, contrariamente ao que se observa noutros ordenamentos jurídicos europeus.

Assim, antes de se elencar e enunciar os tipos de situações fáticas indicadoras do requisito subjetivo da pauliana, façamos uma breve análise do Direito comparado, contrapondo o preceituado no artigo 612.º do CC com as normas dos restantes ordenamentos jurídicos.

3.2. As presunções legais de má-fé no Direito comparado

Na Alemanha, a figura da impugnação pauliana não chegou a ser contemplada no BGB, por já se encontrar prevista e regulamentada num diploma legal avulso — a *Anfechtungsgesetz* (*AnfG*) ou *Lei sobre a impugnação de atos jurídicos do devedor fora do processo de insolvência*. Esta legislação avulsa, que entrara em vigor no dia 1 de janeiro de 1999, estabelece o regime jurídico que permite aos credores impugnar os atos praticados pelo devedor, que tenham como efeito (ou intenção) prejudicar a satisfação dos seus direitos de crédito.

Segundo a *AnfG* alemã, a má-fé do terceiro adquirente, enquanto conhecimento da intenção de prejudicar os credores, por parte do devedor, presume-se de forma absoluta do conhecimento desse prejuízo (§ 3,1), e nos negócios onerosos celebrados entre pessoas com uma relação de proximidade, presume-se a má-fé dos seus intervenientes, a qual só pode ser ilidida pela prova de que o terceiro adquirente não teve conhecimento da intenção de prejudicar do devedor (§3,2)²³.

Já o ordenamento jurídico espanhol, incluiu a figura da impugnação pauliana entre os meios conservatórios da garantia patrimonial dos credores, pers-

²² JAIME GUILHERME RAMOS PESTANA, “Prova Indiciária da Má-fé na impugnação pauliana”, Tese de Mestrado, 2023, p. 28.

²³ Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (*Anfechtungsgesetz – AnfG*), disponível em <https://www.buzer.de/gesetz/4743/index.htm>.

petivando-a, contudo, como uma hipótese de rescisão dos contratos, quando estes tenham sido celebrados fraudulentamente para com os credores, e estes não possam servir-se de outro meio para cobrar aquilo que lhes é devido²⁴. O artigo 1297, do CC espanhol, presume a existência de má em todos os atos gratuitos e dos atos onerosos praticados após a pronúncia da sentença condenatória na satisfação do crédito, ou decisão de arresto e penhora de bens²⁵.

A procedência da ação pauliana neste ordenamento jurídico foi durante muito tempo um meio de reação pouco utilizado pelos credores, devido, sobretudo, às dificuldades probatórias e ao rigor exigido pelos Tribunais na prova e demonstração do intuito fraudulento na prática dos atos impugnados.

Esta exigência tem sido, contudo, nos últimos anos, minorada, em virtude de um novo olhar sobre esta figura, o que levou a que se procurasse fazer uma interpretação reconfigurativa do preceito, despertando um novo interesse por este mecanismo.

Também o Código Civil de Macau adotou o sistema de presunções legais para demonstração da má-fé, copiando fielmente o Código Civil português, em matéria de impugnação pauliana²⁶. Nos seus artigos 605.º a 614.º, estabeleceu no seu artigo 608.º uma presunção legal de má-fé para “*o contrato de compra e venda entre os cônjuges que envolva a diminuição da garantia patrimonial do crédito de terceiro e que tenha sido celebrado posteriormente à constituição do crédito*”.

Já o Código Civil Brasileiro, consagra nos artigos 159 a 163, presunções de má-fé para a impugnação individual: a do terceiro adquirente nos atos onerosos, quando é notória ou cognoscível a situação de insolvência do devedor e a da constituição de garantias pelo credor insolvente, respetivamente²⁷.

4. Taxonomia indiciária da má-fé

Concluída esta breve incursão comparatística sobre os critérios legais atinentes à demonstração e prova da má-fé no domínio da impugnação pauliana,

²⁴ ANA SOFIA GONÇALVES VALE, “A impugnação pauliana — Garantia ou Incerteza? Os requisitos e a zona cinzenta entre a gratuitidade a onerosidade”, tese de Mestrado, 2021, p. 22.

²⁵ JOÃO CURA MARIANO, *Impugnação Pauliana*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, nota 480, p. 187.

²⁶ JOÃO CURA MARIANO, *Impugnação Pauliana*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, nota 480, pp. 188 – 189.

²⁷ Art. 159 – Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Art. 161 – A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.

justifica-se que se se centre agora o nosso enfoque analítico no ordenamento jurídico português.

Alguns autores, e na sua senda, alguma jurisprudência, têm-se dedicado à sistematização e elenco de tipologias fáticas suscetíveis de indiciar a verificação dos requisitos subjetivos, tanto da impugnação pauliana como da simulação negocial²⁸. Estas situações paradigmáticas representam concretizações empíricas de máximas da experiência comum, nos termos do artigo 349.º do CC, cujas construções assentam em padrões comportamentais reiteradamente observados, ou reconhecidos pelo julgador, como reveladores de um determinado estado de consciência ou intenção, designadamente no que diz respeito à consciência do prejuízo causado ao credor.

Algumas das constelações indiciantes da má-fé, consolidadas na doutrina e na jurisprudência, são apontadas pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 03.05.2018²⁹, que descreve como indícios comuns:

1. *Affectio* – este indício assenta sobretudo nas relações de proximidade, confiança ou dependência inerentes aos vínculos familiares, de amizade, de trabalho ou vizinhança entre os intervenientes. Tais relações importam uma comunidade de interesses, visto que, no contexto de tal círculo, o conhecimento é motivado e divulgado, existindo uma fluidez e ressonância comunicativa entre todos os participantes, que poderá ser indiciador do conhecimento da situação patrimonial precária da contraparte e do prejuízo que o ato acarreta para a satisfação do direito do credor. Por outro lado, nestas situações poderá existir ainda uma vontade encoberda do adquirente servir apenas de interposto na circulação do bem até eventual regresso deste ao património original do devedor (*interpositio*)³⁰.

Relativamente a este indício, Luís Filipe Pires de Sousa, menciona o seguinte:

“O indício *affectio* representa um estado de ânimo que se caracteriza por afeição ou influência sobre outra pessoa. Atinge o seu grau mais elevado em relações interpessoais constituídas por uma constelação de duas ou três pessoas, v.g. casamento, relação paterno-filial, mas pode abarcar pequenos grupos primários caracterizados por uma estreita convivência ou uma íntima colaboração no trabalho, v.g., a família, sociedade com poucos sócios ou local de trabalho³¹”.

²⁸ LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Prova por presunção no direito civil*, 4.ª ed, Coimbra, Almedina, pp. 250 – 253.

²⁹ Tribunal da Relação de Guimarães de 03.05.2018, proc. 573/14.0TBCTB.G1, Relator : Maria João Matos, disponível em www.dgsi.pt.

³⁰ LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Prova por presunção no direito civil*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina p. 255

³¹ LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Prova por presunção no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 206

Ilustrativo da recorrência a este critério, como aferidor da má-fé entre o devedor e o terceiro adquirente, é nos revelado, por exemplo, pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18.02.2014. Neste estava em causa uma ação de impugnação pauliana, intentada pela sociedade M, Lda, na qualidade de credora, contra os devedores F, e a sua mulher, A, e ainda contra um terceiro J, destinatário da alienação impugnada. A pretensão formulada nos termos do artigo 610.º e ss do CC, assentava num negócio translativo da propriedade, celebrado entre os 1.ºs. Réus e o 2.º Réu, alegadamente realizado com o propósito de subtrair ao alcance do credor o único bem penhorável dos devedores — a sua residência habitual.

A autora sustentava que o negócio em causa constituiria um ato de disposição patrimonial gravemente lesivo dos seus interesses, e que a venda fora simulada, ou pelo menos, realizada com a consciência, por parte dos alienantes e do terceiro adquirente, de que o negócio frustraria a legítima satisfação do seu crédito. Do ponto de vista fático, o Tribunal deparou-se com uma transmissão de um bem imóvel entre familiares próximos, realizada no contexto de uma execução já pendente, sem que existissem outros bens no património dos devedores suscetíveis de penhora.

A decisão final assentou, assim, numa avaliação probatória indiciária, em que a prova direta da má-fé foi dispensada em favor de uma construção argumentativa assente em indícios presuntivo — o grau de proximidade entre as partes, o momento da alienação, e o carácter absolutamente residual do património restante dos devedores.

Veja-se a fundamentação elucidativa deste Tribunal “*Assim sucede relativamente à integração dos pressupostos da impugnação pauliana (artigo 610.º e segs. do CC) quando já na pendência de uma execução, o executado celebra com um irmão um contrato de compra e venda da sua casa, provando-se que posteriormente a esse negócio continua a viver nessa mesma casa, inexistindo qualquer documentação da transferência do preço desta venda do comprador para o vendedor ou do pagamento por este, subseqüentemente à venda, de uma renda;*” para concluir que “*Nesta situação, o requisito da má-fé previsto no artigo 612.º, n.º 1 do CC, expresso na consciência do prejuízo que o acto causa ao credor, como situação também referenciada ao (irmão) comprador, é igualmente dedutível, mesmo sem uma prova direta, como presunção judicial, da factuabilidade indicada em III, no sentido em que uma relação familiar próxima, como a de dois irmãos, reflecte usualmente e com forte probabilidade uma situação de acordo e de adesão entre os intervenientes num negócio aos verdadeiros motivos determinantes da celebração desse negócio*”³².

³² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18.02.2014, Proc. 693/09.3TBVNO.C1, Relator: Teles Pereira, disponível em www.dgsi.pt.

Também no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12.04.2018, se recorreu ao indício da *affectio*, estando em causa uma partilha de bens imóveis entre herdeiros: “Apurando-se que determinada troca/partilha de bens imóveis entre herdeiros é efetuada de forma a que a um interessado (o não devedor) são atribuídos o grosso dos bens, e, já ao outro interessado (por sinal, o devedor), são alegadamente conferidas no essencial e de significativo tornas, sempre facilmente dissipáveis, porque de dinheiro se trata, e não se devendo ignorar também que o indício *affectio* [que conduz à conclusão que o intuito do acto outorgado entre irmãos/herdeiros poderá ter sido praticado de forma a subtrair os bens à acção de credores] mostra-se amiúde presente quando tem o devedor por desiderato subtrair determinado património à acção dos seus credores, tudo apontando para que em sede de julgamento do requisito da má-fé (cfr. artigo 612.º, n.º 1) se dê como provado³³”.

Já no Acórdão da Relação de Guimarães de 17.10.2019, onde o Tribunal segue de perto os vários indícios reveladores da má-fé do devedor e do terceiro adquirente ensaiados pela doutrina, e seguidos pela jurisprudência, menciona-se, igualmente, que “não podemos deixar de ter em consideração a relação próxima (indício *affectio*) existente entre os 1.ºs réus e a 2.ª ré, com quem, para além do mais, habitavam há mais de 10 anos, conforme foi atestado pela generalidade das testemunhas arroladas pelos próprios réus³⁴”.

2. *Omnia bona* – nestas situações, o devedor aliena, numa única ocasião ou num curto período de tempo a totalidade do seu património, ou a parte mais significativa dele para os respetivos credores³⁵.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 17.10.2019, mencionado *supra*, o Tribunal, menciona, em relação a este critério que “A alienação de todo o património ou da parte mais significativa do mesmo constitui um dos indícios típicos do síndrome simulatório, podendo também constituir a base para uma presunção de fraude ou de liberalidade encoberta. Pode também este ato indiciar a intenção de não pagar ou restituir³⁶”.

³³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-04-2018, Proc. 1069/16.1T8CSC.L1-6, Relator: António Santos, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/717BB475BCA67AB7802582A5003BA86A>

³⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17-10- 2019, Relator: Paulo Reis, Proc 4436/16.7T8VCT.G1, disponível em <https://jurisprudencia.pt/acordao/191696/pdf/>

³⁵ LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Prova por presunção no direito civil*, 4.ª ed, Coimbra, Almedina, p. 250-253.

³⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17-10- 2019, Relator: Paulo Reis, Proc 4436/16.7T8VCT.G1, nota 11, disponível em <https://jurisprudencia.pt/acordao/191696/pdf/>

3. *Disparities, pretium vilis e pretium magnum*: Situações de manifesto desequilíbrio ou ausência de carácter sinalagmático no negócio oneroso, reveladoras de uma patente irracionalidade económica, poderão evidenciar estar-se perante um propósito subliminar, entre os quais a celebração de um negócio simulado. A fixação de um preço manifestamente inferior ao valor do mercado do bem (*pretium vilis*), ou a fixação de um preço muito elevado face a este valor (*pretium magnum*) poderão constituir indícios de estar-se perante este intuito simulatório, ou a sonegação do património do devedor, mesmo não havendo esta simulação.

No que toca ao indício *pretium vilis*, Luís Filipe Pires de Sousa menciona que “*Nos negócios simulados é comum a fixação de um pretium vilis para aparentar a celebração efectiva do negócio e, do mesmo passo, reduzir os encargos com o negócio (impostos, registo) bem como para impedir o accionamento de outros indícios (...)*», *precisando ainda ser tal indício também compatível com uma situação de animus fraudendi não simulatório, v.g., alienação do património para subtraí-lo à execução dos credores*”³⁷.

Também no Acórdão da Relação de Guimarães de 17.10.2019, entendeu o Tribunal *a quo*, que “*a menoridade da contrapartida económica em causa (indício pretium vilis), já que foi atribuído ao quinhão hereditário da ré A. C. um valor muito inferior ao real (mesmo se tomarmos apenas em consideração o valor do bem imóvel que faz parte da herança)*”³⁸.

Ademais, o Acórdão também da Relação de Guimarães, de 18.04.2024, revelara que a prova da simulação não representaria, por norma, uma tarefa fácil, pois dificilmente existiria prova direta da mesma. Nessa medida, necessitar-se-ia do recurso a presunções judiciais alicerçadas em conjunto de indícios como o *pretium vilis*, que estaria presente no processo em causa: “*Ora, resulta inquestionável que os RR. no seu articulado de contestação, invocaram o indício pretium vilis, ao alegarem que o prédio preferido na acção tem um valor muito superior ao que consta da escritura, atendendo à sua área de quase um hectare e meio e ainda por lá existir uma casa, sua boa localização e, também, pela sua produção vinícola de cerca de 10 pipas, sendo aproximadamente, 5 de benefício, pelo que o seu valor real na ordem dos 115.000,00€ corresponde ao preço efectivamente pago*”³⁹.

³⁷ LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Prova por presunção no direito civil*, 4.ª ed, Coimbra, Almedina, pp. 252 – 253.

³⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17-10- 2019, Relator: Paulo Reis, Proc 4436/16.7T8VCT.G1, nota 13, disponível em <https://jurisprudencia.pt/acordao/191696/pdf/>.

³⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18-04-2024, Proc. 525/22.7T8PRG-A.G1, Relatora: Elisabete Coelho de Moura Alves, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/479b573fd10490eb80258b09004c7c0d?OpenDocument>.

De forma semelhante, a alienação de um bem imprescindível para a subsistência, ou até mesmo nível de vida e bem-estar daquele que dispõe (*necessitas*) poderá revelar esta irracionalidade ou ausência de motivação de uma vontade encoberta para o mesmo.

4. *Pretium confessus* – Situações em que inexistente prova do efetivo pagamento do preço ou de qualquer outra contrapartida, face ao recebimento declarado no documento de transmissão.

5. *Subfortuna* – Situações em que o terceiro adquirente não dispõe de rendimentos próprios, face ao seu património diminuto, que lhe permitam o pagamento do preço. Tal poderá indiciar que os contraentes tinham em vista outro propósito com a celebração de um negócio declarado que seria incapaz de ser honrado.

6. *Retentio possessionis* – Nestas situações, o devedor aliena o bem a um terceiro, mas retém o uso e a fruição do mesmo, não exercendo este último qualquer conduta possessória sobre a coisa adquirida. Nesta conduta estaria indiciado um intuito simulatório entre as partes, visto que presumir-se-ia que a titularidade e a posse do adquirente seriam pretendidas apenas para mera sonegação temporária do bem aos credores daquele, que regressaria ao património do alienante quando este já não pudesse ser atacado por estes, continuando o contraente, entretanto, a exercer poderes de facto sobre o objeto do contrato, do mesmo modo que exercia antes.

Este indício foi avaliado, para efeitos de prova indireta, através de presunção judicial, no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23.03.2020.

Neste processo, ficara provado que estaria em causa um acordo simulatório entre os Réus da presente ação, visto que, tendo em conta a sucessão no tempo de diversos atos jurídicos praticados em função do prédio dos Réus, surgira como evidência que a causa da alegada celebração do contrato de arrendamento só poderia ser encontrada nas execuções fiscais (e nos atos de penhora neles concretizados), tendo os Réus se conluiado no sentido de por essa via tentar prejudicar os interesses da credora, enquanto compradora do prédio em sede de venda efetivada na ação executiva.

Nesse sentido, apontaria decisivamente a coincidência das datas entre as penhoras efetivadas, e a data da alegada celebração do contrato de arrendamento, “*mas também a ausência de qualquer outra explicação credível para a celebração do discutido contrato de arrendamento (quando os 2.ºs RR. (pais) sempre foram reconhecidos como proprietários do prédio que inclusivamente edificaram)*”⁴⁰.

⁴⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23-03-2020, Proc 2620/17.5T8VFR.P1, Relator: Pedro Damião e Cunha, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/d3490cc4b888d6d38025859f004a3244?OpenDocument>.

São de realçar neste Acórdão, para efeitos de demonstração do indício *retentio possessionis*, as seguintes palavras: “*De facto, ficou provado que o referido imóvel sempre foi habitado pelos 2.ºs Réus tendo o mesmo sido sucessivamente adquirido por uma filha sua, no âmbito de execução fiscal em que eram executados (através do exercício do direito de remição) e, depois, pelo o outro filho (1.º Réu) que o adquiriu àquela sua irmã(...). O que decorre da prova produzida é que os RR. só concretizaram tal negócio jurídico no sentido de salvaguardar o prédio na sua posse, nunca tendo querido tomar tal prédio de arrendamento, ou nunca tendo o 1.º Réu querido dar de arrendamento a seus pais tal prédio (pois que o mesmo, como todos os familiares reconhecem, lhes pertence)*”⁴¹.

Não haveria dúvidas, assim, que o negócios entre os Réus da presente ação, apenas foram celebrados com o intuito de “*(tentar) evitar os efeitos das penhoras e da subsequente venda em execução fiscal e com o objectivo de permitir que os 2.ºs RR continuassem a residir no seu prédio (atribuindo-lhe um direito de arrendamento susceptível de ser oposto ao comprador na venda executiva)*”⁴².

Pelo que, em suma, o simulador adquirente da coisa transmitida não exercitava sobre a coisa qualquer conduta possessória, isto é, qualquer atividade reconduzível ao *jus utendi, fruendi, disponendi e vindicandi*: “*Assim, apesar da transmissão formal de bens, o vendedor continua na posse do imóvel ou aí a residir, ou seja, o contrato não é executado*”.

Neste Acórdão, para efeitos de demonstração da existência da simulação entre os vários intervenientes, o Tribunal recorreu igualmente ao indício *affectio*, gerado pelas relações familiares e de amizade firmadas entre o simulador e o seu co-autor, que vinculariam este àquele, por um motivo de tal índole: “*Ora, não será difícil considerar também verificado este indício, pois que os RR. são todos familiares entre si (o 1.º Réu é filho dos 2.ºs RR. e no primeiro negócio jurídico interveio a irmã F...)*”⁴³.

Face à análise jurisprudencial, concernente à prova da má-fé do devedor e do terceiro adquirente, no que respeita aos atos onerosos, para efeitos do artigo 612.º, n.ºs 1 e 2 do CC conclui-se que, o recurso às presunções judiciais e à prova indireta ancoram-se num conjunto de indícios consolidados na doutrina que se cumulam entre si, interconectando-se, corroborando a verificação do elemento subjetivo, numa única ação, não vivendo por isso isolados.

⁴¹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23-03-2020, Proc 2620/17.5T8VFR.P1, Relator: Pedro Damião e Cunha, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/d3490cc4b888d6d38025859f004a3244?OpenDocument>.

⁴² Acórdão citado *supra*.

⁴³ Acórdão citado *supra*.

5. Presunção legal ou presunção judicial?: O contraste entre a Alemanha e Portugal

Como já tivemos oportunidade de observar, a AnfG alemã é uma lei especial cujo principal intuito se traduz na garantia da proteção dos credores. O seu âmbito de aplicação é amplo, podendo abranger, em princípio, qualquer ato de devedor, que produza efeitos jurídicos com consequências nefastas para o credor e a satisfação do seu direito de crédito, incluindo as simples omissões (§1).

Torna-se imprescindível, para que seja acionado este meio conservatório da garantia patrimonial do credor, que este esteja em condições de executar o seu crédito, podendo, em tal caso, impugnar atos ou omissões do devedor que lhe causem prejuízo, desde que seja previsível, ou até mesmo provável, que da simples execução dos bens do devedor não se consiga satisfazer o crédito, do qual é credor, ou que se tenha verificado essa impossibilidade no processo executivo (§2).

Tal como no ordenamento jurídico português, também nesta lei externa ao Código Civil se apresentam como requisitos da impugnação pauliana: o estado psicológico do devedor e do terceiro adquirente aquando da prática do ato prejudicial para a satisfação da garantia patrimonial do credor; a antiguidade do ato impugnado, bem como a sua natureza.

Assim, podem ser alvo de impugnação, os atos gratuitos, os onerosos celebrados entre pessoas individuais ou coletivas relativamente aos quais exista uma relação de proximidade, e quaisquer atos realizados pelo devedor com a intenção de prejudicar os credores, sendo esta intenção conhecida pelo terceiro adquirente.

Este conhecimento presume-se se o terceiro sabia da situação de insolvência que ameaçava o devedor e que, por tal motivo, periclitava ou impossibilitava a satisfação do crédito dos credores, revelando-se, como tal, prejudicial para estes (§3).

Trata-se de uma presunção legal, por que expressamente tipificada nesta lei, sendo que é sobre este ponto que dedicaremos a nossa mais cuidada atenção e reflexão.

Os artigos §3,1 e §3,2 consagram presunções legais. O conceito de presunção legal, tal como o nome indica, é uma inferência probabilística, e não um raciocínio ancorado na plena certeza, estabelecida na lei, expressamente.

Segundo o ordenamento jurídico português, quem tem a seu favor uma presunção legal não carece de fazer prova do facto a que tal presunção diz respeito.

Contudo, as presunções legais podem ser afastadas ou ilididas mediante prova em contrário (artigo 350.º do CC), exceto nos casos em que a lei o proíba expressamente.

Contrariamente, o Código Civil português não estabelece na lei qualquer presunção legal auxiliar na prova da má do devedor e do terceiro adquirente nos atos onerosos (612.º, n.º 1), embora a defina no n.º 1 do mesmo artigo.

Não obstante, e face ao busílis que se tem revelado a sua demonstração, de espinhosa comprovação e complexidade, os tribunais têm-se socorrido de presunções judiciais, que procuram amenizar este requisito, visto que colocava um verdadeiro impasse à procedência das ações de impugnação pauliana.

Atente-se que tais presunções judiciais, também designadas de facto ou de experiência (artigo 349.º do CC), não são, em rigor, verdadeiros meios de prova, mas antes “*meios lógicos ou mentais ou operações firmadas nas regras da experiência*”, ou, noutra formulação, “*operação de elaboração das provas alcançadas por outros meios*”, reconduzindo-se, assim, a simples “*prova da primeira aparência*”, baseada em juízos de probabilidade⁴⁴.”

Todavia, somos do entendimento que as presunções legais, presentes nos artigos §3, 1 e §3,2 culminam nos mesmos resultados práticos das aferições probabilísticas em que se têm ancorado os nossos Tribunais. A jurisprudência alemã assim o demonstra, concretizando esta perceção.

De acordo com decisão do *Oberlandesgericht Stuttgart* (Acórdão de 11 junho de 2007, Proc. 5 U 18/07), os indícios a que se socorreu o tribunal, para efeitos de demonstração da má-fé, em nada diferem das presunções judiciais ancoradas, por exemplo, no indício *affectio*, alusivo ao grau de proximidade entre os indivíduos protagonistas do ato que se pretende impugnar.

Normalmente, estas relações assumem os contornos de ligações de parentesco, ou de grande afinidade, no qual se afere, com base em inferências probabilistas, que no seio de uma comunidade mais íntima, haja maior partilha de informação, nomeadamente da situação de insolvência do devedor, bem como a composição e acervo patrimonial de que dispõe para satisfazer as suas dívidas.

Veja-se as palavras elucidativas da presente decisão: “*A demandante considera que os demandados n.º 1 e n.º 2 são obrigados a aceitar a execução forçada do imóvel em litígio devido à dívida inicialmente no valor de 156 256,27 euros e, por último, no valor de 99 826,44 euros. Alega que o pai das requeridas n.º 1 e n.º 2 doou e transferiu a propriedade na Áustria às suas filhas com o objetivo de impedir a execução*”⁴⁵.”

⁴⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14-09-2020, Proc. 3006/15.1T8LRA.C1, Relator: Jorge Arcanjo, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/9688540d4554ec398025860e003a65b6?OpenDocument>.

⁴⁵ ALEMANHA, *Oberlandesgericht Stuttgart*. Acórdão de 11 de junho de 2007. Processo n. 5 U 18/07. *Anfechtbarkeit einer Grundstücksübertragung in Österreich nach §§ 3, 4 AnfG; Anwendbarkeit von § 19 AnfG*, disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/>

Mais adiante, refere-se ainda : “O pai das rés n.º 1 e 2, igualmente com a intenção de prejudicar os seus credores, deixou que fosse emitido o mandado de execução em favor do réu n.º 3 e, em conluio com as suas filhas, constituiu para o réu n.º 3 o direito de penhor sobre o imóvel, a fim de assegurar a transferência patrimonial ilícita em benefício das rés n.º 1 e 2. O réu n.º 3 tinha conhecimento de todas as circunstâncias que tornavam anulável a transferência do imóvel para as rés n.º 1 e 2. Os alegados empréstimos nunca foram, na verdade, concedidos pelo réu n.º 3 ⁴⁶”.

Como se observa da presente decisão jurisprudencial, o fundamento da impugnação resultou, assim, do §3.º, n.º 1, da AnfG alemã (*Anfechtungsgesetz*) que consagra, expressamente, uma presunção legal, mas que na prática, chega às mesmas conclusões dos raciocínios lógicos-mentais com base na experiência e normalidade subjacentes às presunções judiciais que norteiam as decisões jurisprudenciais no ordenamento jurídico português.

Já noutras decisões, sempre auxiliadas e fundamentadas pelo preceituado nos artigos §3,1 e §3,2 da AnfG alemã, a jurisprudência alemã chega igualmente aos mesmos resultados práticos dos indícios que norteiam os tribunais portugueses, entre os quais o indício *omnia bona*, caracterizado por uma transferência da totalidade do património, por parte do devedor, num curto período de tempo, sem qualquer motivo justificativo, que não seja a sonegação de bens.

Um exemplo ilustrativo desta realidade, é nos dado pelo Tribunal Fiscal de Schleswig-Holstein⁴⁷, em que no âmbito de um contrato matrimonial de separação de bens, o cônjuge transferiu todo o seu património, incluindo uma participação numa sociedade à sua esposa no valor total de 10.000 euros.

O tribunal entendeu que essa transferência era anulável pelo *Anfechtungsgesetz* (AnfG) porque fraudulenta, face à garantia patrimonial dos credores, que lhes permite a satisfação dos seus créditos, pelo que a esposa (neste caso, a terceira adquirente) foi legalmente obrigada a tolerar a execução forçada sobre os bens transferidos.

rechtsprechung?Gericht=OLG%20Stuttgart&Datum=11.06.2007&Aktenzeichen=5%20U%2018/07. Tradução nossa.

⁴⁶ Oberlandesgericht Stuttgart. Acórdão de 11 de junho de 2007. Processo n. 5 U 18/07. *Anfechtbarkeit einer Grundstücksübertragung in Österreich nach §§ 3, 4 AnfG; Anwendbarkeit von § 19 AnfG*. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Stuttgart&Datum=11.06.2007&Aktenzeichen=5%20U%2018/07>. Tradução nossa.

⁴⁷ *Finanzgericht Schleswig-Holstein*. Bescheid vom 1. November 2023 – Az. 3 K 101/16, disponível em: <https://www.rechtsslupe.de/steuerrecht/vermoegensuebertragungen-des-schuldners-im-rahmen-einer-gueterstandsvereinbarung-3203361>. Tradução nossa.

Por fim, mencionar ainda a relevante decisão do Tribunal de Justiça Federal alemão, de 22 de fevereiro de 2024⁴⁸, segundo o qual, perante uma venda de um imóvel por um valor substancialmente abaixo do preço do mercado – o cerca de metade do valor originalmente pago– se considerara que vendedor agira com intenção de prejudicar os credores (uma vez que este estava inclusivamente insolvente) configurando, assim, uma situação de fraude, e possível negócio simulatório entre o devedor e o terceiro adquirente.

Também esta decisão em nada diferiu do indício *pretium vilis* tão presente nos nossos tribunais para comprovação da má-fé do devedor e do terceiro adquirente.

6. Apreciação crítica

Após a análise jurisprudencial e doutrinária do requisito da má-fé na impugnação pauliana, e a dificuldade probatória que se nos revela, poderemos aferir que tal constitui um desafio significativo para os credores impugnantes, dada a natureza subjetiva deste requisito e a sua manifesta complexidade fática.

Sendo o ato impugnável um ato oneroso, surge como requisito da procedência da ação, a prova deste elemento psicológico, de natureza interior humana, relativamente ao devedor e ao terceiro que com ele terá negociado, sendo a má-fé entendida, nos termos do artigo 612.º, n.º 2 do CC, como a consciência do prejuízo que aquele ato representará e causará ao credor impugnante, ou aos credores em geral, do devedor.

A principal dificuldade na procedência destas ações relacionava-se sobretudo com a insuficiência/falta de clara demonstração ou verificação deste requisito, que onera o credor. Este conseguia provar que o ato provocara uma diminuição da sua garantia patrimonial, que o seu direito de crédito era anterior ao ato e que este provocara um prejuízo sério, perigando a satisfação do seu direito. Contudo, no que respeitava à prova da má-fé do devedor e do terceiro, raramente, com recurso à prova direta, o credor conseguiria demonstrar este estado, pois a prova da consciência ou conhecimento do prejuízo revelavam-se praticamente de impossível concretização.

Tal fica claro, com a seguinte questão: como seria possível demonstrar, e consequentemente, fazer prova, de que um terceiro, exterior ao direito de crédito, conhecia a situação patrimonial do devedor, aquando da celebração do

⁴⁸ Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 22 Februar 2024, AZ. IX ZR 226/20, disponível em <https://www.cms.hs-bloggt.de/insolvenzrecht/anfechtungsrisiko-fuer-den-erwerber-bei-unterwertverkauf-von-grundstuecken/>. Tradução nossa.

negócio e prática do ato, e que com este estaria a prejudicar a possibilidade de o credor satisfazer e receber a prestação a que tinha direito?

O juízo de consciência do prejuízo seria bastante nebuloso e abstrato, o que dificultava a sua aplicação prática. Por tal motivo, frequentemente, as ações de impugnação pauliana, eram julgadas improcedentes por falta de demonstração da má-fé.

Por outro lado, e tal como temos vindo a demonstrar ao longo deste trabalho, sobretudo dedicando um olhar atento à jurisprudência, poderemos facilmente constatar que, habitualmente, os negócios entre o devedor e o terceiro adquirente, tinham natureza simulatória (artigo 240.º, n.º 1 do CC), o que desvelava um outro óbice, a nível probatório — para que a simulação fosse julgada procedente, seria necessária uma ação de nulidade do negócio (240.º, n.º 2), o que implicaria a demonstração da existência de um acordo simulatório entre declarante e declaratário, com o intuito de enganar terceiros, face à divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante (n.º 1)

Ora, o acordo simulatório não é de prova mais fácil que a má-fé do devedor e do terceiro na impugnação pauliana (artigo 612.º, n.º s 1 e 2 do CC).

Por outro lado, cumpre ressaltar que a declaração de nulidade, aproveita todos os credores, e não apenas àquele que a invocou (artigo 605.º, n.º 2 do CC) enquanto que a impugnação pauliana, em princípio, apenas aproveitará o credor impugnante.

A partir do momento em que se foi tomando consciência que existiam diversos casos em que estariam presentes negócios simulatórios, mas que o credor se revelava incapaz de provar o acordo entre declarante e declaratário com esse fim, sendo as ações de impugnação pauliana julgadas improcedentes por ausência de demonstração de má-fé, questionou-se, na doutrina, e posteriormente, na jurisprudência, como provar este elemento subjetivo.

Menezes Cordeiro⁴⁹, defendia que a má-fé, para efeitos de procedência das ações paulianas, deveria ser entendida como o conhecimento do prejuízo que o ato poderá causar à garantia patrimonial dos credores, ou ainda, a possibilidade de poder conhecer. Não seria preciso demonstrar que se conhecia, mas apenas a possibilidade de poder conhecer.

Um exemplo prático é demonstrativo desta orientação: ao credor não seria exigível demonstrar que o filho (o terceiro adquirente), com o negócio de compra e venda, saberia que o pai estaria a dissipar o património para fugir aos seus credores, mas teria aquele possibilidades de provar que o filho tinha todos os meios disponíveis para conhecer tal situação do pai. O mesmo se diga em

⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, I, Coimbra, Almedina, 2017, p. 496

relação a outros membros familiares — como tios, avós, primos, etc — pessoas com quem se celebraria normalmente este tipo de negócios, tendo em vista a sonegação/ dissipação dos bens da garantia patrimonial dos credores.

Esta posição, por que distanciada da letra da lei (que exige a prova da consciência do prejuízo, por parte do devedor e do terceiro adquirente, nos termos do artigo 612.º, n.º 2 do CC), acabou por ser maioritariamente rejeitada pelos tribunais, socorrendo-se estes, como temos vindo a observar, de presunções judiciais, que permitissem inferir a má-fé dos intervenientes.

Estas presunções judiciais (artigo 349.º do CC), não são, em rigor, verdadeiros meios de prova, mas antes “*meios lógicos ou mentais ou operações firmadas nas regras da experiência*”, reconduzindo-se, assim, a simples “*prova da primeira aparência*”, baseada em *juízos de probabilidade*⁵⁰. Como vimos, tratar-se-iam de ilações que o julgador tomaria de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido, segundo as regras da experiência e da normalidade.

No fundo, e face a todos os acórdãos que apresentámos ao longo deste estudo, as presunções judiciais, alicerçadas em indícios, como a *affectio, omnia bona, disparitesis, petrium vilis* e *pretium magnum e subfortuna*, permitiram aos Tribunais ultrapassar as dificuldades probatórias sentidas pelos credores, no que toca à demonstração da consciência do prejuízo, por parte do devedor e do terceiro adquirente, aquando da realização do ato que provocou uma diminuição da garantia patrimonial daqueles.

Somos da opinião que tal inferência lógica, socorrida/ancorada nas presunções judiciais, em pouco difere da orientação perfilhada por Menezes Cordeiro.

Veja-se que se os Tribunais, nas situações em que está presente uma relação de afeição ou de especial proximidade familiar entre o devedor e o terceiro adquirente (conhecendo este toda a vida daquele) inferem que o segundo, presumivelmente, conhece que aquele ato vai prejudicar os credores. Tal orientação não é diferente da posição de Menezes Cordeiro, defensor da ideia de que se terceiro adquirente não conhece o prejuízo, teria tudo para o poder conhecer.

Por tudo o exposto, apesar do requisito da má-fé na impugnação pauliana suscitar grandes dificuldades probatórias (inerentes à comprovação de um estado subjetivo imperscrutável de forma direta, e cuja definição é ainda nebulosa) a jurisprudência tem revelado que os obstáculos sentidos neste domínio não são intransponíveis. A utilização de exercícios presuntivos, através do recurso às presunções judiciais, conjuntamente com indícios reveladores de tal estado interior humano, como *affectio, omnia bona, disparitesis, petrium vilis* e *pretium*

⁵⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17-01-2023, Proc. 286/09.5TBSTS.P1.S1, Relator: Jorge Arcanjo, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f6943ee0a21b9eff802589410044a625?OpenDocument>.

magnus, são profícuos na comprovação do efetivo conhecimento e consciência do prejuízo causado ao credor, por parte do devedor e do terceiro adquirente.

Por outro lado, a catalogação e a sistematização doutrinal de casos típicos onde a presunção judicial de má-fé poderá operar, agiliza a aplicação do instituto, tendo-se, a partir destes mecanismos, operado uma autêntica revolução em matéria de impugnação pauliana, visto que as ações, anteriormente julgadas improcedentes por insuficiência ou falta de demonstração deste requisito subjetivo, passam agora a ser julgadas procedentes, em virtude do recurso a estas regras de experiência, onde o Tribunal, partindo de factos que conhece, infere os desconhecidos, recorrendo a juízos presuntivos.

Ademais, há que acrescentar que a nível prático, no que concerne às decisões finais e posições adotadas pelos tribunais portugueses e pela jurisprudência alemã, parece existir uma consonância de resultados e uma convergência de entendimentos, apenas partindo de caminhos diferentes, ou pelo menos, de premissas e textos legais distintos.

Assim, sendo que a presunção legal é a fonte de onde brota a comprovação do juízo de má-fé do devedor e do terceiro adquirente, tipificado nos diversos números do §3 da AnfG alemã, a verdade é que também os tribunais alemães, se socorrem, inconscientemente, ou pelo menos, como fundamentação das suas decisões, aos indícios catalogados do ordenamento jurídico português, mencionados *supra*.

Embora não exista uma presunção legal, mas antes meras presunções judiciais, criadas para obstar a que os processos de impugnação pauliana fossem condenados ao fracasso, no que concerne ao desenlace final da sua procedência (por que impossível de demonstração, por parte do credor, do requisito da má-fé), a verdade é que estes indícios ancorados em juízos empíricos, probabilísticos, do conhecimento factual e da realidade, permitem colmatar, da mesma forma que o ordenamento jurídico alemão, as insuficiências que poderiam ser sentidas face à ausência de estipulação legal, expressa e tipificada, de uma presunção a favor do credor.

Destarte, somos do entendimento que as presunções legais estipuladas na lei especial alemã e as presunções judiciais auxiliaadoras da jurisprudência portuguesa, chegam às mesmas conclusões, através da mesma fundamentação indiciadora, do requisito da má-fé do devedor e do terceiro adquirente.

7. Conclusão

A má-fé subjetiva, necessária à procedência da impugnação pauliana, quando esta vise impugnar atos onerosos praticados após a constituição do cré-

dito titulado pelo impugnante, identifica-se, na lei portuguesa (fruto de um desenvolvimento dogmático) com o conhecimento ou a consciência do prejuízo, dispensando-se uma subjacente intensão, ou vontade dolosa. Tal interpretação alargou o alcance do instituto, abrindo espaço ao seu acionamento pelo credor, aquando de atuações do devedor e do terceiro adquirente que periguem a integral satisfação dos seus direitos de crédito.

A ampla configuração da má-fé no regime pauliano português deve ser interpretada com estes contornos, visto estar subjacente a tais formulações doutrinárias, resultantes de um labor histórico com avanços e recuos, uma preocupação com os direitos e liberdades civilistas que cabem ao devedor e ao terceiro, de forma que não se verificasse uma compressão drástica destes valores inerentes ao tráfego comercial.

Importa salientar ainda que o problema da má-fé está justamente na terminologia adotada pela lei. A falta de concreta determinação conceitual do que se deva entender por *consciência do prejuízo*, relega este problema para a doutrina e jurisprudência, que assumem a responsabilização de procederem à sua interpretação e clarificação, o que tem vindo a auxiliar os julgamentos em casos semelhantes entre si.

Existem obstáculos na aplicação prática da impugnação pauliana em relação a atos onerosos, que resultam da inerente dificuldade probatória sentida pela parte prejudicada, o credor, em demonstrar o que as partes sabem concretamente. Por tal motivo, adotou-se uma postura mais flexível nos Tribunais, no sentido de perspetivar esta consciência presuntivamente a partir daquilo que as partes não sabem, mas tinham condições ou meios para saber⁵¹, e recorrendo a inferências alicerçadas na experiência comum e lógica, inerentes às presunções judiciais.

Ademais, procurou-se com o presente estudo, demonstrar que a aparente diferenciação entre as presunções legais, presentes no ordenamento jurídico alemão, e as presunções judiciais a que se socorrem os tribunais portugueses, apesar de diferentes na sua fisionomia e origem, em termos práticos, revelam-se equivalentes.

Sejam provas indiretas expressamente tipificadas na lei, sob o desígnio de “presunções legais”, sejam presunções judiciais, não resultantes de um preceito legalmente prescrito, mas antes da experiência e da reiteração de comportamentos indiciadores de um certo padrão intencional, a verdade é que, em termos decisórios, tanto os tribunais portugueses como a jurisprudência alemã se

⁵¹ BÁRBARA GADING, “Considerações sobre a *Consciência do Prejuízo* na impugnação pauliana, à luz do Direito Português”, Ano 4 (2018), n.º 6, p.732.

ancoram a indícios que procuram demonstrar a má-fé do devedor e do terceiro adquirente, sobretudo nos atos onerosos.

Em suma, com o presente estudo, procurámos demonstrar a problemática da demonstração da má-fé na impugnação pauliana, sob o olhar da doutrina, realçando, com maior destaque, a evolução da jurisprudência no que a este aspeto diz respeito.

Bibliografia

- CORDEIRO, António Menezes
 — *Código Civil Comentado, Parte Geral (artigos 1.º a 396.º)*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2020
 — *Código Civil Comentado, Das Obrigações em Geral (artigos 397.º a 873.º)*, vol. II Coimbra, Almedina, 2021
 — *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2017
 — *Direito das Obrigações*, vol. II, reimp., Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999
 — *Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias*, vol. X Coimbra, Almedina, 2015
- COSTA, Mário Júlio de Almeida,
 — *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009
 — Anotação ao Acórdão do STJ de 23 de janeiro de 1992, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3846, ano 127
- FERREIRA, Maria do Patrocínio, *Natureza Jurídica da Impugnação Pauliana*, *Revista da Banca*, n.º 21, janeiro/março 1992
- GADING, Bárbara, “Considerações sobre a *Consciência do Prejuízo* na impugnação pauliana, à luz do Direito Português”, *Ano 4* (2018), n.º 6, p.732
- GUICHARD, Raúl, *Da relevância jurídica do conhecimento no direito civil*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1996
- LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Fundamentos da ação pauliana*, RIJ, Ano 91
- LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 14.ª ed, Almedina, Coimbra, 2025
- MARIANO, João Cura, *Impugnação Pauliana*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023
- MARTINEZ, Pedro Romano/PONTE, Pedro Fuzeta da, *Garantias de Cumprimento*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006
- MARTINS, João Marques, *Prova por Presunções Judiciais na Responsabilidade Civil Aquiliana*, Cascais, Principia, 2017
- MOREIRA, Guilherme Alves, *Instituições do Direito Civil Português: Das Obrigações*, Vol. I, Coimbra, F. França Amado, 1911
- PESTANA, Jaime Guilherme Ramos, “Prova indiciária da má-fé na impugnação pauliana”, *Dissertação de Mestrado em direito na área de Especialização Forense*

- PRATA, Ana (coord.), *Código Civil Anotado*, vol. I, Artigos 1.º a 1250.º, Coimbra, Almedina, 2017
- SOUSA, Luís Filipe Pires de, *Prova por presunção no direito civil*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023
- SILVA, Paula Costa e, *Impugnação pauliana e execução*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 7, 2004
- TRINDADE, Cláudia Sofia Alves, *A Prova de Estados Subjetivos no Processo Civil: Presunções Judiciais e Regras de Experiências*, Coimbra: Almedina, 2016
- VALE, Ana Sofia Gonçalves, “A impugnação pauliana — Garantia ou Incerteza? Os requisitos e a zona cinzenta entre a gratuitidade a onerosidade”, tese de Mestrado, 2021
- VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Coimbra, Almedina, 2013

Jurisprudência portuguesa

- Supremo Tribunal de Justiça, de 03.05.2000, Proc. JSTJ00034781, Relator: Silva Paixão, disponível em www.dgsi.pt
- Supremo Tribunal de Justiça, de 18.10.2001, Proc. SJ200205090009342, Relator: Ferreira Girão, disponível em www.dgsi.pt
- Supremo Tribunal de Justiça, de 16.04.2013, Proc. 1744/05.6TBAMT.P1S1, Relator: Nuno Cameira, disponível em www.dgsi.pt
- Supremo Tribunal de Justiça, de 25.11.2014, Proc. 6629/04, Relator: Pinto de Almeida, disponível em www.dgsi.pt
- Supremo Tribunal de Justiça, de 12.10.2017, Proc. 89/08.4TBVLF.C1.S1, Relator: António Joaquim Piçarra, disponível em www.dgsi.pt
- Supremo Tribunal de Justiça, de 27.10.2018, Proc. 1412/14.8TYLSB-A.L1.S1, Relator: Catarina Serra, disponível em <https://jurisprudencia.pt/acordao/187290/pdf/>
- Supremo Tribunal de Justiça, de 17.01.2023, Proc. 286/09.5TBSTS.P1.S1, Relator: Jorge Arcanjo, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b-980256b5f003fa814/f6943ee0a21b9eff802589410044a625?OpenDocument>
- Tribunal da Relação do Porto, de 23.03.2020, Proc 2620/17.5T8VFR.P1, Relator: Pedro Damião e Cunha, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/d3490cc4b888d6d38025859f004a3244?OpenDocument>
- Tribunal da Relação de Guimarães, de 03.05.2018, proc. 573/14.0TBCTB.G1, Relator : Maria João Matos, disponível em www.dgsi.pt
- Tribunal da Relação de Guimarães, de 17.10.2019, Proc 4436/16.7T8VCT.G1, Relator: Paulo Reis, disponível em <https://jurisprudencia.pt/acordao/191696/pdf/>
- Tribunal da Relação de Guimarães, de 18.04.2024, Proc. 525/22.7T8PRG-A.G1, Relatora: Elisabete Coelho de Moura Alves, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/479b573fd10490eb-80258b09004c7c0d?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Lisboa, de 12.04.2018, Proc. 1069/16.1T8CSC.L1-6, Relator: António Santos, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/717BB475BCA67AB7802582A5003BA86A>

Tribunal da Relação de Lisboa, de 28.02.2019, Proc. 18897/11.7T2SNT.L1-6, Relator: Manuel Rodrigues, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/169016c6c037d769802583b500570ceb?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Coimbra, de 18.02.2014, Proc. 693/09.3TBVNO.C1, Relator: Teles Pereira, disponível em www.dgsi.pt

Tribunal da Relação de Coimbra, de 13.09.2016, Proc. 1665/09.3TPBL.C2, Relator: Sílvia Pires, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/2d4142b0b3600fb480258035004d56d6?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Coimbra, de 11.04.2019, Proc. 1542/13.3TBMGR-K.C1, Relator: Barateiro Martins, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/401de0e898cf78a4802583f50036d814?OpenDocument>

Jurisprudência alemã

Oberlandesgericht Stuttgart. Acórdão de 11 de junho de 2007. Processo n. 5 U 18/07. Anfechtbarkeit einer Grundstücksübertragung in Österreich nach §§ 3, 4 AnfG; Anwendbarkeit von § 19 AnfG. disponível em <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Stuttgart&Datum=11.06.2007&Aktenzeichen=5%20U%2018/07>

Finanzgericht Schleswig-Holstein. Bescheid vom 1. November 2023 – Az. 3 K 101/16, disponível em <https://www.rechtslupe.de/steuerrecht/vermoegensuebertragungen-des-schuldners-im-rahmen-einer-gueterstandsvereinbarung-3203361>

Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 22 Februar 2024, AZ. IX ZR 226/20, disponível em <https://www.cmshs-bloggt.de/insolvenzrecht/anfechtungsrisiko-fuer-den-erwerber-bei-unterwertverkauf-von-grundstuecken/>

Da impugnabilidade dos pareceres emitidos pelas entidades externas no âmbito dos procedimentos urbanísticos

Challengeability of opinions issued by external entities
in urban planning procedures

JOANA SOUSA MARTINS*

SUMÁRIO: *I. Introdução. II. Enquadramento do regime jurídico dos pareceres: 1. Função e natureza dos pareceres: caracterização geral; 2. Da impugnabilidade dos pareceres à luz da legislação processual. III. Regime consagrado no RJUE em matéria de consultas: 1. O regime de consultas estabelecido no RJUE: breve enquadramento; 1.1. Do regime vertido no artigo 13.º do RJUE; 1.2. Consultas em razão da localização; 1.3 Consultas prévias – em particular, as consultas efectuadas no âmbito dos procedimentos de comunicação prévia. IV. Jurisprudência em matéria de emissão de pareceres – breve apontamento. V. Dificuldades, “abusos” e incertezas no contexto da emissão de pareceres – alguns exemplos práticos. VI. Posição adoptada. VII. Conclusão. Bibliografia.*

RESUMO: O presente artigo foca-se no regime de consultas a entidades externas no âmbito dos procedimentos urbanísticos consagrado no Regime Jurídico da Urba-

* Mestre em Direito Administrativo – Vertente de Contratação Pública pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e Pós-Graduada em Direito do Urbanismo e Habitação, assim como em Direito do Ambiente, pelo Instituto de Ciências Jurídico-Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (“FDUL”). A Autora é ainda Pós-Graduada em Direito da Arbitragem e em Finanças e Gestão do Sector Público – As Parcerias do Estado e as Autarquias Locais, leccionadas, respectivamente, pelo Centro de Investigação de Direito Privado e pelo Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal, ambos integrados na FDUL e é Advogada nas áreas do ordenamento do território e direito da construção. O presente artigo corresponde, com as devidas adaptações, ao trabalho final elaborado pela Autora no âmbito do VI curso da Pós-Graduação em Direito do Urbanismo e Habitação, acima referida.

joana.martins@pbbr.pt

<https://orcid.org/0009-0009-7726-7436>

nização e Edificação (“**RJUE**”)¹, centrando-se na questão de saber se os pareceres emitidos por tais entidades são autonomamente sindicáveis junto dos tribunais administrativos e em que termos.

PALAVRAS-CHAVE: Pareceres; entidades externas; procedimentos urbanísticos; impugnabilidade contenciosa

ABSTRACT: This article focuses on the framework governing consultations of external entities within urban planning procedures, as set out in the Legal Regime for Urban Development and Construction, with particular emphasis on the question of whether such opinion may be challenged before the administrative courts, and under what terms.

KEYWORDS: Opinions; external entities; urban planning procedures; judicial challengeability

I – Introdução

O objecto do presente artigo consiste na abordagem do sistema de consultas às designadas “entidades externas” no contexto dos procedimentos urbanísticos, consagrado nos artigos 13.º, 13.º-A, 13.º-B e 15.º do RJUE, as quais se podem reconduzir à emissão de pareceres ou de autorizações e aprovações exigidas nos termos da legislação sectorial, mais concretamente na análise da possibilidade da impugnação contenciosa² dos pareceres emitidos pelas referidas entidades^{3 4 5}.

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com a última alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 108/2026, de 29 de Maio, que entrará em vigor no dia 1 de Outubro de 2026 (cf. Decreto-Lei n.º 155-B/2026, de 31 de Julho). Atendendo a que o presente artigo foi redigido antes da publicação deste último diploma legal, não foram consideradas as alterações introduzidas pelo mesmo, em particular aos artigos 13.º, 13.º-A e 15.º, aqui objeto de análise. Em todo o caso, sublinhamos que o Decreto-Lei n.º 108/2026, de 29 de maio, não veio resolver a problemática abordada no presente artigo: a impugnabilidade contenciosa dos pareceres das entidades externas.

² Salientamos que a impugnabilidade dos pareceres das entidades externas através da via administrativa está acautelada no artigo 114.º, n.º 1 do RJUE, desde a sua versão inicial.

³ Com efeito, no quadro dos procedimentos urbanísticos a intervenção da administração central pode (i) ser feita incidentalmente; (ii) “constituir o objecto de um procedimento autorizatório autónomo”, a desencadear pelo próprio requerente, “se a complexidade do projecto ou da sua apreciação assim o justificarem” (esta última situação encontra-se regulada no artigo 39.º do RJUE). Cf. CLÁUDIO MONTEIRO, “Urbanismo e interesses públicos diferenciados o novo regime de consultas a entidades externas nos procedimentos de controlo prévio das operações urbanísticas”, in *Direito Regional e Local*, n.º 04, Outubro/Dezembro, 2008, CEJUR, pág. 14.

A relevância prática (a par do interesse teórico) do presente tema é patente, considerando que a intervenção das entidades externas⁶ tem sido recorrentemente apontada em diversos fóruns como um dos factores que mais incerteza gera no contexto da gestão urbanística municipal, contribuindo, assim, para a complexificação e morosidade de tais procedimentos (já de si complexos).

Na verdade, deparamo-nos muitas vezes com pareceres emitidos por entidades externas cujo conteúdo é dúbio e/ou obscuro⁷ (ou extravasa as respectivas competências), assim como com situações em que as câmaras municipais (órgãos que, consabidamente, dispõem de significativas competências urbanís-

⁴ Sublinhamos que a emissão destes pareceres não tem lugar apenas no âmbito dos designados procedimentos de controlo prévio urbanísticos, os quais, actualmente, correspondem apenas ao procedimento de licenciamento e ao pedido de informação prévia (“PIP”) apresentado ao abrigo do artigo 14.º, n.º 2 do RJUE: o designado “PIP qualificado” (recordamos que este acto administrativo confere ao seu titular a faculdade de realizar a correspondente operação urbanística sem ter de desencadear um segundo procedimento de controlo urbanístico), podendo ser também exigível (i) nos procedimentos de comunicação prévia (os quais não consubstanciam procedimentos de controlo prévio, porquanto não comportam uma pronúncia e a emissão de uma decisão sobre a pretensão); (ii) para a realização das operações urbanísticas isentas de controlo prévio.

⁵ As operações urbanísticas correspondem a “operações materiais de urbanização, de edificação, utilização dos edifícios ou do solo desde que, neste último caso, para fins não exclusivamente agrícolas, pecuários, florestais, mineiros ou de abastecimento público de água” – cf. artigo 2.º, alínea j) do RJUE.

⁶ Recordamos que, na medida em que exercem uma actividade de ponderação de interesses, estas entidades intervêm igualmente no contexto da actividade de planeamento, designadamente, pronunciando-se sobre as propostas de elaboração, alteração e revisão planos municipais de ordenamento do território (“PMOT”), os quais são “condensados” num único parecer final a emitir pela comissão de coordenação e desenvolvimento regional (“CCDR”) territorialmente competente, assim como sobre as operações urbanísticas a realizar no contexto da aprovação de medidas preventivas dos PMOT (cuja finalidade é “evitar a alteração das circunstâncias e das condições de facto existentes que possa limitar a liberdade de planeamento ou comprometer ou tornar mais onerosa a” respectiva execução) – cf. artigos 85.º e 134.º, n.ºs 1, 4 e 7 do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (“RJIGT”).

⁷ Sendo, portanto, emitidos em violação do comando ínsito no artigo 92.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”), o qual impõe, de modo inequívoco, “a fundamentação dos pareceres e a expressão clara das suas conclusões”. Como refere CARLA AMADO GOMES, “esta injunção é particularmente relevante no caso de pareceres vinculantes, os quais vão constituir alicerce da decisão final e dos seus próprios fundamentos”. V. “Da inutilidade dos pareceres no Código do Procedimento Administrativo”, in *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume II, coordenação de CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, 6.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2023, pág. 113. A este respeito saliente-se que, segundo DIOGO FREITAS DO AMARAL, a inobservância deste dever de fundamentação acarreta a nulidade do parecer, “por ininteligibilidade do respetivo objeto” – V. *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 4.ª ed., Almedina, 2018, pág. 254.

ticas) solicitam pareceres não obrigatórios⁸, acabando por suster (ilegalmente⁹) a emissão da decisão final até à sua emissão, ainda que a mesma ocorra já fora do prazo.

A acrescer, a relevância do tema escolhido resulta da circunstância de a natureza jurídica dos designados “pareceres vinculativos” – os pareceres cujo conteúdo não pode ser afastado no contexto da tomada da decisão final e que, acabam, assim, por ditar o seu “*sentido e fundamentação*”¹⁰, abordados *infra* – e a sua impugnabilidade contenciosa ser uma questão controversa na doutrina e também na jurisprudência.

A título preliminar, importa ainda destacar que o regime das consultas às entidades externas sofreu várias modificações nas sucessivas alterações ao RJUE¹¹, perspectivando-se, aliás, uma nova mudança nesta matéria, sendo, portanto, incontestável a sua actualidade.

Com efeito, no seguimento da Lei n.º 9-B/2026, de 6 de Março, que autorizou o Governo a alterar o RJUE, em 27 de Março de 2026 foi aprovado em Conselho de Ministros um diploma¹² que, entre outras alterações, prevê a “*criação de uma conferência única para resolver pareceres contraditórios*”¹³.

Com vista a evitar a excessiva complexificação do presente artigo optou-se por excluir do respetivo âmbito a abordagem de algumas questões que se têm vindo a colocar a respeito dos pareceres das entidades externas no contexto da gestão urbanística municipal e do instituto dos pareceres em geral, designadamente, a discussão da possibilidade de aproveitamento de decisões viciadas

⁸ I.e. os pareceres cuja emissão não é imposta pela lei, abordados *infra*.

⁹ Com efeito, numa óptica de evitar a paralisação do procedimento administrativo, dispõe o artigo 13.º, n.º 14 do RJUE que o mesmo “*deve continuar [a tramitar] durante o lapso temporal que medeia entre o pedido de parecer, autorização ou consulta e a sua emissão ou o decurso do respetivo prazo*”.

¹⁰ V. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, pág. 105.

¹¹ Notamos que os artigos 13.º-A e 13.º-B foram aditados ao RJUE em 2007, através da Lei 60/2007, de 4 de Setembro, que alterou também substancialmente o anterior artigo 19.º, correspondente ao actual artigo 13.º.

¹² Que aguarda promulgação pelo Presidente da República.

¹³ V. comunicado do Conselho de Ministros de 27 de Março de 2026, disponível em <https://portugal.gov.pt/gc25/governo/comunicados-do-conselho-de-ministros/719>.

Esta autorização legislativa, aprovada na sequência da Proposta de Lei 48/XVII/1, apresentada pelo Governo à Assembleia da República, que autorizou o Governo a alterar o RJUE e o Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, veio introduzir alguns ajustamentos face à versão inicial da proposta de lei anteriormente divulgada. No que aqui releva, destacamos a circunstância de a versão inicial da proposta de lei prever que a consulta a entidades externas fosse realizada através de conferência procedimental, enquanto que a Lei n.º 9-B/2026 restringe tal solução aos casos de divergência entre entidades externas.

por ausência de um parecer obrigatório vinculante¹⁴ e a questão de saber se o decurso do prazo obsta à emissão do parecer pela entidade consultada ou se o município pode considerar o parecer extemporâneo¹⁵.

Para o efeito, partiremos, numa primeira parte, de um breve enquadramento geral do instituto dos pareceres no âmbito da actividade administrativa (abordando, designadamente, a sua natureza jurídica) e da exposição da norma do CPA que disciplina este instituto, assim como do regime de impugnação contenciosa dos actos administrativos à luz da legislação processual. Seguidamente, abordaremos o regime das consultas das entidades externas consagrado no RJUE, para então percorrermos alguns arestos dos nossos tribunais administrativos proferidos sobre a matéria em causa, bem como algumas situações em que a emissão destes pareceres gera dificuldades no contexto da actividade urbanística. Já numa terceira e última parte, iremos dar nota da posição adoptada, formulando as conclusões a final.

II – Enquadramento do regime jurídico dos pareceres

1. Função e natureza dos pareceres: caracterização geral

Primeiramente, impõe-se recordar que, juridicamente, o parecer é qualificado como um acto jurídico “cujo objecto corresponde a um juízo de valor”¹⁶ sobre determinado aspecto, de natureza técnica ou jurídica¹⁷.

¹⁴ V. HONG CHENG LEONG, “Aproveitamento de atos nulos e de atos ilegais por falta de parecer obrigatório vinculante... porque não Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 2.5.2021”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 144 (Novembro/Dezembro de 2020), CEJUR, pág. 42 e ss..

¹⁵ Sobre este tema, relativamente aos pareceres em geral, pronunciou-se CARLA AMADO GOMES no sentido em que o artigo 92.º, n.º 7 do CPA – o qual dispõe que “O parecer não pode ser emitido após o decurso do prazo” legal para a sua emissão – não impede a produção de um parecer para além do prazo legal, designadamente, com fundamento, no facto de (i) “o impedimento de exercício de uma competência consultiva prevista num procedimento que aí o integrou (...) para que a decisão seja mais robusta na perspectiva dos interesses que visa conformar (...) pode configurar, no limite, uma violação do princípio da irrenunciabilidade da competência (artigo 36.º/1 CPA)”; (ii) o parecer extemporâneo poder relevar “para atenuar a responsabilidade disciplinar (e mesmo civil extracontratual) do órgão consultivo, quer para evitar a emissão de uma decisão inválida por parte do órgão com competência decisória, que sem ele sempre ficará desamparado de uma componente de fundamentação da sua decisão – ou seja, como elemento preventivo de litigância, e assim, indutor de segurança jurídica”; (iii) “o parecer emitido fora do prazo pode sempre valer como informação” – Cf. ob. cit., pág. 103.

¹⁶ V. RUI SOARES PEREIRA e INÊS SÍTIMA CRAVEIRO, *Sobre os pareceres do Conselho Consultivo da PGR*, Almedina, 2021, págs. 27 e 28.

¹⁷ Ou incidir sobre ambos os aspectos. Nesse sentido, V. CARLA AMADO GOMES, ob. cit., pág. 99.

Assim, do parecer resulta uma “tomada de posição” do órgão consultivo – que pode *estar integrado “na pessoa que requer o parecer, ou pertencer a pessoa colectiva diferente”*¹⁸, como sucede no caso dos pareceres regulados no artigo 13.º do RJUE – que é (ou deve ser) atendida pelo órgão competente para a tomada da decisão final no âmbito do procedimento administrativo no qual o parecer se insere.

Como facilmente se intui, atenta a sua função, os pareceres devem ser emitidos na fase instrutória do procedimento: a fase em que a administração deve recolher os elementos necessários para a emissão da decisão final, devendo assegurar a (correcta) avaliação e ponderação da totalidade dos interesses (públicos e privados) em presença.

Mais: os pareceres são “*habitualmente incluídos pela doutrina no domínio das diligências procedimentais de feição instrutória e consultiva*”, sendo desprovidos de “*autonomia (funcional)* para (...) *produzirem efeitos jurídicos numa esfera externa ao órgão emitente*”¹⁹.

Por outras palavras, os pareceres são geralmente qualificados como actos de natureza opinativa “*(tendencialmente) instrumentais e com natureza (também tendencialmente) instrutória (...)*”²⁰, inseridos num procedimento e destinados à decisão final a produzir no mesmo.

Em suma, os pareceres configuram actos jurídicos acessórios e instrumentais²¹, na medida em que desempenham uma “função preparatória” da decisão final. Consequentemente, estes actos (procedimentais) seriam “*desprovidos de aptidão lesiva directa e imediata*”, o que obstaria à sua impugnação autónoma²².

¹⁸ V. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, págs. 99 e 100. De notar que, como refere esta autora, “*Esta última situação pode carrear uma afirmação de personalidade, isto é, a competência de emissão de parecer eventualmente constitui uma decorrência da divisão de atribuições entre pessoas colectivas e da necessária cooperação/coordenação entre elas*”. V. *ob. cit.*, págs. 99 e 100.

¹⁹ PEDRO GONÇALVES, “Apontamento sobre a função e a natureza dos pareceres vinculantes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 0 (Novembro/Dezembro de 1996), CEJUR, pág. 3. Nesse sentido, V. entre outros, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS FERNANDES CADILHA, que consideram que os pareceres não vinculantes consubstanciam actos instrumentais (mais concretamente, actos jurídicos procedimentais sem conteúdo decisório) – V. *Comentário ao Código nos Tribunais Administrativos*, Tomo I, 4.º ed., Almedina, Coimbra, 2020, pág. 338.

²⁰ V. RUI SOARES PEREIRA e INÊS SÍTIMA CRAVEIRO, *ob. cit.*, págs. 31 e 32.

²¹ Sendo que, no caso dos pareceres não vinculantes, os mesmos teriam “*reduzida projecção sobre a decisão (final)*”. Nesse sentido, V. RUI SOARES PEREIRA e INÊS SÍTIMA CRAVEIRO, *ob. cit.*, pág. 34.

²² V., entre outros, PEDRO GONÇALVES, que esclarece tratar-se da posição corrente na doutrina italiana, tendo sido “*sustentada em Portugal por Rogério Soares, que os considera “a propósito da classificação dos actos instrumentais”*”. V. *ob. cit.*, págs. 3 e 4. De notar que CARLA AMADO GOMES sustenta que um parecer (independentemente do seu carácter vinculante) não consubstancia uma mera informação, atendendo a que o órgão consultivo adopta sempre uma posição técnica, jurídica ou valorativa

Contudo, o certo é que, como se disse, a doutrina administrativa discute, há muito, a natureza dos pareceres vinculativos, existindo variadíssimas orientações doutrinárias nesta matéria²³, das quais importa destacar as seguintes: **(i)** A tese segundo a qual os pareceres com carácter vinculante têm a natureza de **actos administrativos**, porquanto “são dotados de autonomia estrutural e funcional”²⁴, revestindo conteúdo decisório, no sentido em que prejudicam “o exercício de poderes decisórios dos órgãos a que se destinam”²⁵; **(ii)** Os pareceres vinculativos têm natureza de **pré-decisão**, na medida em que, apesar de não serem dotados de autonomia funcional, não desempenham uma função meramente consultiva, na medida em que pré-determinam o conteúdo da decisão final²⁶; **(iii)** A tese segundo a qual os pareceres com carácter vinculante são “**actos administrativos complexos**”, no sentido em que “o legislador concebe a decisão administrativa como a soma ou a composição de duas declarações da mesma natureza e sentido, emanadas por órgãos diferentes”²⁷ ou no mínimo, são actos praticados em **co-decisão**, porquanto o órgão consultivo conforma materialmente a decisão final, restando ao órgão competente para a prática de tal decisão o controlo “de aspectos de legalidade formal e material”^{28,29}.

De salientar quanto à tese referida em **(i)** supra – qualificação do parecer como acto administrativo – que, para autores como Pedro Gonçalves, a questão da natureza do parecer vinculante não pode ser resolvida em função do modo como os seus efeitos se repercutem na esfera jurídica do particular, desde logo

em função das circunstâncias do caso, mas também não “é ainda uma decisão, pois (...) consubstancia sempre um acto preparatório daquele”. Ou seja, “um parecer é mais do que uma informação e menos do que uma decisão”. V. *ob. cit.*, pág. 99.

²³ V. a síntese de PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*.

²⁴ V., PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, pág. 4.

²⁵ V., PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, pág. 4. Esta é a posição de VASCO PEREIRA DA SILVA. V. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 705.

²⁶ Nesse sentido V. JOÃO PACHECO DE AMORIM, *ob. cit.*, pág. 128 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS FERNANDES CADILHA, *ob. cit.*, pág. 339. Julgamos ser essa também a posição de PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, págs. 4 e 5. Para mais desenvolvimentos sobre as pré-decisões V., por todos, FILIPA URBANO CALVÃO, *Os Actos precários e os Actos provisórios no Direito Administrativo*, Porto, Universidade Católica Editora, 1995, págs. 45 a 52.

²⁷ V. a síntese de PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, pág. 4.

²⁸ No sentido em que aos pareceres vinculantes é tendencialmente aplicável a lógica da co-decisão, V. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, pág. 105. A este propósito refira-se que, segundo DIOGO FREITAS DO AMARAL, a noção de acto complexo ou em co-autoria só teria aplicação no caso de pareceres negativos, funcionando como veto. V. *ob. cit.*, pág. 254.

²⁹ De notar que, de acordo com esta orientação doutrinária, a elaboração do parecer é também deslocada da função consultiva para “uma função de administração activa”. V. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, pág. 5.

por haver situações em que inexistente uma “certeza da produção de um efeito lesivo”. Com efeito, nem sempre o parecer vinculativo desfavorável implica a ocorrência de uma lesão inevitável, e, portanto, certa³⁰.

Assim, para o referido autor a análise desta questão apenas à luz de tal perspectiva afasta a qualificação do parecer como acto administrativo³¹.

Acresce que, segundo o referido autor, a qualificação jurídica do parecer depende da “(...) natureza, externa ou interna, da relação entre o órgão que o emite e o órgão a quem ele se destina – tratando-se de órgãos da mesma pessoa colectiva, o parecer é um acto interno; se os órgãos pertencerem a pessoas colectivas diferentes, o parecer, que preenche todas as características do conceito **[de acto administrativo]**, é um acto administrativo, já que produz efeitos no âmbito de relações (inter-orgânicas) externas”³².

A título preliminar cumpre ainda salientar que a doutrina tem vindo a distinguir entre os pareceres vinculativos *absolutos* (quando, independentemente do seu conteúdo, o parecer determina o sentido da decisão final) ou *relativos*³³ (quando a lei impõe que o parecer seja seguido apenas quanto a um dos sentidos da decisão)³⁴.

Dito isto, salientamos que “o órgão decisor não pode decidir contra parecer vinculante, sob pena de invalidade da decisão por violação de lei, salvo se o parecer for em si mesmo inválido”³⁵.

³⁰ V. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, págs. 9 e 10.

³¹ V. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, pág. 10. Segundo este autor, “Só não será assim no caso (excepcional) em que o parecer é emitido no âmbito de um procedimento administrativo autónomo, iniciado pelo particular, cujo deferimento (parecer favorável) é condição necessária para o particular iniciar outro procedimento (procedimento faseado) ...”.

³² V. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, pág. 11.

³³ Também designados pela doutrina como “*pareceres conformes*”. Segundo ROGÉRIO EHRARDT SOARES, “Os pareceres conformes são vinculantes apenas num sentido: o de que impedem uma decisão positiva se o parecer é negativo (caso de necessidade de parecer favorável) ou impedem uma decisão negativa se o parecer é positivo (caso de recusa só é possível com apoio num parecer).” V. *Direito Administrativo*, Coimbra, pág. 138, *apud* Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º P000171999, de 11.11.1999, disponível em <https://www.dgsi.pt>.

³⁴ V. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, pág. 105.

³⁵ V. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, pág. 106. Para mais desenvolvimentos sobre a possibilidade de afastamento do parecer vinculante em razão da sua invalidade, cf. págs. 112 a 115 desta mesma obra. No mesmo sentido, V. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.* pág. 9. De notar que, como sustenta este autor, nos procedimentos de hetero-iniciativa “o órgão decisor está obrigado a decidir (princípio da decisão)”. Assim, em caso de invalidade do parecer, pode o mesmo ser devolvido à entidade emitente para “reformulação”, sem prejuízo da possibilidade da “recusa da tomada de decisão expressa”. V. *ob. cit.* págs. 5, 9 e 10.

Feito este enquadramento, importa agora atentar no regime consagrado no artigo 91.º do CPA³⁶, o qual dispõe que “*Os pareceres são obrigatórios ou facultativos, consoante sejam ou não exigidos por lei, e são vinculativos ou não vinculativos, conforme as respetivas conclusões tenham ou não de ser seguidas pelo órgão competente para a decisão*” (n.º 1) e que, “*Salvo disposição expressa em contrário, os pareceres legalmente previstos consideram-se obrigatórios e não vinculativos*” (n.º 2).

Do que antecede resulta claro que a distinção entre a natureza obrigatória ou facultativa dos pareceres prende-se com a imposição legal (ou a ausência dela) da obrigatoriedade da sua emissão, enquanto que a vinculatividade do parecer está relacionada com o facto de a lei impor ou não à entidade decisora o dever de seguir (e ponderar) as respectivas conclusões.

Assim, a regra geral vertida no CPA é a de que os pareceres legalmente previstos são obrigatórios e não vinculativos³⁷, revestindo os pareceres vinculativos natureza excepcional.

2. Da impugnabilidade dos pareceres à luz da legislação processual

Feito este enquadramento, importa recordar que decorre do disposto no artigo 51.º, n.º 1 do Código do Procedimento nos Tribunais Administrativos (“**CPTA**”)³⁸ que o acto administrativo impugnável abrange todas as decisões praticadas no exercício de poderes administrativos que, “*ainda que não ponham termo a um procedimento (...) visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta*”.

Ou seja, é hoje incontestável a impugnabilidade de actos procedimentais (i.e. actos intermédios), desde que dotados de eficácia externa. Com efeito, o legislador do CPTA adoptou, para efeitos de recorte da impugnabilidade dos actos administrativos, “*o critério identitário da figura do acto administrativo*” consagrado no artigo 148.º do CPA³⁹: a eficácia externa da decisão⁴⁰.

³⁶ Esta disposição foi cunhada por DANIEL CASTRO NEVES como “*norma estrela à luz da qual devem ser interpretados os conceitos de obrigatoriedade e de vinculatividade*”. V. *Os Pareceres – A Lei e o Direito: O lugar da legalidade e da juridicidade na disciplina procedimental dos pareceres*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2018, pág. 17.

³⁷ De notar que esta regra transita do artigo 98.º, n.º 2 do CPA de 1991.

³⁸ Aprovado pela Lei n.º 55/2002, de 22 de Fevereiro.

³⁹ Dispõe este artigo que “*Para efeitos do disposto no presente Código, consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta.*”

⁴⁰ Como salienta MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “*o requisito da definitividade (...) foi assumidamente afastado do regime da impugnabilidade*” vertido no CPTA. V. *Manual de Processo Administrativo*, Almedina,

Num tal quadro, sustentam Mário Aroso de Almeida e Carlos Fernandes Cadilha⁴¹ que estaria excluída a impugnabilidade dos actos meramente preparatórios (categoria onde se incluem os pareceres não vinculativos), sendo, porém, impugnáveis os pareceres vinculantes, cuja impugnabilidade resultaria da previsão do n.º 1 do artigo 51.º do CPTA⁴². Assim, entendem os referidos autores que estes pareceres (enquanto pré-decisões com eficácia externa e conteúdo decisório) poderiam ser impugnados pelos órgãos destinatários⁴³.

De igual modo, e no quadro do direito anterior, Pedro Gonçalves sustentou que os pareceres em causa não poderiam ser impugnados directamente pelo particular (destinatário da decisão), atendendo a que na perspectiva deste, tais pareceres seriam um “*acto interno no sentido de que os seus efeitos se esgotam no interior da administração*”⁴⁴.

Em sentido oposto – i.e. no sentido da impugnabilidade dos pareceres vinculativos pelos particulares interessados – pronunciaram-se Mário Aroso de Almeida e Carlos Fernandes Cadilha, Vieira de Andrade, Carla Amado Gomes, Fernanda Paula Oliveira/Maria José Castanheira Neves/Dulce Lopes e João Pacheco de Amorim, entre outros.

Mário Aroso de Almeida e Carlos Fernandes Cadilha defendem que a impugnabilidade destes pareceres pelos particulares decorre do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 51.º do CPTA⁴⁵.

Já Vieira de Andrade, apesar de considerar que o referido preceito do CPTA⁴⁶ apenas teria resolvido o problema da impugnabilidade dos pareceres vinculantes (enquanto “decisão administrativa preliminar”) na relação entre órgãos administrativos, permitindo ao órgão destinatário do parecer instaurar

2016, 2.ª ed., pág. 271.

⁴¹ V. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS FERNANDES CADILHA, *ob. cit.*, pág. 339.

⁴² Isto, no caso de estarem em causa pareceres emitidos no âmbito de relações entre órgãos de entidades diferentes.

⁴³ Em sentido semelhante pronunciou-se PEDRO GONÇALVES (cf. *ob. cit.*, págs. 9 a 12), sustentando que o parecer vinculante não poderia ser impugnado por não definir logo a posição jurídica do interessado – que, segundo este autor, seria um “terceiro”, visto que o parecer seria emitido no contexto de uma relação entre dois órgãos administrativos – precisamente por “*não realizar nenhuma função definitiva ou concretizadora do direito aplicável a uma relação jurídica*”. Salientamos que a referida obra é prévia à revisão do CPTA de 2015, que, repita-se, veio afastar o requisito da *definitividade*, possibilitando a impugnação contenciosa de actos procedimentais.

⁴⁴ V. PEDRO GONÇALVES, “Poderá o parecer vinculante ser um ato recorável?!” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 0 (Novembro/Dezembro de 1996), CEJUR, pág. 38.

⁴⁵ V. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS FERNANDES CADILHA, *ob. cit.*, pág. 350.

⁴⁶ Preceito que dispõe que “As decisões tomadas no âmbito de procedimentos administrativos sobre questões que não possam ser de novo apreciadas em momento subsequente do mesmo procedimento”.

uma acção tendente à respectiva impugnação “no pressuposto de que essa decisão produz imediatamente efeitos nas relações inter-administrativas”, acaba por admitir – “como expressão de uma defesa antecipada” ou precoce dos interessados, na medida em que em regra (...) irão causar lesões em direitos dos particulares” – a “impugnabilidade das “pré-decisões”, categoria onde este autor aparentemente inclui os pareceres vinculantes⁴⁷.

Para tanto, sustenta que “não estando essa impugnabilidade determinada no artigo 51.º [do CPTA], (...) deveria decorrer expressamente ou inequivocamente de uma lei”⁴⁸.

Por seu turno, Carla Amado Gomes entende que, independentemente da “qualificação material do parecer vinculante”⁴⁹, “(...) a dimensão da lesividade é base de sustentação bastante para a susceptibilidade da sua sindicância”⁵⁰.

Na mesma linha, Fernanda Paula Oliveira/Maria José Castanheira Neves/Dulce Lopes pronunciaram-se especificamente no sentido da impugnabilidade contenciosa autónoma dos pareceres vinculativos emitidos nos procedimentos de controlo prévio urbanísticos. Em concreto, sustentam que “(...) não faria sentido restringir a tutela contenciosa em situações em que o legislador claramente reconhece a possibilidade de recurso à tutela administrativa da posição jurídica dos particulares (cfr. artigo 114.º do RJUE). A possibilidade de se proceder à impugnação administrativa directa dos pareceres vinculantes parece afirmar, sem margem para dúvidas, a lesividade destes na perspectiva dos seus destinatários últimos (...), pelo que se justifica uma tutela contenciosa antecipada dos direitos ou interesses destes”⁵¹.

Por fim, entende João Pacheco de Amorim que a impugnabilidade dos pareceres vinculativos se justifica não só à luz das “ (...) tradicionais considerações de desejável reforço das garantias impugnatórias dos particulares, e de certeza e segurança jurídicas, mas também e ainda de razões de técnica jurídica”⁵².

Assim, e entre outros aspectos sustenta este autor que as pré-decisões, como seria o caso dos pareceres vinculativos, “ (...) na medida em que (...) se

⁴⁷ Cf. *A Justiça Administrativa* (Lições), 19.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, págs. 179.

⁴⁸ V. VIEIRA DE ANDRADE *ob. cit.*, pág. 181.

⁴⁹ A expressão é de HONG CHENG LEONG, *ob. cit.*, pág. 42. Como vimos, são várias as qualificações atribuídas a este acto, designadamente, “decisão” (enquanto acto administrativo definitivo), “co-decisão”, “pré-decisão”, “acto destacável”, “acto preparatório” e “acto instrumental”.

⁵⁰ V. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, pág. 99.

⁵¹ Cf. FERNANDA PAULA OLIVEIRA/MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES/DULCE LOPES, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, pág. 252.

⁵² V. JOÃO PACHECO DE AMORIM, “Sobre os conceitos de acto administrativo e ato impugnável no CPA e no CPTA”, in *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume I, coordenação de CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, 6ª ed., Lisboa, AAFDL, 2023, pág. 133.

configuram como atos materialmente definitivos e produtores de efeitos jurídicos externos (...) são verdadeiros e próprios actos administrativos (impugnáveis), reconduzindo-se ao conceito de acto administrativo do art. 148.º do CPA e do art. 51.º/1 do CPTA”⁵³.

III – Regime consagrado no RJUE em matéria de consultas

1. O regime de consultas estabelecido no RJUE: breve enquadramento

Como se adiantou, o RJUE dedica os artigos 13.º, 13.º-A, 13.º-B e 15.º à matéria das consultas das entidades externas, contendo o artigo 13.º (“*Disposições gerais sobre a consulta a entidades externas*”) a regulamentação aplicável a todas as consultas realizadas no contexto de todos os procedimentos⁵⁴ (licenciamento, PIP e comunicação prévia⁵⁵), enquanto que o artigo 13.º-A estabelece o regime jurídico aplicável aos pareceres emitidos em função da localização e os artigos 13.º-B e 15.º consagram, respectivamente (e entre outros aspectos), o regime aplicável às consultas no âmbito dos procedimentos de comunicação prévia e de informação prévia.

Começando pela *ratio* do instituto das consultas, recordamos, recorrendo às palavras de Cláudio Monteiro, que “(...) *idealmente o interesse público urbanístico expresso pelo plano [municipal] resultaria já da ponderação de “interesses públicos diferenciados, e da sua compatibilização recíproca, pelo que nada mais restaria a dirimir em sede da aprovação dos projectos das correspondentes operações urbanísticas.”*”⁵⁶

Todavia, “(...) na prática, porém, isso quase nunca acontece, ou por falta de plano ou de densidade do plano existente para acautelar interesses que apenas as soluções de projecto permitem avaliar, ou porque o legislador entendeu dever excluir determinado interesse do âmbito da ponderação feita no plano, atribuindo-lhe uma relevância autónoma no procedimento de controlo prévio da respectiva operação urbanística, e consequentemente um valor jurídico reforçado. Assim, em muitos casos, a legislação urbanística sujeita a realização de operações urbanísticas à prévia obtenção de pareceres, aprovações ou

⁵³ V. JOÃO PACHECO DE AMORIM, *ob. cit.*, pág. 137.

⁵⁴ Este artigo aplica-se “*indistintamente, consoante se trate de licenciamento de operações de loteamento urbano ou de obras de edificação, às consultas no âmbito da aprovação do projecto de loteamento ou de arquitectura e às consultas no âmbito da aprovação dos projectos de obras de urbanização ou das especialidades.*” – Cf. CLÁUDIO MONTEIRO, *ob. cit.*, pág. 17.

⁵⁵ De notar que as consultas efectuadas no contexto destes dois últimos procedimentos estão também reguladas nos artigos 15.º e 35.º, n.º 4 do RJUE

⁵⁶ Cf. *ult. cit.*

autorizações prévias de diferentes serviços da administração central, directa ou indirecta, do estado, exigíveis ora em função do tipo ou natureza das operações a realizar (...), ora em função da sua localização”⁵⁷.

Ou seja, determinadas operações urbanísticas estão – em função da sua natureza ou da sua localização⁵⁸ – sujeitas a consulta prévia da administração central, directa ou indirecta do Estado⁵⁹.

A doutrina tem vindo a entender que os pareceres emitidos ao abrigo das referidas disposições do RJUE “(...) são por natureza pronúncias⁶⁰ que, pese embora fundadas em condicionalismos legais e regulamentares relativos às competências dos órgãos exteriores aos municípios, devem ter por objeto questões científicas, técnicas ou jurídicas que possam suscitar apreciações discricionárias (v.g. pareceres em matéria de património cultural)”⁶¹ (sublinhado nosso).

A intervenção destas entidades – a realizar na fase instrutória do procedimento⁶² –justifica-se, portanto, para “efeitos de concretização de parâmetros legais e regulamentares que envolvam na sua aplicação juízos de valoração próprios da função administrativa (...) no âmbito das respectivas atribuições.”⁶³

Feito este enquadramento, vejamos então os traços mais relevantes do modelo das consultas externas estabelecido no RJUE.

1.1. Do regime vertido no artigo 13.º do RJUE

O artigo 13.º do RJUE estabelece o dito “regime comum das consultas a entidades externas”⁶⁴, regulamentando, assim, inúmeros aspectos aplicáveis às

⁵⁷ Cf. CLÁUDIO MONTEIRO, *ob. cit.*, pág. 13.

⁵⁸ Criticando a indefinição “com que é delimitado o (...) âmbito de aplicação” do artigo 13.º-A do RJUE. V. CLÁUDIO MONTEIRO, *ob. cit.*, pág. 17.

⁵⁹ Assim como do sector empresarial do Estado, bem como de entidades concessionárias que exerçam poderes de autoridade. Cf. artigo 13.º-A do RJUE.

⁶⁰ De salientar que, como refere CARLA AMADO GOMES, os pareceres não consubstanciam uma mera informação, atendendo a que o órgão consultivo adopta sempre uma posição técnica, jurídica ou valorativa em função das circunstâncias do caso concreto – Cf. *ob. cit.*, pág. 99.

⁶¹ Cf. ISABEL MORAES CARDOSO e IVAN ROQUE DUARTE, “A intervenção do ICNF na gestão urbanística municipal no âmbito do SNDFCI e a criação da entidade regional de condicionalismos à edificação” in *Questões atuais de Direito Local*, n.º 20 (Outubro – Dezembro de 2018), AEDRL, pág. 76.

⁶² Salientamos que as consultas são promovidas antes de os serviços municipais apreciarem tecnicamente a proposta, porquanto são efectuadas após a fase de saneamento, na qual apenas se procede a uma verificação administrativa e formal dos elementos entregues.

⁶³ Cf. ISABEL MORAES CARDOSO e IVAN ROQUE DUARTE, *ob. cit.*, págs. 76 e 77.

⁶⁴ A expressão é de CLÁUDIO MONTEIRO, *ob. cit.*, pág. 17.

diferentes consultas previstas ao longo deste diploma, designadamente, a natureza, prazos da emissão dos pareceres e efeitos da falta de pareceres ou da sua emissão extemporânea.

Como facilmente se antecipa, este preceito nada diz sobre a sindicabilidade contenciosa dos pareceres em causa.

Atenta a economia do presente artigo, referir-nos-emos apenas à vinculação dos pareceres.

Em linha com o regime geral vertido no CPA, acima exposto, os n.ºs 4 e 7 do artigo 13.º do RJUE estabelecem que os pareceres só terão efeito vinculativo se preencherem os seguintes requisitos cumulativos: *(i)* restringirem-se ao âmbito das atribuições e competências da entidade⁶⁵; *(ii)* que a lei lhes confira expressamente esse carácter; *(iii)* que se fundamentem em condicionalismos legais ou regulamentares; *(iv)* que sejam recebidos no prazo legalmente previsto (não bastando a sua emissão em tempo)⁶⁶.

A respeito do terceiro requisito – e considerando que a definição dos restantes requisitos não carece de explicações detalhadas – notamos que, para o mesmo estar verificado, deve a “*fundamentação legal ou regulamentar referir-se a verdadeiros condicionalismos de ordem material à pretensão urbanística*”⁶⁷.

Dito isto, uma especial nota se impõe quanto ao facto de o artigo 13.º, nos seus n.ºs 6 e 14 estabelecer, respectivamente: *(i)* uma presunção de concordância das entidades externas “*com a pretensão formulada se os respectivos pareceres (...) não forem recebidos dentro do prazo*” legal (ou seja, não se exige que os

⁶⁵ Esta restrição ao objecto dos pareceres decorre da garantia constitucional da autonomia local, consagrada no artigo 6.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (“CRP”). A este respeito atente-se que o artigo 13.º, n.º 15 do RJUE dispõe que “*Quando as consultas, pareceres ou autorizações (...) incidirem sobre áreas geográficas que não sejam abrangidas pelo regime jurídico que motivou o pedido de consulta, de parecer ou autorização, as mesmas devem ser desconsideradas e o procedimento prosseguir, considerando-se haver concordância da entidade consultada.*”. Salientamos que tal norma foi introduzida pelo legislador do Simplex Urbanístico (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2024, de 8 de Janeiro) que terá, assim, assumido a existência de situações em que as entidades se pronunciam fora das suas competências. Nesse sentido, V. ISABEL ABALADA MATOS e ISABEL MORAES CARDOSO, “Direito do Urbanismo numa perspectiva prática: O excesso de complexidade que conduz à simplificação excessiva”, in *Atas do III Congresso de Direito do Urbanismo*/coordenação de FERNANDA PAULA OLIVEIRA, Coimbra, Almedina, 2024, pág. 298.

⁶⁶ Vinte dias úteis contados da disponibilização do processo. Notamos que, como refere CARLA AMADO GOMES, estamos perante um “*parecer vinculativo degradável em não vinculativo em razão de ter sido emitido fora do prazo*”. V. ob. cit., pág. 105.

⁶⁷ Cf. FERNANDA PAULA OLIVEIRA/MARIA CASTANHEIRA NEVES/DULCE LOPES, ob. cit., 2018, pág. 250. Ou seja, o parecer não pode basear-se em meras apreciações genéricas ou de ordem subjectiva.

pareceres sejam expressos, sendo admitidos “*pareceres favoráveis tácitos*”⁶⁸; **(ii)** que o procedimento deve prosseguir sem o parecer (independentemente do carácter obrigatório e vinculativo) quando o mesmo não tenha sido emitido em tempo⁶⁹.

A respeito da solução referida em **(ii)** supra – imposta, como facilmente se intui, por razões de celeridade e designada pela doutrina como “descartabilidade” dos pareceres⁷⁰ – importa notar que a mesma se traduz na legitimação da degradação da emissão de parecer em formalidade prescindível. Com efeito, como se adiantou, o legislador do CPA optou por prever que o incumprimento de tal formalidade não gera a invalidade do acto final⁷¹.

Neste âmbito entendemos que a não emissão de pareceres por parte de entidades públicas que, por imposição legal, se devam pronunciar sobre determinada pretensão urbanística, consubstancia uma violação do princípio da legalidade que pode causar graves entorses e prejuízos para o interesse público, assim como prejuízos na esfera dos privados (desde logo, ao nível da segurança jurídica da decisão final do procedimento urbanístico) e do cumprimento de princípios gerais da actuação administrativa, *maxime* o princípio da imparcialidade⁷².

Com efeito, importa não perder de vista que a *ratio* do instituto das consultas às entidades externas é, precisamente, assegurar a tutela de interesses públicos no âmbito dos procedimentos urbanísticos. Assim, e na ausência de um parecer externo vinculativo e, conseqüentemente, de um processo ponderativo da totalidade dos interesses relevantes em presença, não há garantias de que a decisão final tenha atendido a todos os interesses relevantes.

Contudo, a verdade é que pode não haver violação do referido princípio da imparcialidade sempre que “o resultado normativo resultante da ponderação discricionária for conforme aos princípios que regem a actividade administrativa.”⁷³

⁶⁸ Nesse sentido, V. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo Perguntas de Bolso, Respostas de Algibeira*, Almedina, 2013, pág. 17.

⁶⁹ Cf. nota de rodapé n.º 9.

⁷⁰ V. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, pág. 101 a 112. Evidentemente, esta situação é distinta dos casos em que o órgão decisor “afasta” o parecer vinculativo com fundamento na sua ilegalidade.

⁷¹ Podendo concluir-se que, desde 2015, “o CPA tem vindo a desvalorizar a figura [*do parecer*] em termos gerais”. V. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria geral do Direito Administrativo*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2025, pág. 351.

⁷² Nesse sentido, V. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, pág. 109.

⁷³ V. DANIEL CASTRO NEVES, *ob. cit.*, pág. 53.

1.2. Consultas em razão da localização

As consultas em razão da localização, reguladas no artigo 13.º- A⁷⁴, têm lugar no âmbito dos procedimentos de licenciamento e do PIP qualificado e incidem exclusivamente sobre aspectos relacionados com a localização, ficando excluídas, nomeadamente, as consultas externas relativas aos projectos das especialidades.

Estas consultas são realizadas através da CCDR territorialmente competente, enquanto entidade coordenadora, a qual emite uma decisão global e vinculativa de toda a administração (cf. artigo 13.º- A, n.º 1).

Assim, cabe à CCDR identificar as entidades que, nos termos da lei, devem emitir parecer, aprovação ou autorização de localização, assim como promover a respectiva consulta.

Se não existirem posições divergentes entre as entidades consultadas, a CCDR toma a decisão final a contar do termo do prazo para as entidades consultadas se pronunciarem (cf. artigo 13.º-A, n.º 6 do RJUE⁷⁵).⁷⁶ Já no cenário inverso – i.e. quando as posições das entidades consultadas sejam divergentes – cabe à CCDR promover uma *reunião*, na qual devem participar todas as entidades (incluindo o próprio requerente, querendo) com vista a obter uma solução concertada. É no seguimento de tal reunião que a CCDR emite a decisão final vinculativa (cf. artigo 13º-A, n.º 7 do RJUE)⁷⁷.

A respeito deste mecanismo salientamos que quando a decisão é proferida em conferência decisória os pareceres emitidos pelas entidades consultadas no procedimento perdem automaticamente a sua “*natureza vinculativa, independentemente da sua classificação em legislação especial*” (cf. artigo 13º-A, n.º 11 do RJUE).

⁷⁴ Para mais desenvolvimentos sobre este artigo V. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, 4.ª ed. actualizada e ampliada, Braga, AEDREL, 2021, págs. 281 a 284.

⁷⁵ No prazo de cinco dias úteis.

⁷⁶ Sobre este regime (na redacção dada pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, entretanto alterada) pronunciou-se, criticamente, CLÁUDIO MONTEIRO (V. *ob. cit.*, pág. 8), sustentando que “*as entidades que se devem pronunciar sobre as operações urbanísticas em razão da sua localização não dispõem da mesma margem de livre apreciação e decisão de que gozam as entidades responsáveis pelo planeamento, pelo que não podem exigir ou transigir na composição dos interesses públicos diferenciados do estado implicados na sua realização. essa composição é aquela que resulta dos instrumentos de gestão territorial vinculativos para os particulares e, na falta deles, ou mesmo para além deles, da hierarquia de interesses definida pelo próprio legislador. não é a composição de interesses que a CCDR ou a conferência decisória logrem alcançar no caso concreto.*”

⁷⁷ Esta decisão deve ser emitida no prazo de dez dias úteis.

Esta solução foi criticada por Cláudio Monteiro, que considera que “(...) retirar a força vinculativa dos pareceres emitidos não é uma mera operação de «desclassificação» daqueles pareceres; é também, por força do regime estabelecido no n.º 6 do referido art. 13.º [actual n.º 7], uma operação de «desvinculação» da operação urbanística das normas legais e regulamentares que fundamentaram a sua emissão.”⁷⁸ Concluindo que é “(...) por isso, manifestamente, uma operação inconstitucional, e portanto inadmissível, sempre que dela resulte uma decisão global que não respeite aquelas vinculações.”

De igual modo, não podemos deixar de referir que a doutrina tem vindo ainda a assinalar a ausência de exercício por parte das CCDR de verdadeiros poderes de concertação entre as entidades consultadas (e que conduz, na prática, à inexistência de decisões globais vinculativas)⁷⁹.

1.3. Consultas prévias – em particular, as consultas efectuadas no âmbito dos procedimentos de comunicação prévia

O artigo 13.º-B do RJUE prevê a possibilidade de, no âmbito dos procedimentos de licenciamento e do PIP qualificado, o requerente solicitar directamente os pareceres legalmente exigidos⁸⁰ às entidades exteriores, substituindo-se, assim, à câmara municipal na relação com tais entidades.

Diferentemente, no caso da comunicação prévia as consultas às entidades externas constituem elementos instrutórios da pretensão⁸¹, devendo, como tal, ser efectuadas previamente. Dispensa-se, contudo, a realização de tais consultas

⁷⁸ V. *ob. cit.*, pág. 8.

⁷⁹ V. ISABEL ABALADA MATOS e ISABEL MORAES CARDOSO, *ob. cit.*, pág. 298.

⁸⁰ Salientamos que, no quadro da vigência do Sistema Nacional de Defesa contra Incêndios (“**SNDCI**”) – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 124/2006, de 28 de Junho, revogado pelo Decreto-Lei n.º 82/2021, de 13 de Outubro –, o Instituto de Conservação da natureza (“**ICNF**”) rejeitava o exercício desta faculdade com base numa interpretação literal e, sublinhe-se, inadmissível do artigo 16.º, n.º 3 alínea g) do SNDCI, na redacção conferida pela Lei n.º 76/2017, de 17 de Agosto. Com efeito, o parecer emitido por esta entidade no contexto do SNDCI, abordado mais à frente, estava (como qualquer outro parecer) sujeito ao regime geral das consultas às entidades externas previsto no artigo 13.º do RJUE. Nesse sentido, V. FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES, “Mais um parecer “fora da caixa”?: o parecer do ICNF no âmbito da nova redacção do art. 16.º do SDFCI e os pareceres em função da localização do RJUE”, in *Questões atuais de Direito Local*, AEDRL, n.º 17 (Janeiro-Março de 2018), pág. 132 e ISABEL MORAES CARDOSO e IVAN ROQUE DUARTE, *ob. cit.*, pág. 79.

⁸¹ Cf. Portaria n.º 71-A/2024, de 27 de Fevereiro.

sempre que a operação urbanística se insira num plano de pormenor⁸² ou numa operação de loteamento ou tenha sido precedida de uma informação prévia favorável⁸³, pois nesse caso as entidades relevantes já terão emitido uma pronúncia (favorável) no contexto da aprovação de tais actos e instrumentos (cf. artigos 13.º, n.º 2 e 34.º, n.º 5 do RJUE).

2. Relevância dos pareceres das entidades externas no plano da validade da licença e da comunicação prévia

Antes de mais, recordamos que a emissão de um parecer negativo⁸⁴ por “qualquer entidade consultada” nos termos do RJUE “cuja decisão seja vinculativa” é um dos motivos (taxativos) de indeferimento da licença⁸⁵ – Cf. artigo 24.º, n.º 1, alínea d) do RJUE.

Acresce que constitui causa de nulidade da licença, assim como do PIP, a circunstância de estes actos não terem sido precedidos “(...) de consulta das entidades cujos pareceres, autorizações ou aprovações sejam legalmente exigíveis, bem como quando não estejam em conformidade com esses pareceres, autorizações ou aprovações.”⁸⁶ – cf. artigo 68.º, alínea c) do RJUE⁸⁷.

⁸² Com excepção dos planos de salvaguarda que estabeleçam a necessidade da realização de consultas.

⁸³ De notar que em causa estarão comunicações prévias precedidas de um PIP não apresentado ao abrigo do artigo 14.º, n.º 2 do RJUE, já que deixou de ser possível submeter uma comunicação prévia para a realização de uma operação urbanística coberta por um PIP qualificado, sob pena de extinção do procedimento nos termos do artigo 11.º, n.º 2, alínea c) do RJUE.

⁸⁴ A par da recusa de aprovação ou autorização da pretensão.

⁸⁵ Ainda que tal não esteja previsto expressamente na lei, constitui igualmente um dos motivos de indeferimento do PIP qualificado, considerando que a apreciação técnica do projecto de arquitectura que deve instruir o PIP é feita nos mesmos termos do pedido de licenciamento (cf. artigo 20.º do RJUE).

⁸⁶ Ou seja, a lei comina com a nulidade quer a falta de promoção da consulta/de resposta à mesma, quer a prolação da decisão final em desconformidade com o parecer emitido. Notamos ainda que esta norma continua a prever a figura da autorização de utilização. Recordamos que à luz da versão do RJUE anterior ao Simplex Urbanístico – que erradicou esta figura do RJUE –, o procedimento de autorização, anteriormente previsto para a utilização dos edifícios e suas fracções, constituía um procedimento de controlo prévio. Isto, ainda que a sua tramitação não estivesse especificamente regulada. Nesse sentido, cf. MARTA CAVALEIRA, “Especificidades do contencioso dos atos administrativos de controlo prévio de operações urbanística”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro/Tribunal Constitucional*, 1ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, págs. 721 e 722.

⁸⁷ Salientamos que idêntica solução consta do artigo 143.º do RJIGT, o qual dispõe que “São nulos os atos administrativos que decidam pedidos de licenciamento ou admitam comunicações prévias, com

A este respeito salientamos que apenas é sancionado com o desvalor mais grave da nulidade a licença (ou o PIP) emitido sem que tenha sido emitido um parecer vinculativo ou que não se conforme com o mesmo⁸⁸. Ou seja, a ausência de um parecer obrigatório não vinculativo não gera a nulidade do acto final.

Acrescente-se que, no caso da comunicação prévia, não há lugar à prática de qualquer acto administrativo (i.e. uma decisão final) ao qual possa ser assacado o desvalor da nulidade. Em todo o caso, a “*não promoção das consultas obrigatórias gera uma situação que, sendo detectada, permite à Administração atuar em sede de fiscalização sucessiva (cfr. n.º 8 do artigo 35º)*”. Contudo, recordamos que esta possibilidade está restringida a um horizonte temporal de 10 anos: o limite fixado no RJUE para o exercício da fiscalização sucessiva. Ou seja, entendemos que, uma vez decorrido este prazo, a ausência de pareceres obrigatórios deixa de poder constituir fundamento para a actuação em sede de fiscalização sucessiva⁸⁹.

Notamos, por fim, que mesmo no caso das operações isentas de controlo prévio poderá ser necessária a promoção de consulta às entidades externas, considerando que a referida isenção não dispensa o cumprimento das normas legais e regulamentares aplicáveis, como o regime das servidões ou restrições de utilidade pública (“**SRUP**”)⁹⁰ – como é o caso da Reserva Ecológica Nacional (“**REN**”) e da Reserva Agrícola Nacional (“**RAN**”)⁹¹, que configuram restri-

inobservância das proibições ou limitações decorrentes do estabelecimento de medidas preventivas e de normas provisórias, que violem os pareceres vinculativos emitidos ou que tenham sido praticados sem prévia solicitação dos pareceres vinculativos devidos.” Alertamos para o facto de a referência a actos administrativos que “*admitam comunicações prévias*” estar desactualizada face ao actual figurino da comunicação prévia.

⁸⁸ V. FERNANDA PAULA OLIVEIRA/MARIA CASTANHEIRA NEVES/DULCE LOPES, *ob. cit.*, pág. 504.

⁸⁹ Em termos práticos esta situação será, à partida, pouco frequente, considerando que mesmo a existência de consultas externas no caso da comunicação prévia é excepcional, já que esta “*ocorre, precisamente, em área abrangida por plano de pormenor, operação de loteamento (...) e, como decorre do n.º 5 do artigo 34º [do RJUE], nestas situações as entidades já se pronunciaram no âmbito daqueles instrumentos/ actos (...)*”. V. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *As Alterações ao Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação em Perguntas e Respostas*, Coimbra, Almedina, 2021, pág. 43. Segundo a nossa experiência, a comunicação prévia tinha, até ao Simplex Urbanístico, pouca utilização, considerando que os promotores preferiam optar pelo procedimento da licença, que lhes daria mais segurança. Actualmente, existe uma tendência para seguir a via do PIP qualificado, que permite obter uma decisão expressa sobre o projecto de arquitectura.

⁹⁰ Sobre esta matéria V. o Guia Orientador das Consultas em razão da localização Sistema de Informação do RJUE da CCDR do Centro, I.P., datado de 2025, disponível em www.ccdrc.pt.

⁹¹ Cujo regime consta, respectivamente, dos Decretos-Lei n.º 124/2019, de 28 de Agosto e n.º 73/2009, de 31 de Março; na sua redacção actual (adiante “**RJREN**”) e “**RJLAN**”).

ções de utilidade pública⁹² – e as normas relativas à protecção do património cultural imóvel (cf. artigo 6.º, n.º 8 do RJUE).

Salientamos que as operações urbanísticas isentas de controlo prévio promovidas pela própria Administração Pública (as designadas “isenções de carácter subjectivo”) não podem iniciar-se antes da emissão dos pareceres das entidades externas⁹³ (cf. artigo 7.º, n.º 8 do RJUE).

IV – Jurisprudência em matéria de emissão de pareceres – breve apontamento

Feito este enquadramento geral, sublinhamos que o Supremo Tribunal Administrativo (“**STA**”) já por diversas vezes se pronunciou sobre a problemática em apreço no contexto de procedimentos urbanísticos, como é o caso do acórdão proferido no processo n.º 0239/04, de 6 de Dezembro de 2005⁹⁴.

Assim, neste aresto discutia-se, designadamente, a possibilidade de impugnação judicial autónoma e o efeito vinculativo do parecer vinculativo e obrigatório emitido pelo Instituto Português do Património Arquitectónico (“**IPPAR**”) – entidade então competente em matéria de protecção do património cultural⁹⁵ – relativamente a um projecto de construção⁹⁶, o qual foi desfavorável e que, nos termos da lei, condicionava a decisão da câmara municipal relativamente à pretensão urbanística.

Ora, da decisão proferida pelo STA importa destacar o facto de este tribunal ter **(i)** considerado que os pareceres vinculativos são contenciosamente impugnáveis, atenta a sua eficácia externa e a sua lesividade na esfera dos interessados⁹⁷; **(ii)** clarificado que a impugnação de um parecer vinculativo é facil-

⁹² Entre outras servidões, destacamos as servidões a cargo das Infraestruturas de Portugal, S.A., como é o caso das estradas nacionais e as servidões em matéria de protecção e valorização do património cultural.

⁹³ Ou após o decurso do prazo fixado para a respectiva emissão.

⁹⁴ Disponível em <https://www.dgsi.pt..>

⁹⁵ Consabidamente, as entidades actualmente competentes nesta matéria são as CCDR territorialmente competentes e o Património Cultural, IP.

⁹⁶ Em causa estava uma pretensão urbanística que incidia sobre um imóvel localizado na zona envolvente do Castelo de Leiria, uma área de significado cultural e arquitectónico.

⁹⁷ Assim, refere-se neste aresto que *«Foi-se dizendo o parecer não vinculativo seria mero ato interno, atuando apenas ao nível das relações interorgânicas e, por isso, qualquer ilegalidade de que padecesse apenas se refletiria na invalidade do ato final que dele se tivesse apropriado. Um tal vazamento da enfermidade do parecer permitiria, segundo o princípio da impugnação unitária, a sindicância contenciosa do ato final com os fundamentos invalidantes que àquele pudessem imputar-se (...). Mas, se o parecer fosse vinculativo, quando desfavorável ao interessado, ele projetar-se-ia desde logo com lesividade na esfera deste. E então, à semelhança*

tativa, pelo que a sua não impugnação autónoma não impede a subsequente impugnação da decisão final que vier a ser emitida com base nos vícios desse mesmo parecer⁹⁸.

De sublinhar que o STA se debruçou recentemente (ainda que *a latere*) sobre a matéria em causa fora do quadro dos procedimentos urbanísticos no acórdão de 21 de Fevereiro de 2024, proferido no processo n.º 0189/23.0BALS⁹⁹.

Assim, e suportando-se na jurisprudência firmada no referido acórdão de 6 de Dezembro de 2005, o STA considerou que os pareceres vinculativos seriam impugnáveis autonomamente ao abrigo do disposto no artigo 51º, n.º 1 do CPTA¹⁰⁰.

V – Dificuldades, “abusos” e incertezas no contexto da emissão de pareceres – alguns exemplos práticos

Feito este enquadramento geral, vejamos então algumas situações apontadas pela doutrina em que a emissão de pareceres gera não só dificuldades e entropias no seio dos procedimentos urbanísticos, mas constitui também uma intrusão nas competências dos municípios em matéria de gestão urbanística.

de outra tipologia de atos aos quais se reconhecia impugnabilidade contenciosa direta (ex: atos destacáveis), foi-se admitindo que seriam “atos administrativos recorríveis”. Neste sentido se firmou alguma jurisprudência (é o caso, por mais recente, do Ac. do STA de 30/09/2003, Proc. n.º 826/03; também os acs. do Pleno de 16/01/2001 e de 15/11/2001, nos Processos n.ºs 31317 e 37811 (...). Abreviando razões, pode dizer-se que o trilho desta posição está praticamente traçado. E se adaptado ao caso do parecer vinculativo, pela função que exerce no seio do procedimento, temos por resolvida a questão nos seguintes termos: o parecer vinculativo, apesar de ato intercalar e preparatório, pela eficácia externa de que se revista e pelos efeitos que produza, será autónoma e contenciosamente impugnável» (sublinhado nosso).

⁹⁸ Com efeito, o STA considerou que, por força da aplicação do princípio da impugnação unitária, é possível imputar ilegalidades do parecer no âmbito da impugnação da decisão final ainda que o parecer não tenha sido objecto de impugnação autónoma.

⁹⁹ Neste acórdão (disponível em <https://www.dgsi.pt>) discutia-se essencialmente a legitimidade activa de uma determinada associação ambiental para impugnar a criação (e o funcionamento) de uma Comissão Técnica Independente (“CTI”) cujo objectivo era avaliar opções estratégicas de aumento da capacidade aeroportuária na área de Lisboa.

¹⁰⁰ Num tal quadro, concluiu o STA que a actividade da CTI não produziria efeitos externos, considerando que a mesma foi criada para “elaborar pareceres/relatórios técnicos de apoio às decisões a tomar. Tanto mais que, além de a CTI não produzir “decisões”, as questões técnicas por si abordadas nos seus relatórios serão necessariamente retomadas subsequentemente no procedimento, através das decisões que vierem a ser tomadas pelo Governo, pelo que, também por isso, fica afastada a sua impugnabilidade como decorre do n.º 2 do mesmo art. 51º do CPTA.”

1. Do atraso na emissão da decisão final com fundamento na ausência do parecer da entidade externa

Conforme assinalado *supra*, existe uma *praxis* que vai no sentido de retardar a decisão final do procedimento urbanístico até à emissão do(s) parecer(es) das entidades externas e que coloca sérios constrangimentos “ao pleno funcionamento do sistema erigido pelo RJUE”¹⁰¹.

Efectivamente, e como escrevem Dulce Lopes e Maria José Lufinha, são muitas as câmaras municipais que não retiram “(...) as consequências legais da não emissão dos pareceres no prazo legal”¹⁰², esperando por vezes longo tempo (mais do que corresponde aos prazos de decisão previstos no (...) RJUE” até que as entidades externas emitam pareceres expressos que venham revogar os pareceres favoráveis que se considera terem sido firmados por via do silêncio”¹⁰³.

Como facilmente se antecipa, esta *praxis* lesa seriamente a esfera jurídica do requerente, que acaba por ser obrigado a “reagir [administrativa e judicialmente] contra a inação da Administração nos procedimentos de licenciamento” por forma a evitar ter de aguardar (no limite, *ad aeternum*) a emissão do(s) parecer(es)¹⁰⁴.

2. Os pareceres emitidos no contexto das áreas abrangidas por SRUP

Outra situação com impacto negativo nos procedimentos urbanísticos identificada pela doutrina é a emissão de pareceres no contexto das áreas abrangidas por SRUP, em que o regime regra é a sujeição a licenciamento, acrescida do parecer¹⁰⁵ das entidades que tutelam estes regimes.

¹⁰¹ V. DULCE LOPES e MARIA JOSÉ LUFINHA, “Por que falham as consultas em razão da localização?: os pareceres de entidades externas e o seu impacto na gestão do território”, in *Questões Atuais de Direito Local*, Braga, n.º 15 (Julho – Setembro de 2017), pág. 52.

¹⁰² Como referido, aplica-se aos pareceres o mecanismo do deferimento tácito (cf. artigo 13.º, n.º 6 do RJUE).

¹⁰³ V. *ult. cit.*.

¹⁰⁴ V. *ult. cit.*. Anote-se que, segundo DULCE LOPES e MARIA JOSÉ LUFINHA, os interessados ficam ainda “obrigados a discutir eventuais ações de responsabilidade que envolvam, neste caso, o comportamento mutuamente prejudicial e ilícito das entidades externas e do Município competente”. V. *ult. cit.*.

¹⁰⁵ Notamos que no caso de restrições de utilidade público como a RAN, o “parecer prévio” a emitir pela entidade competente nesta matéria não consubstancia, materialmente, um parecer, conforme referido *supra*. Salientamos que o legislador qualifica, erradamente, as autorizações e aprovações a emitir no âmbito do RJRAN como “parecer” (cf. artigo 23.º, que prevê a emissão de um “parecer prévio”).

Assim, autores como Ana Queiroz do Vale – numa lógica, acrescentamos nós, de simplificação da actividade urbanística – reclamam uma revisão do regime geral de emissão de parecer pelas entidades tutelares de SRUP no sentido de se prescindir da pronúncia formal da entidade da tutela (por forma a deixar de sujeitar ao procedimento mais “pesado” do licenciamento a realização de operações urbanísticas em áreas sobre as quais incidam determinadas SRUP), passando o município a verificar, caso a caso, o cumprimento das “condições objetivas para protecção e efetivação das SRUP”¹⁰⁶.

3. Da apreciação do mérito do projecto de arquitectura pelas entidades competentes em matéria do património cultural imóvel

Um exemplo de uma situação em que a intervenção tutelar extravasa o regime estabelecido é o caso da apreciação efectuada pela (entretanto extinta) Direcção-Geral do Património Cultural ¹⁰⁷ – entidade com competências na área do património imóvel classificado –, relativamente às zonas de protecção a bens imóveis classificados ^{108 109}.

Assim, sustenta Ana Queiroz do Vale que tal entidade entraria na análise do mérito do projecto de arquitectura referente a áreas inseridas nas ditas zonas de protecção como se de um bem classificado se tratasse, extravasando, assim, as suas competências.

Recorda esta autora que para as zonas de protecção a bens imóveis classificados é obrigatória a elaboração de um Plano de Pormenor de Salvaguarda

¹⁰⁶ Nesse sentido V. ANA QUEIROZ DO VALE, “Regime jurídico de urbanização e edificação: demandas e desafios para um “novo” regime” in *Revista de Direito Local*, Braga, n.º 38, Abril – Junho de 2023, que considera que, em paralelo, seria ainda necessário aperfeiçoar o regime de cada SRUP, no sentido de “densificar quais as SRUP que requerem efetivamente um regime mais exigente de controlo prévio, isto é, quais destas requerem uma formalização de parecer”. A título de exemplo, a autora aponta o RJREN como sendo um diploma que contém “normas claras quanto à sua aplicação, podendo os municípios verificar [facilmente] o seu cumprimento, remetendo para o regime directo de comunicação prévia à CCDR em fase autónoma e quanto a ações compatíveis”. V. págs. 27 e 28.

¹⁰⁷ Recordamos que o Património Cultural, IP sucedeu a esta direcção geral, tendo ainda as CCDR assumido (relevantes) competências em matéria de protecção do património cultural imóvel.

¹⁰⁸ V. ANA QUEIROZ DO VALE, *ob. cit.*, pág 28.

¹⁰⁹ De sublinhar que “As zonas gerais e especiais de protecção dos imóveis classificados são caracterizadas pelo legislador como servidões administrativas (cfr. n.º 4 do artigo 43º da Lei nº 107/2001 e n.º 1 do artigo 51º do DL nº 309/2009), que consubstanciam encargos sobre determinados prédios (os existentes nessas zonas de protecção) em proveito da utilidade pública do bem cultural imóvel, encargos que podem ser mais ou menos abrangentes, consoante os casos.” – V. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, proferido no processo n.º 00563/15.6BECBR, de 31.01.2020, disponível em <https://www.dgsi.pt>.

(uma das modalidades específicas do plano de pormenor), o que, contudo, a maioria das vezes não se verifica¹¹⁰.

Assim, e caso o município disponha de um plano com tal natureza, não se afigura necessária a emissão de qualquer parecer, impondo-se, ao invés, “(...) a verificação do cumprimento de tal plano”¹¹¹. Conclui a dita autora que “(...) devia, pois, ser imposto um regime punitivo para a entidade obrigada a tal plano, e não permitir, como no atual regime, a sujeição sistemática a parecer (subjeto) pelo não cumprimento de tal obrigação”¹¹².

4. O parecer vinculativo emitido pelo ICNF anteriormente previsto no SNDCI

Por fim, não podemos deixar de dedicar umas breves linhas ao parecer emitido pelo ICNF no âmbito do SNDCI – introduzido neste diploma em 2017¹¹³ –, entretanto revogado, cuja previsão legal foi severamente criticada por uma parte da doutrina¹¹⁴ em virtude das graves dificuldades causadas ao nível da gestão urbanística.

Com efeito, entre outras críticas apontadas a este parecer, destacamos a ausência de “fundamento objetivo” para a sua exigibilidade e o facto de a sua previsão legal redundar, na prática, “num mecanismo de controlo da atividade de gestão urbanística pela Administração central”¹¹⁵.

Isto, na medida em que a lei exigia a sua emissão “relativamente a obras de construção de novos edifícios ou de ampliação de edifícios existentes, incluindo, por isso, as obras de reconstrução de pré-existências com ampliação, nos casos em que as mesmas

¹¹⁰ Este plano, a aprovar pelo “município, em parceria com os serviços da administração central ou regional autónoma responsáveis pelo património cultural” encontra-se previsto e regulado na Lei de Bases da Política e do Regime de Proteção e Valorização do Património Cultural, aprovada pela Lei n.º 107/2001, de 4 de Setembro (cf. artigos 15.º, 43.º, 53.º e 54.º). Cf. ainda os artigos 103.º, n.º 2, alínea c) e 106.º do RJIGT.

¹¹¹ V. ANA QUEIROZ DO VALE, *ob. cit.*, pág. 28.

¹¹² V. *ult. cit.*.

¹¹³ Assim, dispunha o artigo 16.º, n.º 3 alínea g) do SNDCI, na redacção conferida pela Lei n.º 76/2017, de 17 de Agosto, que “A construção de novos edifícios ou a ampliação de edifícios existentes apenas são permitidas fora das áreas edificadas consolidadas, nas áreas classificadas na cartografia de perigosidade de incêndio rural definida em PMDFCI como de média, baixa e muito baixa perigosidade” dependia do cumprimento cumulativo de um conjunto de condicionalismos, nomeadamente a emissão de parecer vinculativo do ICNF, a solicitar pela câmara municipal.

¹¹⁴ V. ISABEL MORAES CARDOSO e IVAN ROQUE DUARTE, *ob. cit.*, págs. 71 a 90 e FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES, “Mais um parecer “fora da caixa”?...”, págs. 127 a 135.

¹¹⁵ ISABEL MORAES CARDOSO e IVAN ROQUE DUARTE, *ob. cit.*, pág. 75.

cumpram a faixa de proteção dos 50m, prevista no artigo 16.º, n.º 3, alínea a) do SNDCl”¹¹⁶.

Assim, entenderam Isabel Moraes Cardoso e Ivan Roque Duarte que não seria razoável atribuir “a uma entidade da administração central a simples verificação de uma regra absolutamente vinculada e sem margem de discricionariedade”¹¹⁷: a aferição relativa ao cumprimento da dita faixa de protecção.

VI – Posição adoptada

Atento o exposto, não podemos deixar de considerar que os pareceres vinculativos, funcionalmente independentes e autónomos, apresentam um conteúdo materialmente decisório, não exercendo uma função meramente consultiva. Isto, pelo simples facto de existirem aspectos da decisão que “já foram ponderados em termos finais” e que, como tal, se impõem ao órgão decisor¹¹⁸.

Em síntese, os efeitos da decisão decorrem do próprio parecer e, consequentemente, devem ser-lhe assacadas funções de decisão final (ou, pelo menos, de pré-decisão ou decisão administrativa preliminar), nos termos acima detalhados.

Em todo o caso, e independentemente da roupagem jurídica do parecer vinculante, julgamos que a natureza lesiva destes pareceres é suficiente para fundamentar a sua impugnabilidade¹¹⁹.

Acresce o facto de os procedimentos urbanísticos consubstanciarem procedimentos (complexos) de ponderação de interesses, em que a intervenção destas entidades é fundamental, na medida em que, como vimos, os pareceres emitidos por tais entidades podem (na medida em que sejam vinculativos, nos termos acima expostos) condicionar a decisão final dos municípios.

Assim, entendemos que os pareceres vinculativos não podem deixar de ser impugnáveis, quer pelos respectivos órgãos destinatários, quer pelos particulares, ainda que sejam considerados “terceiros”¹²⁰.

¹¹⁶ Cf. *ob. cit.*, págs. 74 e 75.

¹¹⁷ Cf. *ob. cit.*, pág. 77. Ou seja, em causa estaria uma aferição que não implica qualquer valoração de natureza técnica ou jurídica, devendo, como tal, a mesma ser feita pelos próprios municípios. Cf. ISABEL MORAES CARDOSO e IVAN ROQUE DUARTE, *ob. cit.*, pág. 76.

¹¹⁸ Nesse sentido, V. PEDRO GONÇALVES, “Apontamento sobre ...”, pág. 5. Nessas situações sustenta este autor que a ponderação e o juízo crítico efectuado pelo órgão emitente do parecer “*prejudica o exercício dos poderes de administração activa pelo órgão decisor*”. V. *ult. cit.*

¹¹⁹ Como vimos *supra*, esta é a posição de CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, pág. 99.

¹²⁰ E, de igual modo, ainda que, como observa pertinentemente HONG CHENG LEONG, o órgão consultor não tenha “competência para “tomar decisões com efeitos directos e imediatos na esfera

Com efeito, não cremos ser admissível que o particular veja a sua pretensão urbanística “bloqueada” por força de um parecer de uma entidade externa, ficando refém do município, que, perante um parecer inválido, não é obrigado a impugná-lo (podendo, contudo, como vimos, “descartá-lo” com fundamento na sua ilegalidade).

Na verdade, importa não perder de vista que, segundo a nossa experiência, os municípios não têm, em geral, interesse em confrontar directamente as entidades externas¹²¹, acabando, não raras vezes por indeferir as pretensões urbanísticas com fundamento nos pareceres negativos dessas entidades.

Mais: entendemos que o facto de o órgão consultor não ter “*competência para “tomar decisões com efeitos directos e imediatos na esfera jurídica”*”¹²² do destinatário da decisão do procedimento no qual o parecer se insere (i.e. a falta de projecção imediata na esfera jurídica do requerente) não exclui a possibilidade de o mesmo atacar o acto, atendendo às regras processuais estabelecidas no CPTA em matéria de impugnabilidade dos actos e, muito menos preclude a faculdade de impugnação do parecer pelo órgão destinatário do parecer.

Diferentemente, entendemos que, face às regras processuais vigentes em matéria de impugnabilidade dos actos administrativos acima expostas, se afigura difícil sustentar a impugnabilidade dos pareceres não vinculativos, precisamente por lhes faltar “autonomia” e independência¹²³ e, por isso, terem “*reduzida projecção sobre a decisão final*”, de que são acessórios e instrumentais¹²⁴.

Com efeito, a utilidade de tal impugnação seria sempre reduzida, atendendo a que a decisão final pode divergir das conclusões de tal parecer.

Aqui chegados, vejamos em que termos é possível atacar judicialmente os pareceres das entidades externas.

Ora, considerando que o RJUE (inclusive o seu artigo 13.º, que estabelece o regime comum às consultas externas) não contempla qualquer mecanismo que permita reagir judicialmente¹²⁵ contra tais pareceres, facilmente se con-

jurídica” do destinatário da decisão do procedimento no qual o parecer se insere. V. *ob. cit.*, pág. 42.

¹²¹ Nesse sentido, V. JOÃO PACHECO DE AMORIM, *ob. cit.*, pág. 135.

¹²² V. HONG CHENG LEONG, *ob. cit.*, pág. 42. Com efeito, sustenta este autor que ao órgão consultor falta competência “para notificar o seu parecer aos interessados como se fosse um “ato parcial definitivo” suscetível de conformar (...) imediatamente as [suas] esferas jurídicas (...) e de lhes impor o dever de obediência ou execução voluntária do “conteúdo decisório” do parecer. V. *ob. cit.*, pág. 43.

¹²³ Num plano funcional estamos perante actos endoprocedimentais, no sentido em que são insusceptíveis de produzir efeitos para além do procedimento no qual são emitidos.

¹²⁴ Nesse sentido, V. RUI SOARES PEREIRA e INÊS SÍTIMA CRAVEIRO, *ob. cit.*, pág. 34.

¹²⁵ Recordamos que a impugnação administrativa dos pareceres está prevista no RJUE, sem prejuízo de alguns diplomas sectoriais acautelarem expressamente tal possibilidade, como é o caso do RJRAN (cf. artigo 23.º, n.º 10, o qual dispõe que “Sem prejuízo da possibilidade de impugnação

clui que, subsidiariamente, são aqui aplicáveis as regras processuais previstas no CPTA.

Num tal quadro, facilmente se conclui que, sendo o contencioso dos actos administrativos de controlo prévio e, por maioria de razão, dos pareceres emitidos no contexto desses procedimentos, “(...) *um contencioso administrativo de actos administrativos, a reação contenciosa contra atos administrativos (...) relativos ao controlo prévio de operações urbanísticas, faz-se através do recurso aos meios próprios do contencioso dos actos administrativos e com obediência das correspondentes regras processuais, estabelecidas no CPTA.*”¹²⁶

Com efeito, “(...) *a impugnação do ato não depende apenas do carácter impugnável mas sim, também do preenchimento de outros pressupostos processuais relativos à impugnação de atos*”, mais concretamente “*os relativos à legitimidade, aos prazos de impugnação e à instância*”^{127 128}.

Feito este enquadramento, resta concluir que o parecer vinculativo deve ser impugnado através da acção de impugnação de actos administrativos ou, alternativamente, da propositura de uma acção para a condenação da prática ao acto devido, nos termos acima expostos.

Em todo o caso, não é de excluir o recurso à tutela cautelar para reagir contra os pareceres das entidades externas¹²⁹.

contenciosa, nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, os interessados podem interpor recurso para a entidade nacional da RAN dos pareceres vinculativos desfavoráveis emitidos pelas entidades regionais da RAN, a emitir no prazo de 20 dias.”).

¹²⁶ Cf. MARTA CAVALEIRA, *ob. cit.*, pág. 736.

¹²⁷ Entendemos que nenhuma das especificidades da impugnação dos actos administrativos previstas no RJUE é, em tese, aplicável à impugnação dos pareceres das entidades externas, com excepção das regras relativas ao prazo de impugnação de actos nulos vertidas no artigo 69.º do CPTA. Em todo o caso, uma parte da doutrina tem vindo a entender que deste artigo não resulta que a “*impugnação de atos administrativos nulos previstos no RJUE, tem lugar no prazo de 10 anos*” ou que *é de 10 anos o prazo que o Ministério Público dispõe para impugnar tais actos, mas antes estabelece que a participação ao Ministério Público dos factos que fundamentam a alegação de nulidade tem de ocorrer no prazo de 10 anos, sob pena de caducidade do direito do Ministério Público de impugnar*” tais actos “*que sejam nulos com esses fundamentos*”. V. MARTA CAVALEIRA, *ob. cit.*, pág. 741. Em sentido contrário V. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA CASTANHEIRA NEVES e DULCE LOPES, *ob. cit.*, pág. 526.

¹²⁸ V. MARTA CAVALEIRA, *ob. cit.*, pág. 736.

¹²⁹ Conforme previsto no artigo 112.º, n.º 1 do CPTA, o qual dispõe que “*Quem possua legitimidade para intentar um processo junto dos tribunais administrativos pode solicitar a adoção da providência ou das providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir nesse processo.*”. Nesse sentido, V. RUI SOARES PEREIRA e INÊS SÍTIMA CRAVEIRO, *ob. cit.*, págs. 115 e 121.

Por último, é importante referir que, como sustentou Carla Amado Gomes, os pareceres deveriam, *de jure condendo*, ser sindicados “preferencialmente através de uma acção sumária e urgente”¹³⁰.

Concordamos inteiramente com a referida autora pelo simples facto de os procedimentos urbanísticos serem, por natureza, complexos, prolongando-se no tempo – muitas vezes, em virtude, precisamente, dos pareceres negativos emitidos por entidades externas, ainda que não revistam natureza vinculativa ou mesmo obrigatória –, com as inerentes consequências ao nível da lesão dos direitos dos particulares (i.e. os requerentes das pretensões urbanísticas).

Mas mais: nesse ínterim podem aqueles vir a ser confrontados com a alteração do regime de uso do solo decorrente da revisão do PDM (ou da elaboração ou alteração de novos PMOT) que impeça a concretização dos seus projectos.

Ora, nesses casos o particular vê-se, assim, impedido de ver aprovada a sua pretensão urbanística por força das consultas externas que podem não ser sequer obrigatórias, ficando dependente da eventual impugnação do parecer por parte do município.

VII – Conclusão

Tudo visto, conclui-se que o sistema de consulta a entidades externas consagrado no RJUE visa assegurar, no plano urbanístico, “a tutela de interesses públicos diferenciados”¹³¹ cujos titulares são, precisamente, tais entidades.¹³²

Noutro plano, independentemente da discussão em torno da natureza jurídica dos pareceres *vinculativos*, parece-nos inequívoco que os pareceres *vinculativos* (funcionalmente independentes e autónomos) apresentam um conteúdo materialmente decisório ou, no mínimo, de pré-decisão.

Na verdade, os efeitos da decisão provêm do próprio parecer, que condiciona o seu conteúdo¹³³.

Ora, tendo em conta o que antecede, e sendo patente que as consultas das entidades externas geram inúmeras dificuldades ao nível da gestão urbanística municipal, podendo a sua intervenção inclusivamente condicionar o desfecho

¹³⁰ V. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, pág. 7.

¹³¹ Cf. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume III, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 126.

¹³² Cuja auscultação se justifica, ainda, numa óptica de salvaguarda dos princípios da imparcialidade e da participação.

¹³³ Entendemos, porém, que “a vinculatividade não altera a natureza opinativa do parecer”. V. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, pág. 7.

dos procedimentos urbanísticos mesmo quando os pareceres destas entidades não sejam obrigatórios e/ou vinculativos, parece-nos evidente que uma “*anticipada impugnabilidade [autónoma] do parecer pelo particular*”¹³⁴ é essencial.

Com efeito, esta faculdade de impugnação judicial – justificada ainda pelo princípio da tutela jurisdicional efectiva que, em nosso entender, sempre deverá prevalecer, neste contexto, sobre o princípio da economia processual – constitui uma importante ferramenta para garantir o controlo da actuação das entidades externas, que, como vimos, frequentemente extravasam as suas competências.

Assim, e considerando o que antecede, não podemos, pois, deixar de entender que os pareceres, ainda que não vinculativos, devem poder ser amplamente impugnados através da via administrativa – solução que está (e bem) acautelada desde a versão inicial do RJUE – e da via judicial, nos termos gerais do CPA e do CPTA.

No que respeita aos meios judiciais adequados para a impugnação judicial destes pareceres, vimos que, atenta a ausência de previsão no RJUE de meios judiciais que permitam atacar estes pareceres, devem ser mobilizados os meios processuais previstos no CPTA – a acção de impugnação de actos administrativos¹³⁵ – e observadas as regras processuais aplicáveis.

Deste modo, e apesar do que antecede, entendemos, já numa óptica *de iure constituendo*, que, atenta a sua relevância no contexto da actividade urbanística, se impõe a clarificação desta matéria, preferencialmente¹³⁶ por via do aditamento ao artigo 13.º do RJUE de uma norma que estabeleça de forma expressa a possibilidade de sindicar contenciosamente os pareceres vinculativos.

Posto isto, apenas nos resta concluir que lamentamos que o Simplex Urbanístico não tenha clarificado esta matéria, cuja relevância no contexto da actividade urbanística é – e, atenta a multiplicidade dos interesses públicos em presença que incidem sobre o território e que, por imperativo constitucional e legal, são tutelados por diversas entidades, continuará a ser – incontestável.

Acresce que, como se adiantou, à luz da lei de autorização legislativa concedida ao Governo para alterar o RJUE, nada aponta para que a (tão aguardada) revisão ao RJUE venha a incidir especificamente sobre esta matéria¹³⁷. Logo,

¹³⁴ Cf. JOÃO PACHECO DE AMORIM, *ob. cit.*, pág. 135.

¹³⁵ Sem prejuízo da possibilidade de instauração de uma acção para a condenação da prática ao acto devido ou mesmo do recurso à tutela cautelar.

¹³⁶ Efectivamente, bastaria introduzir uma norma com esse mesmo teor no CPA: o regime supletivamente aplicável.

¹³⁷ Ao invés, de acordo com a lei de autorização legislativa é patente que as alterações nesta matéria serão procedimentais, não incidindo sobre a matéria da natureza e efeitos dos pareceres, assim

estaremos perante (mais) uma oportunidade perdida para resolver definitivamente esta questão.

Em todo o caso, não podemos deixar de referir que a resolução das restantes dificuldades e fragilidades do sistema das consultas externas apontadas pela doutrina (em particular ao nível das consultas em razão da localização) implicará sempre uma mudança da *praxis* ao nível municipal, mas também da Administração Central.

Numa palavra, julgamos que a resolução desta matéria não passa apenas pela modificação da lei, exigindo ainda que tais entidades enfrentem uma “mudança de cultura” ao nível das *praxis* administrativas. Ora, como facilmente se intui, tal mudança requer tempo e um esforço conjunto, não sendo, porém, inatingível.

Bibliografia

- ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Tomo I, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2020;
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2016;
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2025;
- AMORIM, João Pacheco, “A instrução do procedimento: pareceres vinculativos e audiência dos interessados no Código do Procedimento Administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82 (Julho – Agosto de 2010), CEJUR, págs. 23 a 31;
- AMORIM, João Pacheco, “Sobre os conceitos de acto administrativo e ato impugnável no CPA e no CPTA”, in *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume I/coordenação de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 6.^a ed., Lisboa, AAFDL, 2023, págs. 109 a 157;
- ALVES CORREIA, Fernando, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume III, Coimbra, Almedina, 2010;
- AMADO GOMES, Carla, “Da inutilidade dos pareceres no Código do Procedimento Administrativo”, in *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume II/coordenação de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 6.^a ed., Lisboa, AAFDL, 2023, págs. 97 a 118;

como sobre a sua impugnabilidade contenciosa. Recordamos que a referida lei consubstancia um “pressuposto normativo necessário de outras leis” (cf. artigo 112.º, n.º 3, da CRP), estando a autorização concedida limitada a determinadas matérias.

- CALVÃO, Filipa Urbano, *Os Actos precários e os Actos provisórios no Direito Administrativo*, Porto, Universidade Católica Editora, 1995;
- CAVALEIRA, Marta, “Especificidades do contencioso dos atos administrativos de controlo prévio de operações urbanística”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro/Tribunal Constitucional*, 1.^a ed., Coimbra, Almedina, págs. 717 a 767;
- CARDOSO, Isabel Moraes, ROQUE DUARTE, Ivan, “A intervenção do ICNF na gestão urbanística municipal no âmbito do SNDFCI e a criação da entidade regional de condicionalismos à edificação”, in *Questões atuais de Direito Local*, n.º 20 (Outubro – Dezembro de 2018), AEDRL, págs. 71 a 90;
- FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018;
- GONÇALVES, Pedro, “Apontamento sobre a função e a natureza dos pareceres vinculantes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 0 (Novembro/Dezembro de 1996), CEJUR, págs. 3 a 12;
- GONÇALVES, Pedro, “Poderá o parecer vinculante ser um ato recorível?!”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 0 (Novembro/Dezembro de 1996), CEJUR, págs. 30 a 39;
- LEONG, Hong Cheng, “Aproveitamento de atos nulos e de atos ilegais por falta de parecer obrigatório vinculante... porque não Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 2.5.2021”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 144 (Novembro/Dezembro de 2020), CEJUR, págs. 26 a 44;
- LOPES, Dulce, LUFINHA, Maria José, “Por que falham as consultas em razão da localização?: os pareceres de entidades externas e o seu impacto na gestão do território”, in *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 15 (Julho – Setembro de 2017), Braga, págs. 43 a 62;
- MATOS, Isabel Abalada, CARDOSO, Isabel Moraes, “Direito do Urbanismo numa perspetiva prática: O excesso de complexidade que conduz à simplificação excessiva”, in *Atas do III Congresso de Direito do Urbanismo/coordenação de Fernanda Paula Oliveira*, Coimbra, Almedina, 2024, págs. 285 a 305;
- MONTEIRO, Cláudio, “Urbanismo e interesses públicos diferenciados o novo regime de consultas a entidades externas nos procedimentos de controlo prévio das operações urbanísticas”, in *Revista de Direito Regional e Local*, n.º 04, Outubro/Dezembro de 2008, CEJUR, págs. 12 a 20;
- NEVES, Daniel Castro, *Os pareceres: a lei e o direito, o lugar da legalidade e da juridicidade na disciplina procedimental dos pareceres*, Porto, Universidade Católica Editora, 2018;
- PEREIRA, Rui Soares, CRAVEIRO, Inês Sítima, *Sobre os pareceres do Conselho Consultivo da PGR*, Coimbra, Almedina, 2021;
- OLIVEIRA, Fernanda Paula, *As Alterações ao Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação em Perguntas e Respostas*, Coimbra, Almedina, 2021 reimpressão;
- OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, 4.^a ed. actualizada e ampliada, Braga, AEDREL, 2021;

- OLIVEIRA, Fernanda Paula, NEVES, Maria José Castanheira, LOPES, Dulce, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018;
- OLIVEIRA, Fernanda Paula, LOPES, Dulce, “Mais um parecer ‘fora da caixa’?: o parecer do ICNF no âmbito da nova redação do art. 16º do SDFCI e os pareceres em função da localização do RJUE”, in *Questões atuais de Direito Local*, n.º 17 (Janeiro-Março de 2018), AEDRL, págs. 127 a 135;
- OLIVEIRA, Fernanda Paula, LOPES, Dulce, “Simplex Urbanístico no RJUE: âmbitos do controlo e da fiscalização municipal”, in *Revista de Direito Local*, n.º 41 (Janeiro a Março de 2024), Braga, págs. 7 a 35;
- PEREIRA DA SILVA, Vasco, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, Almedina, 1996;
- PEREIRA DA SILVA, Vasco, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise - Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2005;
- VALE, Ana Queiroz do, “Regime jurídico de urbanização e edificação: demandas e desafios para um “novo” regime”, in *Revista de Direito Local*, n.º 38 (Abril – Junho de 2023), Braga, págs. 23 a 45;
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 19.^a ed., Coimbra, Almedina, 2022.

Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, proferido no processo n.º 00563/15.6BECBR, de 31.01.2020, disponível em <https://www.dgsi.pt/>;
- Acórdão do STA, proferido no processo n.º 0239/04, de 6 de Dezembro de 2005, disponível em <https://www.dgsi.pt/>;
- Acórdão do STA, proferido no processo n.º 0189/23.0BALSB, de 21 de Fevereiro de 2024, disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

Outras fontes

- Guia Orientador das Consultas em razão da localização Sistema de Informação do Regime Jurídico de Urbanização e Edificação da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Centro, I.P., datado de 2025, disponível em www.ccdrc.pt;
- Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º P000171999, de 11.11.1999, disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

Ação Popular – Legitimidade ativa

Popular action – legal standing

GRAÇA SAÚDE*

RESUMO: As associações de consumidores têm legitimidade ativa expressa para instaurar ações populares em matéria de consumo, independentemente do número de associados e sem necessidade de mandato dos consumidores lesados. Outras associações também podem instaurar estas ações, desde que os seus fins estatutários e a sua atividade apresentem uma conexão estatutária e material com a defesa dos interesses dos consumidores. Assim, a legitimidade ativa não é exclusiva das associações de consumidores, bastando que a associação tenha por finalidade estatutária a proteção dos interesses cuja tutela é pretendida.

PALAVRAS-CHAVE: associações de consumidores; legitimidade ativa; ação popular; Direito do consumo; defesa dos consumidores; interesses dos consumidores; fins estatutários; conexão estatutária; conexão material; consumidores lesados

ABSTRACT: Consumer associations have explicit legal standing to bring popular actions in consumer matters, regardless of the number of members and without requiring authorization from the affected consumers. Associations other than consumer associations may have legal standing, provided that their statutory purposes and activities are materially and statutorily connected to the protection of consumer interests. Therefore, legal standing is not limited to consumer associations, as any association whose statutory objectives include the protection of the interests at issue may bring such actions.

* Licenciada em Direito em 1996 pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Juíza de Direito desde 1999. Desde 2025 em exercício de funções no Tribunal de Execução das Penas de Lisboa, tendo exercido, até esse ano, funções em juízos cíveis, criminais, de família e menores e de comércio. Pós-graduada em Direito do Consumo pela Nova School of Law em 2026.

<https://orcid.org/0009-0007-1326-0783>

KEYWORDS: consumer associations; legal standing; popular action; consumer law; consumer protection; consumer interests; statutory purposes; statutory connection; material connection; injured consumers; protection of interests

A **Citizens Voice Consumer Advocacy Association** instaurou uma **ação popular** contra o **Lidl**, por desconformidade entre o preço indicado e o preço cobrado de determinado produto, que correu termos no **Juízo Central Cível de Sintra (Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste)** sob o n.º **14454/23.3T8SNT**.

A autora é uma associação cujo objeto é a defesa de consumidores, sem limitação territorial ao nível nacional, e foi constituída com dois associados.

A Autora alega contar com 18 colaboradores (que são também associados) e a que se juntam mais de 100 associados registados diretamente e outros 1.571 associados, que resultaram da parceria estabelecida com a ATM – Associação de Investidores e Analistas Técnicos do Mercado de Capitais (“ATM”).

O tribunal de **primeira instância** proferiu **despacho de indeferimento liminar**, por considerar que a Autora não dispunha de legitimidade para representar consumidores a nível nacional porque ficava aquém do limite representativo legalmente definido e decidiu que a autora não reunia legitimidade ativa para a instauração da presente ação.

O tribunal da **Relação de Lisboa revogou** tal despacho, através do **Acórdão de 20/06/2024**, relatado por **Maria do Céu Silva** no Processo n.º 14454/23.3T8SNT, **disponível** em www.dgsi.pt, tendo considerado que a Autora dispunha de legitimidade para propor ação popular na área do consumo, bastando a verificação dos requisitos previstos no artigo 3.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto.

A questão enunciada reside em saber se, para efeito de estabelecimento de legitimidade ativa de associação de defesa do consumidor em ação popular, são relevantes apenas os requisitos indicados no **artigo 3.º da Lei de Ação Popular** (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, com as alterações subsequentes – LAP) ou se, pelo contrário, no que respeita especificamente à representação de consumidores, tal legitimidade tem que ser aferida também pelo cumprimento dos requisitos estabelecidos no **artigo 17.º, n.ºs 1 e 2, da Lei de Defesa do Consumidor** – Lei n.º 24/96, de 31 de julho – LDC, com as alterações subsequentes.

Estabelece o **artigo 3.º da Lei de Ação Popular** (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto), sob a epígrafe **«Legitimidade ativa das associações e fundações»**:

«Constituem requisitos da legitimidade ativa das associações e fundações:

- a) A personalidade jurídica;*
- b) O incluírem expressamente nas suas atribuições ou nos seus objetivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de ação de que se trate;*
- c) Não exercerem qualquer tipo de atividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais».*

Prevê o **artigo 17.º**, da **Lei de Defesa do Consumidor** (Lei n.º 24/96, de 31 de julho), sob a epígrafe «**Associações de consumidores**»:

«1 – As associações de consumidores são associações dotadas de personalidade jurídica, sem fins lucrativos e com o objetivo principal de proteger os direitos e os interesses dos consumidores em geral ou dos consumidores seus associados.

2 – As associações de consumidores podem ser de âmbito nacional, regional ou local, consoante a área a que circunscrevam a sua ação e tenham, pelo menos, 3000, 500 ou 100 associados, respetivamente.

3 – As associações de consumidores podem ser ainda de interesse genérico ou de interesse específico:

a) São de interesse genérico as associações de consumidores cujo fim estatutário seja a tutela dos direitos dos consumidores em geral e cujos órgãos sejam livremente eleitos pelo voto universal e secreto de todos os seus associados;

b) São de interesse específico as demais associações de consumidores de bens e serviços determinados, cujos órgãos sejam livremente eleitos pelo voto universal e secreto de todos os seus associados.

4 – As cooperativas de consumo são equiparadas, para os efeitos do disposto na presente lei, às associações de consumidores».

Por seu turno, o **artigo 13.º** da **Lei de Defesa do Consumidor** (Lei n.º 24/96, de 31 de julho), sob a epígrafe «**Legitimidade ativa**», estabelece:

«Têm legitimidade para intentar as ações previstas nos artigos anteriores:

- a) Os consumidores diretamente lesados;*
- b) Os consumidores e as associações de consumidores ainda que não diretamente lesados, nos termos da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto;*
- c) O Ministério Público e a Direção-Geral do Consumidor quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos».*

Importa aferir se a associação de defesa do consumidor apenas terá de reunir os seguintes requisitos:

- ser detentora de personalidade jurídica;

- incluir expressamente nas suas atribuições ou nos seus objetivos estatutários a defesa dos interesses dos consumidores; e
- não exercer qualquer tipo de atividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais.

Ou se, pelo contrário, no que concerne especificamente à representação de consumidores, tal legitimidade tem que ser aferida também pelo cumprimento dos requisitos estabelecidos pela Lei de Defesa do Consumidor – Lei n.º 24/96, de 31/7, com as alterações subsequentes.

O **tribunal de primeira instância** entendeu que os requisitos da Lei de Defesa do Consumidor não são irrelevantes e, tratando-se, como é o caso da Autora, de uma associação de âmbito nacional (na medida em que não restringe a sua atuação a uma área territorial), considerou que a Lei impõe que tenha pelo menos 3000 associados, o que não se verifica com a Autora.

A **decisão proferida pela 1ª instância** tem o seguinte teor:

«Apreciação liminar quanto ao prosseguimento da ação

Da suscitada questão de ilegitimidade ativa:

A autora é uma associação cujo objeto é a defesa de consumidores, sem limitação territorial ao nível nacional; e foi constituída com dois associados (cfr. documento n.º 1 junto à petição inicial)

A Autora alega contar com 18 colaboradores (que são também associados) e a que se juntam mais de 100 associados registados diretamente e outros 1.571 associados, que resultaram da parceria estabelecida com a ATM – Associação de Investidores e Analistas Técnicos do Mercado de Capitais (“ATM”).

Como consta do nosso antecedente despacho, aqui dado por integralmente reproduzido, a questão em apreço é a de saber se, para efeitos de estabelecimento de legitimidade ativa de associação de defesa do consumidor em ação popular, são relevantes apenas os requisitos indicados no art.º 3.º da Lei de Ação Popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, com as alterações subsequentes – LAP), i.e., serem detentoras de personalidade jurídica; incluírem expressamente nas suas atribuições ou nos seus objetivos estatutários a defesa dos interesses dos consumidores e não exercerem qualquer tipo de atividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais; ou, pelo contrário, no que concerne especificamente a representação de consumidores, tal legitimidade tem que ser aferida também pelo cumprimento dos requisitos estabelecidos pela Lei de Defesa do Consumidor – Lei n.º 24/96, de 31/7, com as alterações subsequentes.

Veja-se o que dispõem as normas relevantes da Lei de Defesa do Consumidor

Diz o art.º 17.º n.º 2 deste diploma legal que as associações de consumidores podem ser de âmbito nacional, regional ou local, consoante a área a que circunscrevam a sua ação e tenham, pelo menos, 3000, 500 ou 100 associados, respetivamente.

Nos termos desta Lei é concedida a estas entidades um elenco extenso de direitos, entre os quais figura o de ação popular (art.º 18.º n.º 1 al. l) da LDC).

Assim, por exemplo, as associações de defesa do consumidor têm estatuto de parceiro social em matérias que digam respeito à política de consumidores (al. a)); direito de antena na rádio e na televisão (al. b)); direito a representar os consumidores no processo de consulta e audição públicas (al. c)); direito a corrigir e a responder ao conteúdo de mensagens publicitárias relativas a bens e serviços postos no mercado, bem como a requerer, junto das autoridades competentes, que seja retirada do mercado publicidade enganosa ou abusiva (al. e)); direito de participar nos processos de regulação de preços de fornecimento de bens e de prestações de serviços essenciais (al. h)); direito a solicitar aos laboratórios oficiais a realização de análises (al. i)) direito de queixa e denúncia, bem como direito de se constituírem como assistentes em sede de processo penal (al. m)).

Se se atentar na tipologia dos direitos destacados, e poderiam referir-se outros ali contidos, torna-se clara a razão de ser do preceito relativo à determinação da dimensão social da associação.

O requisito legal de número mínimo de associados, previsto no art.º 17.º, não pode ser desligado, sob pena de irracionalidade interpretativa, da concessão de direitos conferida pelo artigo imediato.

Este conjunto amplo de faculdades concedidas a associações de defesa dos consumidores tem aplicação direta em procedimentos decisórios ou consultivos da administração e no acesso a meios públicos, necessariamente limitados, como será o caso dos relativos a antena em meio de comunicação social ou a solicitação de análises em laboratório oficial.

Assim sendo, o legislador sentiu necessidade de conformar os direitos que conferia às associações de defesa dos consumidores como forma de assegurar efetiva satisfação do que concedeu.

Essa conformação é, assim, uma verdadeira limitação de acesso ao uso de faculdades e recursos previstos na Lei de Defesa do Consumidor a entidades que a lei entende que não atingem uma dimensão suficientemente representativa do interesse tutelado.

É uma limitação racional e teleologicamente dirigida a assegurar uma utilização adequada dos meios e recursos disponíveis, muitos deles públicos, ligada necessária e diretamente à própria eficácia da defesa dos direitos dos consumidores.

Esta razão e finalidade legal aplica-se também ao acesso à justiça, sob a forma de ação popular, que, como referido, a norma inclui expressamente no elenco em causa – art.º 18.º n.º 1 al. l) da Lei de Defesa do Consumidor, não se vendo, em primeiro lugar, razão para o intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu.

Em sede de avaliação sistemática não pode também deixar de se salientar que a citada Lei de Defesa do Consumidor é posterior à Lei de Ação Popular e, nesse sentido, uma vez que consagrou expressamente a ação popular na sua disciplina, terá caráter inovador face ao disposto no art.º 13.º da Lei de Ação Popular (no que concerne à questão da conformação subjetiva das associações de defesa do consumidor para propositura de ação popular).

Ultrapassando essa avaliação transversal a todos os direitos concedidos pela Lei de Defesa do Consumidor às associações de defesa dos consumidores, poderia argumentar-se, a contrariu sensu, que tal requisito subjetivo será inaplicável à propositura de ações populares, precisamente porque existe uma lei especial que confere tal possibilidade a qualquer associação,

independentemente de cumprimento de qualquer requisito adicional, designadamente quanto ao número de associados, afastando assim qualquer relevo à sucessão temporal de leis.

Entende-se, porém, que este argumento não colhe.

Olhando diretamente à Lei de Ação Popular, esta estabelece um alargamento das regras gerais de legitimidade ativa, atribuindo-a não apenas ao titular de um interesse pessoal e direto em disputa, mas, no que diz respeito a uma série de interesses ditos difusos, também a entidades que representem interesses comuns e homogêneos de uma série de pessoas indeterminadas.

Esse alargamento de legitimidade radica nesse caráter indeterminado, mas determinável, dos interesses afetados, agregados homogeneamente em dois níveis:

- Um nível geral difuso, que corresponderá à categoria do interesse afetado, no caso o direito dos consumidores, como poderia ser a proteção do meio ambiente, ou outros;*

- Um nível mais concreto, correspondente a uma afetação por ação ou ações concretas de um número de pessoas indeterminadas e cujos interesses são homogêneos. No caso de consumidores, essa ligação concreta poderá ser obtida por referência a um mesmo produto, serviço ou prática.*

Se é esta a estrutura de proteção de interesses que subjaz à concessão do direito de ação popular genericamente atribuído pela Lei de Ação Popular, os concretos interesses difusos abrangidos (nesse primeiro nível geral) são suscetíveis de ser muito diferentes. A ação de proteção do interesse de qualquer pessoa enquanto consumidora pode ser muito diferente da defesa do interesse dessa mesma pessoa a beneficiar de um meio ambiente sadio e não poluído.

O mesmo sucede na avaliação da homogeneidade dos interesses tutelados.

Voltando ao caso concreto, e admitindo, para já e por uma questão de raciocínio, que tem homogeneidade suficiente o interesse dos consumidores do estabelecimento da Ré sito em Vila Nova de Gaia, compradores dos produtos objeto dos autos, não será certamente do seu interesse verem multiplicadas ilimitadamente as entidades com legitimidade para os representarem e multiplicarem-se os pleitos judiciais em que tal representação ocorra.

Tal é suscetível de impedir (ou grandemente dificultar) o direito exclusão que a Lei de Ação Popular consagra a qualquer consumidor nos seus artigos 14.º e 15.º.

Por outro lado, a eventual multiplicação de entidades representativas também é suscetível de causar indefinição (por sobreposição e omissão) da tutela desses interesses homogêneos.

No caso, a associação Autora identifica como interesse homogêneo a tutelar o que pode ser referido como direito à correspondência entre os preços anunciado e cobrado relativamente ao produto descrito como bolbos de tulipas Darwin Hybrid 2 Kg vendido pela ré no seu estabelecimento sito na EN km 5.9, em Vila Nova de Gaia.

A própria Autora, na sua alegação, sustenta que a Ré mantém práticas comerciais como as que pretende tutelar nesta ação em múltiplas situações análogas.

Não se trata, neste momento, de aferir da homogeneidade do interesse em causa enquanto tal, apenas de aduzir um argumento de reflexão sobre a ratio legis e o relevo sistemático da dimensão das associações de consumidores para efeito de estabelecimento de legitimidade ativa.

Colocando a questão neste ponto e interpretando também os preceitos em causa no pressuposto que o legislador consagrou as melhores soluções, a inexistência de qualquer critério limitativo da legitimidade de ações de defesa do consumidor estaria a abrir a porta a repetição

de ações propostas por diversas entidades (quanto a estes produtos; quanto a estes e outros no mesmo pleito; referindo-se a um estabelecimento ou a diversos; relativa ao mesmo período ou a diferentes).

Essa indefinição retira grandemente possibilidade dos consumidores individuais de exercerem o seu direito de exclusão, por desconhecimento da multiplicidade de litígios em seu nome interpostos e, portanto, seria suscetível de induzir, não, um alargamento da regra geral de legitimidade funcionalmente destinada à melhor tutela de interesses jurídicos, mas antes uma verdadeira postergação da possibilidade de representação direta e pessoal do direito pelo respetivo titular pessoal.

Neste caso, um alargamento da tutela do interesse difuso traduziria uma redução da tutela individual e do acesso ao direito do próprio lesado.

Dir-se-á que essa indefinição existirá sempre, na medida em que o critério legalmente definido para a dimensão das associações de defesa do consumidor pode sempre ser atingido por um grande número de entidades e, nessa medida, a suscetibilidade de multiplicação de situações de representação dos mesmos interesses pode sempre verificar-se.

É um argumento que também não colhe.

Para tanto, deve atentar-se, antes de mais, que os requisitos da Lei de Defesa do Consumidor não são irrelevantes e, tratando-se, como é o caso da Autora, de uma associação de âmbito nacional (na medida em que não restringe a sua atuação a uma área territorial) impõe que tenha pelo menos 3000 associados, o que, aliás, assumidamente, não se verifica.

Quer isto dizer que o legislador estabeleceu, conscientemente, um limite que pode ser classificado de exigente, com isso pretendendo, sem dúvida, evitar uma multiplicação de associações de defesa de consumidores sem uma base representativa sólida.

Assim sendo, pode concluir-se que a lei, com o requisito que definiu, pretende claramente reduzir o número de entidades a quem confere as faculdades representativas dos consumidores e os inerentes direitos que dessa representação advêm, com isso também permitindo também, entre outras finalidades, que cada consumidor tenha uma suscetibilidade superior de conhecer as pessoas que atuam e as ações que são praticadas em seu nome.

Acresce uma segunda ordem de razões para considerar a exigência legal de número mínimo de associados como uma verdadeira limitação processual – a prevenção de situações de uso anormal do processo de ação popular.

Os supra referidos riscos de multiplicação e indefinição subjetiva e objetiva dos pleitos judiciais, caso qualquer associação, sem qualquer requisito específico, possa arrogar-se representante de qualquer grupo de consumidores, tornaria muito difícil, quando não impossível, o efetivo recebimento de alguma compensação que viesse a ser judicialmente declarada a favor destes, desde logo por desconhecimento da representação e do seu direito.

Sem consideração do caso concreto e colocando este raciocínio no domínio puramente abstrato, permitir-se a qualquer associação legitimidade para representar quaisquer consumidores a nível nacional é suscetível de conduzir a que um grupo muito restrito de pessoas (no limite apenas duas), associando-se, possa arrogar-se o direito de representar interesses gerais, mas, de facto, o faça por interesse próprio, angariando como clientela judicial, virtualmente, toda a população do país (que é o universo dos consumidores), sem que os titulares do interesse protegido o possam razoavelmente saber, com reduzidas possibilidade de reagir e, no limite,

por desconhecimento, até sem terem uma verdadeira possibilidade de receber qualquer compensação económica que lhes seja atribuída.

Tal uso anormal do processo constituiria, nesse caso, também um verdadeiro abuso dos direitos de acesso à justiça e de constituição de associações de defesa de interesses gerais.

Se se ligar estas considerações à faculdade, legalmente concedida, de atribuição da gestão de quantias indemnizatórias que possam ser fixadas à entidade representativa do interesse tutelado, estar-se-á a abrir caminho para um desvio das finalidades de tutela concedidas pela LAP, em detrimento do interesse difuso dos consumidores e em proveito de um interesse ilegítimo e direto de quem se arrogue seu representante sem que possua a base representativa mínima legalmente definida.

Também por estas razões se deve considerar que a lei (e o legislador) estabeleceram um expresse requisito de representação de consumidores, para efeito das faculdades constantes do art.º 18.º da LDC, em que se integra, em termos de acesso ao direito e aos tribunais, a propositura de ações populares, assim limitando e modelando as faculdades representativas dos consumidores, restringindo-as a associações de dimensão legalmente definida como relevante.

A autora alega ter um número de associados que fica muito aquém dos 3.000 (três mil) legalmente definidos como requisito legal para estabelecer a sua legitimidade ativa.

Relembre-se que, especificamente quanto a esta questão, na sua petição inicial, a Autora afirma que: “A CITIZENS’ VOICE conta, atualmente, com 18 colaboradores (que são também associados) e a que se juntam mais de 100 associados registados diretamente e outros 1.571 associados, que resultaram da parceria estabelecida com a ATM – Associação de Investidores e Analistas Técnicos do Mercado de Capitais (“ATM”) para a partilha de benefícios entre associados, permitindo que os associados da ATM tenham inscrição direta e automática na CITIZENS’ VOICE”; e, a título de prova, remete para documento que junta com a sua petição inicial.

Esse documento para o qual a Autora remete, consiste numa Ata de uma reunião da Assembleia Geral Eleitoral dos associados da ora Autora, de 25 de junho de 2022.

Consta desse documento que fez parte da ordem de trabalhos: “Deliberar sobre a elaboração de um projeto de fusão por incorporação, da ATM – Associação de Investidores e Analistas Técnicos do Mercado de Capitais” na ora Autora.

E, bem assim, “Deliberar sobre a admissão direta dos associados da ATM – Associação de Investidores e Analistas Técnicos do Mercado de Capitais como associados da CITIZENS’ VOICE – CONSUMER ADVOCACY ASSOCIATION, a todas as pessoas que, detendo a dita qualidade de associados da primeira, o desejem ou não se oponham, nos termos de convite que a ATM – Associação de Investidores e Analistas Técnicos do Mercado de Capitais lhes irá endereçar” (sublinhado nosso).

Mais resulta desse documento que essa proposta foi aprovada por unanimidade.

Ou seja, conforme alegação da própria Autora, o que sucede quanto ao seu número de associados é que, aos 18 + 100, poderão acrescer aqueles que, sendo associados da “ATM” desejem ou não se oponham a ser associados da ora Autora, nos termos de convite que a ATM – Associação de Investidores e Analistas Técnicos do Mercado de Capitais lhes irá endereçar.

Deste modo, na verdade, desconhece-se o número certo de associados da ora Autora, pois que não é alegado por esta que algum dos associados da “ATM” tenha declarado desejar ou não se tenha oposto a ser associado da ora Autora, na sequência de convite feito pela ATM.

E, portanto, em face do alegado pela Autora, esta até pode contar apenas com 118 associados.

Nestes termos, impõe-se concluir que a ora Autora não tem legitimidade para representar consumidores a nível nacional porque fica aquém do limite representativo legalmente definido; termos em que se decide que a autora não reúne tal requisito legal de legitimidade ativa para a interposição da presente ação e, nessa medida, deve a ação ser liminarmente indeferida.

Face ao exposto, por falta do requisito legal de legitimidade ativa relativo a um número mínimo de associados, declara-se que a autora não cumpre este pressuposto processual da legitimidade e, em consequência, indefere-se liminarmente a presente ação popular.

Custas pela autora.

Notifique».

O tribunal da Relação de Lisboa revogou tal despacho, através do **Acórdão de 20/06/2024**, relatado por Maria do Céu Silva no Processo nº **14454/23.3T8SNT.L1-8**, disponível em www.dgsi.pt, com o seguinte sumário:

1 – Ser a A. “uma associação... sem limitação territorial ao nível nacional”, que, conforme por ela alegado, tem menos de 3.000 associados permite apenas concluir que a A. não é uma associação de consumidores (cf. art. 17º nº 2 da L 24/96, de 31 de julho).

2 – Para uma associação, seja ela de consumidores ou não, ter legitimidade para propor ação popular na área do consumo, basta a verificação dos requisitos previstos no art. 3º da L 83/95.

O Acórdão da Relação de Lisboa supra citado tem os seguintes termos:

«Na ação popular que Citizens’ Voice – Consumer Advocacy Association move contra Lidl & Companhia, aquela interpôs recurso do despacho de indeferimento liminar.

Na alegação de recurso, a recorrente pediu que seja revogada a decisão recorrida e que seja declarado que “a representante da classe, uma associação de defesa dos consumidores, tem legitimidade ativa processual para intentar a presente ação popular na defesa dos consumidores”, tendo formulado as seguintes conclusões:

«1. Os autores interpõem recurso de apelação nos termos e ao abrigo do disposto nos artigos 627, 629 (1), 631, 637, 639, 644 (1,a) e 647 (1), todos do CPC, por terem legitimidade para tal e estarem em tempo de o fazer (cf. artigo 638, do CPC), por não se conformarem com a decisão proferida e ora recorrida e com a mesma discordarem.

2. O tribunal a quo indeferiu liminarmente a petição inicial, ao considerar que a representante da classe não tem legitimidade ativa para intentar uma ação popular, devido a ter menos de 3.000 associados.

3. A representante da classe é uma associação legalmente constituída e registada, que tem como objeto social a defesa dos direitos dos consumidores na União Europeia.

4. A ação popular interposta pela representante da classe visa a proteção de interesses difusos e individuais homogêneos dos consumidores, estando alinhada com os seus objetivos estatutários e o cumprimento de suas competências.

5. A questão da legitimidade ativa da associação para a interposição da ação popular não deve ser limitada pela interpretação restritiva do número de associados, conforme entendido pelo tribunal a quo com base no artigo 17 (1) da lei 24/96, pelas seguintes razões:

6. A primeira e mais evidente é porque a lei, nem remotamente, o prevê, muito menos o artigo 18 da lei 24/96, uma vez que:

a. O artigo 17 (2) da lei 24/96 define o âmbito (nacional, regional ou local) de uma associação com base no número de seus associados, sem fornecer bases para discutir a legitimidade das associações em ações populares.

b. Não se pode inferir, nem mesmo através de uma interpretação sistemática com outros artigos como o artigo 18, que somente as associações de âmbito específico (nacional, regional ou local) possuem legitimidade para representar os consumidores em ações coletivas de tipo popular, pois tal não se retira, nem por analogia ou integração de lacunas, do retro referido artigo.

c. Apenas os direitos especificados no artigo 18 (1, a, b), da lei 24/96 sofrem restrições (por força do número 2 desse mesmo artigo), no sentido em que são limitados às associações de consumidores de âmbito nacional e de interesse geral — nenhum desses direitos é o de ação popular — como parece entender a douta sentença recorrida.

d. Se a intenção do Legislador fosse restringir o direito de ação popular às associações com base no seu âmbito, isso teria sido expressamente mencionado nesse mesmo artigo, o que não ocorreu, ou em qualquer outro, nomeadamente no recente decreto-lei 114-A/2003, o que também não sucedeu.

e. Os intérpretes e aplicadores da lei, seguindo as regras de interpretação estabelecidas (cf. artigo 9 do CC), não podem, sob o pretexto de interpretação ou outras preocupações que o Legislador entendeu não deverem existir, criar normas *ad hoc*, o que incluiria restringir a legitimidade processual das associações com base no número de seus associados, como se verificou por intermédio da douta sentença recorrida.

7. Legitimidade Ampla das Associações de Defesa dos Consumidores: as associações de defesa dos consumidores, sejam elas genéricas ou específicas, possuem legitimidade ativa para propor ações populares. Esta legitimidade é reconhecida independentemente de cumprirem as exigências específicas do artigo 17 (2) e (3) da lei 24/96, pois a ação popular é um direito estendido a qualquer cidadão individualmente [cf. artigo 52 (1) da CRP e artigo 2 da lei 83/95], ainda que não afetado pela violação *in causa*, pelo que não faz qualquer sentido permitir a um cidadão individualmente, apenas um, intentar uma ação popular e tal direito ser restringido a uma associação de defesa dos consumidores, em face do número de associados ser inferior a 3000 — é um contrassenso.

8. Confirmação Legal Específica para Tutela do Direito da Concorrência: a legitimidade das associações de defesa dos consumidores, especialmente no contexto da tutela do direito da concorrência, é reafirmada pelo artigo 19 (2) da Lei do Private Enforcement. Este ponto

é crucial para enfatizar a relevância jurídica das associações em áreas específicas de interesse público.

9. *Relação Classe-Categoria e Objeto da Ação*: a legitimidade das associações deve ser avaliada com base na relação entre uma classe ou categoria de pessoas e o objeto da ação. Isso significa que todas as decisões afetam todos os membros da classe ou categoria representada, e não apenas uma subseção específica.

10. *Inexistência de Restrições Legais Específicas na Legitimidade Popular*: A legislação portuguesa não impõe restrições quanto ao número mínimo de associados para conferir legitimidade às associações de defesa dos consumidores. A personalidade jurídica da associação e o seu objetivo de defesa dos consumidores são os únicos requisitos necessários para a legitimidade, conforme os artigos 3 (a, b) da lei 83/95 e 31 do CPC, e 3 (c) da mesma lei.

11. *Irrelevância do Número Mínimo de Associados para Legitimidade*: a exigência de um número mínimo de associados para determinar a legitimidade das associações em ações populares não é apenas desnecessária, mas também restringiria os direitos fundamentais de acesso à justiça e à ação popular, sem qualquer justificação na necessidade de tutelar um outro interesse constitucionalmente protegido (cf. artigo 18, da CRP).

12. *Associados e Capacidade de Representação*: nem se pode dizer que exista um interesse em limitar a legitimidade processual das associações a um número mínimo de associados, perante a necessidade de assegurar uma adequada representação dos consumidores, uma vez que o número de associados não tem correspondência necessária com a capacidade prática, técnica ou económica da associação para prosseguir as suas atribuições. Logo, o número de associados não deve ser um critério para determinar a legitimidade da associação.

13. *Inadequação de Restrições Baseadas em Representatividade Geográfica ou Dimensional*: limitar a legitimidade das associações com base em critérios como âmbito geográfico (nacional, regional ou local) ou dimensão (número de associados) iria contra a lógica da legitimidade representativa. Isso discriminaria injustamente associações menores, que podem ser igualmente ou mais capazes de representar eficazmente os consumidores. A imposição de tais restrições levaria a uma discriminação das associações menores e reduziria o acesso à justiça para muitos consumidores, o que é contrário aos princípios de justiça e eficiência processual.

14. *Legitimidade Ativa da Citizens' Voice*: a associação Citizens' Voice – Consumer Advocacy Association, enquanto representante de classe, possui legitimidade ativa para propor ação popular. Isto é evidente pela sua personalidade jurídica, a sua natureza não lucrativa e o facto de não exercer atividades profissionais que concorram com empresas ou profissionais liberais (cf. artigo 3 da lei 83/95).

15. *Inconstitucionalidade da Interpretação Normativa do Tribunal Recorrido*: suscita-se a inconstitucionalidade da interpretação normativa extraída da conjugação dos artigos 2 (1), 3, 12 (2) da lei 83/95, em conjugação com os artigos 13 e 17 (2) e (3), da lei 24/96 lei e de qualquer outra norma ordinária do ordenamento jurídico, segundo a qual as associações de defesa dos interesses em causa, que preencham os requisitos previstos no artigo 3 da lei 83/95, não têm o direito de promover a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra os direitos dos consumidores quando sejam uma associação com menos de 3.000 associados. Tal interpretação violaria o direito de ação popular [cf. artigo 52 (3), da CRP], bem como o princípio do Estado de Direito, na sua vertente de princípio da segurança jurídica (cf. artigo 2,

da CRP), da força jurídica, por falhar no teste da proporcionalidade (cf. artigo 18, da CRP), e do direito de acesso aos tribunais e uma tutela jurisdicional efetiva mediante um processo equitativo [cf. artigo 20 (1) e (4), da CRP], especialmente porque as exigências do artigo 17 (2) e (3), da lei 24/96 para a generalidade das atuações das associações de consumidores, as quais não constituem requisitos constitutivos nem se compaginam com a atribuição do direito de ação popular a qualquer cidadão isolado, ainda que não afetado pela violação em causa.»

O Ministério Público não respondeu à alegação da recorrente.

É a seguinte a questão a decidir:

- da ilegitimidade ativa.

★

Com interesse para a decisão da questão da ilegitimidade ativa, consta do despacho recorrido o seguinte:

- “A autora é uma associação cujo objeto é a defesa de consumidores, sem limitação territorial ao nível nacional; e foi constituída com dois associados (cfr. documento n.º 1 junto à petição inicial)”.

- “A Autora alega contar com 18 colaboradores (que são também associados) e a que se juntam mais de 100 associados registados diretamente e outros 1.571 associados, que resultaram da parceria estabelecida com a ATM – Associação de Investidores e Analistas Técnicos do Mercado de Capitais (“ATM”).”

★

Nos termos do art. 2º nº 1 da L 83/95, de 31 de agosto, “são titulares do direito procedimental de participação popular e do direito de ação popular quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse direto na demanda”, sendo que os interesses previstos no artigo anterior são “a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a proteção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público”.

Resulta do art. 3º da L 83/95 que “constituem requisitos da legitimidade ativa das associações e fundações:

- a) A personalidade jurídica;
- b) O incluírem expressamente nas suas atribuições ou nos seus objetivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de ação de que se trate;
- c) Não exercerem qualquer tipo de atividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais”.

Na fundamentação do despacho recorrido, pode ler-se:

“a questão em apreço é a de saber se, para efeitos de estabelecimento de legitimidade ativa de associação de defesa do consumidor em ação popular, são relevantes apenas os requisitos indicados no art.º 3.º da Lei de Ação Popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, com as alterações subsequentes – LAP), i.e., serem detentoras de personalidade jurídica; incluírem expressamente nas suas atribuições ou nos seus objetivos estatutários a defesa dos interesses dos consumidores e não exercerem qualquer tipo de atividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais; ou, pelo contrário, no que concerne especificamente a repre-

sentação de consumidores, tal legitimidade tem que ser aferida também pelo cumprimento dos requisitos estabelecidos pela Lei de Defesa do Consumidor – Lei n.º 24/96, de 31/7, com as alterações subsequentes.”

O art. 17º da L 24/96 dispõe o seguinte:

“1 – As associações de consumidores são associações dotadas de personalidade jurídica, sem fins lucrativos e com o objetivo principal de proteger os direitos e os interesses dos consumidores em geral ou dos consumidores seus associados.

2 – As associações de consumidores podem ser de âmbito nacional, regional ou local, consoante a área a que circunscrevam a sua ação e tenham, pelo menos, 3000, 500 ou 100 associados, respetivamente.

3 – As associações de consumidores podem ser ainda de interesse genérico ou de interesse específico:

a) São de interesse genérico as associações de consumidores cujo fim estatutário seja a tutela dos direitos dos consumidores em geral e cujos órgãos sejam livremente eleitos pelo voto universal e secreto de todos os seus associados;

b) São de interesse específico as demais associações de consumidores de bens e serviços determinados, cujos órgãos sejam livremente eleitos pelo voto universal e secreto de todos os seus associados.

4 – As cooperativas de consumo são equiparadas, para os efeitos do disposto na presente lei, às associações de consumidores.”

Por sua vez, o art. 18º da L 24/96 dispõe o seguinte:

1 – As associações de consumidores gozam dos seguintes direitos:

...

l) Direito à ação popular;

...

2 – Os direitos previstos nas alíneas a) e b) do número anterior são exclusivamente conferidos às associações de consumidores de âmbito nacional e de interesse genérico.

3 – O direito previsto na alínea h) do n.º 1 é conferido às associações de interesse genérico ou de interesse específico quando esse interesse esteja diretamente relacionado com o bem ou serviço que é objeto da regulação de preços e, para os serviços de natureza não regional ou local, exclusivamente conferido a associações de âmbito nacional.”

«Entende-se por associação de consumidores uma associação com personalidade jurídica, sem fim lucrativo e com o objetivo principal de proteger os direitos e os interesses de consumidores em geral ou dos consumidores seus associados (art. 17 LDC).

A associação pode assim atuar no interesse dos seus associados ou no interesse, mais geral, desses e outros consumidores; mas é, ela própria, uma associação de consumidores.

Compreende-se que, estando em causa uma sua atuação material, isto é, uma intervenção nas condições de funcionamento do mercado ou na ação administrativa (por exemplo, a representação dos consumidores em processo de consulta ou audição pública, na solicitação da retirada de bens do mercado ou de uma resposta ao conteúdo duma mensagem publicitária, ao lado de muitas outras enunciadas no art. 18-1 LDC), a sua dimensão, expressa no número de associados, releve na definição do campo geográfico em que atua. (sublinhado nosso)

Mas tal deixa de fazer sentido quando passamos para o campo adjetivo do exercício da ação popular, tido nomeadamente em conta que qualquer cidadão, individualmente, a pode exercer. Se se considerasse que a exigência do mínimo de 100 associados é requisito constitutivo da associação ou pressuposto do exercício das suas funções, esse mínimo ser-lhe-ia sempre indispensável para exercer o direito de ação popular (art. 3-a LAP). Mas não é assim: trata-se apenas de requisito exigido para a generalidade das atuações da associação, como bem mostram os n.ºs 2 e 3 do art. 18. Não é este o caso da ação popular, como inequivocamente resulta do art. 3 LAP, que só faz depender a legitimidade ativa das associações da sua personalidade jurídica, do seu fim estatutário e do não exercício de atividade profissional concorrente com empresa ou profissão liberal. Aliás, só para a LAP, que não faz qualquer exigência desse tipo, remete o art. 13-b LDC, ao reconhecer a legitimidade para propor a ação popular aos consumidores e às associações de consumidores, ainda que não diretamente lesados. (sublinhado nosso)

Acresce que a associação de defesa dos consumidores não tem de coincidir com uma associação de consumidores. Mostra-o, em primeiro lugar, a Constituição. (sublinhado nosso)

Das associações de consumidores trata o art. 60 CRP, que lhes reconhece legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos. Ora esta atribuição não faria sentido se constituísse mera repetição da atribuição de legitimidade feita no art. 52-3 CRP, que, como se viu, já confere o direito de ação popular às associações de defesa dos direitos dos consumidores. A dualidade significa que os conceitos de associação de consumidores e de associação de defesa dos consumidores não coincidem: uma associação de cidadãos que tenha como fim estatutário a defesa dos interesses dos consumidores em geral ou de determinada categoria de consumidores não tem de ser constituída por consumidores ou por consumidores dessa categoria; perante ela, não se põe a questão de ter atuações concretas no interesse dos seus associados ou dos consumidores nela não associados; por definição, atua no domínio dos interesses coletivos ou difusos, podendo, aliás, defender também, se assim disserem os seus estatutos, outro tipo desses interesses. (sublinhado nosso)

Tida em conta a disposição do art. 60 CRP, a associação de consumidores é, por inerência, uma associação de defesa dos consumidores, podendo exercer a ação popular se o consentirem os seus estatutos. Mas a inversa não é verdadeira e a associação de defesa dos consumidores que não seja uma associação de consumidores não está sujeita à mesma exigência de representatividade que para esta se põe. Muito menos, como se deixou dito, quando se trata de propor ações populares» (Lebre de Freitas, Regime da ação popular do art. 19 da Lei 23/2018, Revista de Direito Comercial – 2022, pág. 562-565, acessível em www.revistadedireitocomercial.com).

Porque a A. é “uma associação... sem limitação territorial ao nível nacional”, que, conforme por ela alegado, tem menos de 3.000 associados, o tribunal recorrido concluiu que “a ora Autora não tem legitimidade para representar consumidores a nível nacional porque fica aquém do limite representativo legalmente definido” e, portanto, “não reúne tal requisito legal de legitimidade ativa para a interposição da presente ação”.

Discordamos de tal conclusão.

Ser a A. “uma associação... sem limitação territorial ao nível nacional”, que, conforme por ela alegado, tem menos de 3.000 associados permite apenas concluir que a A. não é uma associação de consumidores.

Para uma associação, seja ela de consumidores ou não, ter legitimidade para propor ação popular na área do consumo, basta a verificação dos requisitos previstos no art. 3º da L 83/95.

★

Pelo exposto, acordam os Juízes desta Relação em julgar procedente a apelação, revogando o despacho recorrido, devendo o tribunal recorrido, considerando que não se verifica a ilegitimidade processual ativa, fazer os autos prosseguir a sua normal tramitação». (sublinhado nosso)

★★

No sentido preconizado pelo citado acórdão da Relação de Lisboa, pode ler-se **Lebre de Freitas, Regime da ação popular**, *Revista de Direito Comercial* – 2022, pág. 562-565, acessível em www.revistadedireitocomercial.com

A questão da **legitimidade ativa das associações para a instauração de ações populares na área do consumo** deve ser analisada de forma conjugada à luz de dois diplomas legais:

- a **Lei n.º 24/96, de 31 de julho** (Lei de Defesa do Consumidor – LDC), em especial os **artigos 13.º e 17.º, n.ºs 1 e 2**; e
- a **Lei n.º 83/95, de 31 de agosto** (Lei da Ação Popular – LAP), nomeadamente o **artigo 3.º**.

Ambos concretizam, no plano infraconstitucional, o disposto no **artigo 52.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa**, que consagra o **direito de ação popular**.

Atente-se no seguinte caso prático:

Uma **associação ambiental**, legalmente constituída, instaura uma ação popular contra uma empresa que comercializa eletrodomésticos rotulados como “ecoficientes”, quando, na realidade, tais produtos apresentam consumos energéticos superiores aos declarados, induzindo os consumidores em erro.

Neste caso, embora não se trate de uma associação de consumidores *stricto sensu*, a prática em causa afeta diretamente direitos dos consumidores à informação e à lealdade comercial.

A associação poderá fundar a sua legitimidade ativa no artigo 3.º da Lei da Ação Popular, por estar em causa a defesa de interesses difusos ligados ao consumo sustentável, caso inclua expressamente nas suas atribuições ou nos seus objetivos estatutários a defesa dos interesses em causa relacionados com o consumo sustentável.

O elemento decisivo é a **adequação estatutária** à defesa dos interesses em causa, e não a qualificação formal da associação.

Caso fosse uma associação de consumidores, a legitimidade ativa para a instauração de ações populares resultaria das disposições conjugadas constantes dos artigos 13.º e 17.º da LDC e do artigo 3.º da LAP.

Como é exemplo o Acórdão da Relação de Lisboa supra citado, a jurisprudência tem vindo a adotar uma interpretação ampla e funcional da legitimidade, privilegiando a efetividade da tutela dos interesses difusos e coletivos.

O artigo 3º Lei da Ação Popular (Lei nº 83/95, de 31 de agosto), só faz depender a legitimidade ativa das associações da sua personalidade jurídica, do seu fim estatutário e do não exercício de atividade profissional concorrente com empresa ou profissão liberal, sendo que só para a Lei de Ação Popular, que não faz qualquer exigência, remete o artigo 13.º, al. b) da Lei de Defesa do Consumidor, ao reconhecer a legitimidade para propor a ação popular aos consumidores e às associações de consumidores, ainda que não diretamente lesados.

A legitimidade ativa das associações encontra limites claros na LAP (Lei de Ação Popular), sendo expressamente excluídas as associações que prossigam interesses profissionais ou económicos concorrentes com os do(a) demandado(a).

A este respeito, atente-se no seguinte caso prático:

Uma **associação empresarial** instaura uma ação popular contra uma empresa concorrente, invocando a defesa dos consumidores, mas visando eliminar práticas comerciais concorrenciais.

Neste caso, verifica-se um desvio de finalidade da ação popular, devendo ser recusada a legitimidade ativa por força do artigo 3.º, al. c), da LAP.

Ou seja, para uma associação, seja ela de consumidores ou não, ter legitimidade para propor ação popular na área do consumo, basta a verificação dos requisitos previstos no artigo 3.º da Lei nº 83/95, de 31 de agosto.

Outros casos práticos:

- Uma **associação de consumidores** instaura uma ação popular contra uma operadora de telecomunicações que inclui nos contratos cláusulas abusivas que permitem alterações unilaterais de preços sem justa causa e impõem períodos de fidelização excessivos sem contrapartida real. Estão em causa interesses individuais homogêneos de um número indeterminado de consumidores. A associação tem legitimidade ativa direta para instaurar uma ação popular, sem necessidade de mandato dos lesados, nos termos do artigo 17.º, n.ºs 1 e 2, da LDC, e do artigo 3º da LAP.

A ação pode assumir a forma de ação popular inibitória, visando a declaração de nulidade das cláusulas e a sua cessação.

★

- Uma **associação de consumidores** (ex: DECO) instaura uma ação popular contra uma instituição financeira que utiliza cláusulas contratuais gerais que preveem comissões desproporcionadas em caso de incumprimento.

Estamos perante uma relação de consumo, sendo afetados interesses coletivos e difusos dos consumidores.

Pedidos típicos:

- a) Declaração de nulidade das cláusulas contratuais gerais abusivas.
- b) Proibição da sua utilização futura.

Neste caso, a legitimidade ativa resulta diretamente dos artigos 13.º e 17.º, n.ºs 1 e 2, da LDC, em conjugação com o artigo 3.º da LAP, sendo a ação popular o meio processual adequado para prevenir e reprimir práticas lesivas generalizadas.

Não é necessário identificar consumidores individualmente.

★

- Uma **associação de consumidores** instaura uma ação popular contra operadora de telecomunicações que publicita pacotes de dados “ilimitados”, mas impõe limites não divulgados aos consumidores.

O interesse protegido consiste no direito à informação e à lealdade comercial (artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa).

Pedidos:

- a) Proibição da publicidade enganosa.
- b) Indemnização coletiva ou compensação por prática desleal.

A legitimidade ativa da associação de consumidores não depende da identificação de consumidores concretamente lesados, bastando a afetação de interesses difusos.

A legitimidade ativa resulta dos artigos 13.º e 17.º, n.ºs 1 e 2, da Lei de Defesa do Consumidor, em conjugação com o artigo 3.º da Lei de Ação Popular.

★

- Uma **associação de consumidores** instaura uma ação popular contra uma companhia aérea que impõe taxas desproporcionadas de cancelamento.

Pedidos:

- a) Declaração de nulidade das taxas.
- b) Informação e publicidade correta das condições contratuais.

A legitimidade ativa resulta dos artigos 13.º e 17.º, n.ºs 1 e 2, da Lei de Defesa do Consumidor, em conjugação com o artigo 3.º da Lei de Ação Popular.

★

- Uma **associação de consumidores** instaura uma ação popular contra um Hipermercado que comercializa alimentos como “saudáveis” contendo aditivos proibidos.

Pedidos:

- a) Retirada dos produtos.
- b) Indemnização coletiva por riscos à saúde.

A legitimidade ativa resulta dos artigos 13.º e 17.º, n.ºs 1 e 2, da Lei de Defesa do Consumidor, em conjugação com o artigo 3.º da Lei de Ação Popular.

★

- Uma **associação de moradores** de um bairro intenta ação contra um supermercado local que anuncia sistematicamente promoções inexistentes.

A associação não é uma associação de consumidores *stricto sensu*.

Contudo, a prática afeta direitos dos consumidores à informação verdadeira e leal.

A legitimidade pode ser fundamentada no artigo 3.º da Lei da Ação Popular, desde que os estatutos da associação incluam a defesa da qualidade de vida e dos interesses económicos dos moradores.

A associação de moradores tem legitimidade ativa, desde que demonstre conexão estatutária com o interesse protegido.

★

- Uma **associação ambiental** instaura ação popular contra uma empresa de cosméticos que publicita produtos como “100% naturais” e “neutros em carbono”, sem base científica comprovada.

Estão em causa simultaneamente práticas comerciais desleais (direito do consumo) e interesses difusos ambientais.

A associação ambiental dispõe de legitimidade ativa com base no artigo 3.º da LAP.

O interesse dos consumidores é direto, ainda que não exclusivo.

A associação ambiental dispõe de legitimidade ativa para instaurar ações populares, mesmo não sendo associação de consumidores, dada a natureza transversal do interesse tutelado.

★

- Uma **associação ambiental**, não qualificada como associação de consumidores, instaura uma ação popular contra uma empresa que coloca no mercado produtos com substâncias químicas nocivas à saúde, em violação de normas de segurança.

Pedidos:

a) Interdição de comercialização.

b) Comunicação de riscos aos consumidores.

A associação ambiental pode instaurar ação popular em matéria de consumo, desde que os estatutos incluam a defesa da saúde pública ou da qualidade de vida e estejam em causa interesses difusos ou coletivos dos consumidores.

Ou seja, ainda que não seja uma associação de consumidores, a legitimidade ativa é admissível se os estatutos da associação incluírem a defesa da saúde pública ou da qualidade de vida, estando em causa interesses difusos dos consumidores.

Fundamento da legitimidade ativa:

Artigo 3.º da Lei de Ação Popular – associação com fins compatíveis com defesa da saúde pública e qualidade de vida.

Inexistência de exclusividade das associações de consumidores na tutela coletiva dos interesses de consumo.

★

- Uma **associação empresarial do setor do turismo** intenta ação popular contra uma empresa associada que pratica sistematicamente publicidade enganosa quanto à classificação hoteleira.

A associação não tem como fim principal a defesa do consumidor, mas a autorregulação do setor.

O interesse tutelado (veracidade da informação ao consumidor) é protegido por lei.

Pode discutir-se a legitimidade ativa se os estatutos incluírem a defesa da ética comercial e da lealdade de mercado.

A legitimidade não é automática, mas pode ser admitida se se demonstrar que a ação visa primordialmente a defesa do interesse do consumidor e não interesses concorrenciais.

Base legal: artigo 3.º da Lei de Ação Popular.

★

- Uma **associação de pais** instaura ação contra um fabricante de brinquedos por comercialização de produtos com pequenas peças perigosas, sem aviso adequado.

Estão em causa direitos à segurança e à saúde dos consumidores (crianças). A associação não é de consumidores, mas representa um grupo particularmente vulnerável.

O artigo 3.º da LAP confere legitimidade ativa à associação de pais, atendendo à defesa da saúde pública e da segurança.

★

- Uma **associação de pais** instaura uma ação popular contra uma empresa fornecedora de refeições escolares, com base em incumprimento de normas sanitárias.

Pedido:

Cumprimento das normas sanitárias.

Fundamentação:

tutela do interesse coletivo de segurança alimentar.

A associação de pais dispõe de legitimidade ativa se:

- a defesa dos interesses dos alunos/utentes constar dos fins estatutários;
- se tratar de interesses coletivos ou difusos numa relação de consumo.

Base legal: artigo 3.º da Lei de Ação Popular.

★

- Uma **associação de pais** instaura uma ação popular contra uma empresa de transporte escolar, com base em incumprimento dos horários regulares, sem informar as famílias.

Pedidos:

Regularização do serviço.

Informação adequada e eventual compensação.

Fundamentação:

Proteção de interesses coletivos difusos.

A associação de pais dispõe de legitimidade ativa se:

- a defesa dos interesses dos alunos/utentes constar dos fins estatutários;
- se tratar de interesses coletivos ou difusos numa relação de consumo.

Base legal: artigo 3.º da Lei de Ação Popular.



- Uma **associação de consumidores** instaura uma ação popular contra um banco que cobra comissões desproporcionadas em contratos de crédito ao consumo a milhares de clientes/consumidores.
Estão em causa interesses individuais homogêneos.
Possibilidade de cumulação de pedidos:
– declaração de ilegalidade;
– cessação da prática;
– restituição de quantias cobradas indevidamente.
Fundamento nos artigos 13.º e 17.º da Lei de Defesa do Consumidor e no artigo 3.º da Lei de Ação Popular.
A ação é admissível, mesmo sem consumidores específicos identificados.



- Uma **associação cultural** instaura uma ação contra uma empresa fornecedora de eletricidade que interrompe sistematicamente o serviço em zonas periféricas, afetando consumidores vulneráveis.
Está em causa o direito de acesso a serviços essenciais, a defesa da qualidade de vida e dos consumidores.
A associação cultural dispõe de legitimidade ativa para instaurar ações populares com base no artigo 3.º da LAP, desde que os estatutos incluam a defesa da comunidade local.
A legitimidade ativa é admissível, com fundamento na proteção de interesses difusos e coletivos.



- A **Associação “Defesa Justa”**, associação sem fins lucrativos cujo objeto estatutário consiste na defesa da transparência comercial, da informação aos cidadãos e da proteção de interesses económicos difusos, instaura uma ação popular contra uma empresa de crédito ao consumo.
A empresa publicita créditos pessoais com a menção “TAEG reduzida – sem custos escondidos”, quando, na prática, impõe aos consumidores comissões obrigatórias não incluídas no cálculo da TAEG anunciada.
A prática afeta milhares de consumidores em todo o território nacional.
A ré suscita a exceção de ilegitimidade ativa, alegando que a autora não é uma associação de consumidores nos termos da Lei n.º 24/96.
A questão central consiste em saber se uma associação que não é formalmente uma associação de consumidores dispõe de legitimidade ativa

para instaurar uma ação popular na área do consumo, visando a cessação de práticas comerciais desleais.

Nos termos do artigo 52.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, é reconhecido a todos os cidadãos, bem como às associações defensoras dos interesses em causa, o direito de ação popular para a defesa, designadamente, da saúde pública, direitos dos consumidores, qualidade de vida, interesses difusos e coletivos, como a preservação do ambiente e do património cultural.

A Constituição da República Portuguesa adota uma conceção ampla de legitimidade ativa, orientada para a tutela jurisdicional efetiva.

De acordo com o artigo 3.º da Lei de Ação Popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto – LAP):

- não é exigido que a associação seja diretamente lesada;
- basta que exista coincidência material entre os fins estatutários e o interesse protegido.

No caso em apreço:

A prática imputada à ré consubstancia publicidade enganosa e violação do dever de informação, direitos fundamentais do consumidor.

Estão em causa interesses individuais homogêneos de uma pluralidade indeterminada de consumidores.

A associação autora tem como fins estatutários a defesa da transparência comercial e dos interesses económicos dos cidadãos.

Existe, assim, uma ligação material suficiente entre os fins da associação e o interesse tutelado.

Deve a exceção de ilegitimidade ativa ser julgada improcedente, reconhecendo-se que:

- A associação autora tem legitimidade ativa para instaurar a presente ação popular.
- Tal legitimidade decorre do artigo 3.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto.

A solução é conforme à Constituição da República Portuguesa (artigo 52.º, n.º 3) e à função preventiva e repressiva da ação popular no domínio do consumo.

★

- **A Associação “Comércio Forte”**, cujos fins estatutários se limitam à defesa dos interesses económicos dos comerciantes seus associados, instaura uma ação popular contra uma grande superfície comercial, alegando que esta pratica preços excessivos que confundem os consumidores.

A associação pede a cessação da prática e indemnização a favor dos consumidores.

Apesar de a ação invocar a proteção do consumidor, verifica-se que:

- Os fins estatutários da associação não incluem a defesa dos consumidores, mas sim a proteção dos interesses económicos dos comerciantes;
- A atuação visa essencialmente interesses concorrenciais privados e eliminar a concorrência, ainda que indiretamente se invoque o consumidor;
- Não existe uma ligação material suficiente entre o objeto estatutário e o interesse difuso alegado.

Nos termos do artigo 3.º da Lei n.º 83/95, a legitimidade ativa exige que a associação seja defensora dos interesses em causa, o que não se verifica.

A associação carece de legitimidade ativa, devendo a exceção de ilegitimidade ativa ser julgada procedente, ao abrigo do disposto no artigo 3.º, alíneas b) e c), *a contrario*, da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto.

A ação popular não pode ser instrumentalizada para a prossecução de interesses meramente económicos ou concorrenciais.

★

- Uma **associação genérica** instaura ação contra supermercado por suposta prática comercial desleal, mas estatutos não mencionam proteção de consumidores.

A legitimidade ativa deve ser negada, por ausência de correspondência estatutária.

★

- **Comércio eletrónico e violação de direitos de devolução.**

Uma **associação de consumidores** instaura uma ação popular contra loja on line que recusa a devolução de produtos e o reembolso do preço pago comprados à distância dentro do prazo legal de 14 dias.

Pedidos:

- a) Obrigação de cumprimento do prazo de devolução e de reembolso do preço.
- b) Indemnização coletiva por danos decorrentes de incumprimento.
 - A associação autora tem legitimidade ativa para instaurar a presente ação popular.
 - Tal legitimidade decorre dos artigos 13.º e 17.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, em articulação com o artigo 3.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto.

➤ **Serviços turísticos e publicidade enganosa.**

Uma **associação de consumidores** instaura uma ação popular contra uma agência de viagens que anuncia pacote turístico com hotel de 4 estrelas, mas entrega alojamento inferior.

Pedido: Correção da informação publicitária e compensação coletiva.

- A associação autora tem legitimidade ativa para instaurar a presente ação popular.
- A legitimidade ativa resulta dos artigos 13.º e 17.º, n.ºs 1 e 2, da Lei de Defesa do Consumidor, em conjugação com o artigo 3.º da Lei de Ação Popular.

➤ **Produtos alimentares com rotulagem incorreta.**

Uma **associação de consumidores** instaura uma ação popular contra fabricante de produtos rotulados como “sem glúten” que contém vestígios de glúten.

Pedido: Retirada do mercado e obrigação de comunicação adequada aos consumidores.

- A associação autora tem legitimidade ativa para instaurar a presente ação popular.
- A legitimidade ativa resulta dos artigos 13.º e 17.º, n.ºs 1 e 2, da Lei de Defesa do Consumidor, em conjugação com o artigo 3.º da Lei de Ação Popular.

➤ **Serviços financeiros e taxas ocultas.**

Uma **associação de consumidores** instaura uma ação popular contra um banco, que cobra taxas não divulgadas de forma transparente em transferências internacionais.

Pedido: Nulidade das taxas e restituição aos consumidores lesados.

- A associação autora tem legitimidade ativa para instaurar a presente ação popular.
- A legitimidade ativa resulta dos artigos 13.º e 17.º, n.ºs 1 e 2, da Lei de Defesa do Consumidor, em conjugação com o artigo 3.º da Lei de Ação Popular.



➤ **Garantias de produtos duráveis.**

Uma **associação de consumidores** instaura uma ação popular contra fabricante que não cumpre a garantia legal de três anos em eletrodomésticos.

Pedido: Obrigação de cumprimento da garantia e informação sobre direitos aos consumidores.

– A associação autora tem legitimidade ativa para instaurar a presente ação popular.

A legitimidade ativa resulta dos artigos 13.º e 17.º, n.ºs 1 e 2, da Lei de Defesa do Consumidor, em conjugação com o artigo 3.º da Lei de Ação Popular.

★

➤ Uma **associação ambiental** instaura uma ação popular contra super-mercado que introduz embalagens não recicláveis de forma massiva.

Pedido: Redução de embalagens poluentes e divulgação de alternativas. Fundamentação: interesse coletivo em saúde ambiental e qualidade de vida.

A associação autora tem como fins estatutários a defesa da saúde ambiental e qualidade de vida dos cidadãos.

– A associação autora tem legitimidade ativa para instaurar a presente ação popular.

– Tal legitimidade decorre do artigo 3.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto.

★

➤ **Associação de utentes** e transporte público.

Uma **associação de utentes** instaura uma ação popular contra empresa de transporte cobra tarifas abusivas e não informa corretamente os consumidores.

Pedido: Ajustamento das tarifas e cumprimento da obrigação de informação.

A associação autora tem como fins estatutários a proteção de interesses difusos e coletivos dos consumidores.

– A associação autora tem legitimidade ativa para instaurar a presente ação popular.

– Tal legitimidade decorre do artigo 3.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto.

★

➤ **Associação de doentes e medicamentos.**

Uma **associação de doentes crónicos** instaura uma ação popular contra farmácia que vende medicamento com prazo de validade expirado.

Pedido: Retirada do medicamento, informação aos consumidores e compensação coletiva.

A associação autora tem como fins estatutários a defesa da saúde pública.

– A associação autora tem legitimidade ativa para instaurar a presente ação popular.

– Tal legitimidade decorre do artigo 3.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto.

★

➤ **Associação cultural e produtos de entretenimento.**

Uma **associação cultural voltada para defesa de menores** instaura uma ação popular contra empresa que distribui videojogos com publicidade enganosa sobre idade mínima e conteúdo.

Pedido: Informação correta, retirada de publicidade enganosa.

A associação autora tem como fins estatutários a proteção de menores.

– A associação autora tem legitimidade ativa para instaurar a presente ação popular.

– Tal legitimidade decorre do artigo 3.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto.

★

➤ **Associação ambiental e cosméticos.**

Uma **associação ambiental** instaura uma ação popular contra fabricante de cosméticos contendo ingredientes proibidos.

Pedido: Retirada do produto e comunicação pública.

A associação autora tem como fins estatutários a defesa da saúde ambiental e do consumidor.

– A associação autora tem legitimidade ativa para instaurar a presente ação popular.

– Tal legitimidade decorre do artigo 3.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto.

★

➤ **Associação de utentes e energia.**

Uma **associação de utentes do setor energético** instaura uma ação popular contra fornecedor de energia que aplica tarifas não transparentes e cláusulas contratuais gerais abusivas em contratos de adesão.

Pedido: Correção das cláusulas e compensação coletiva.

A associação autora tem como fins estatutários a proteção de consumidores e interesse coletivo em mercado transparente.

- A associação autora tem legitimidade ativa para instaurar a presente ação popular.
- Tal legitimidade decorre do artigo 3.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto.

★

A legitimidade ativa das associações para instaurar ações populares em matéria de consumo resulta da conjugação do artigo 52.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, do artigo 3.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto (Direito de Participação Procedimental e de Ação Popular), e dos artigos 13.º e 17.º da Lei n.º 24/96 de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor).

As associações de consumidores dispõem de legitimidade expressa para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, não carecendo de mandato dos lesados.

A Lei da Ação Popular confere igualmente legitimidade a associações que não sejam de consumidores, desde que tenham personalidade jurídica, os seus fins estatutários revelem conexão material com o interesse protegido e não exerçam atividade concorrente com o demandado.

A Lei de Defesa do Consumidor não restringe essa legitimidade, antes a reforça para as associações de consumidores.

Uma interpretação restritiva violaria o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o direito constitucional de ação popular consagrado no artigo 52.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa.

★

Em síntese:

- A ação popular em matéria de consumo **não é exclusiva** das associações de consumidores. O artigo 3.º da Lei da Ação Popular (Lei n.º 83/95 de 31/08) permite que outras associações disponham de legitimidade ativa, desde que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:
 - personalidade jurídica;
 - adequação estatutária à defesa dos interesses em causa;
 - inexistência de conflito de interesses profissionais ou económicos.
- As **associações de consumidores** têm legitimidade ativa expressa para instaurar ações populares na área do consumo, independentemente do

- número de associados, não necessitando de mandato dos consumidores concretamente lesados, nos termos dos artigos 13.º e 17.º da Lei n.º 24/96 de 31 de julho e do artigo 3.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto.
- As **associações não especificamente de consumidores** também têm legitimidade ativa expressa para instaurar ações populares na área do consumo, desde que exista conexão estatutária e material com os interesses dos consumidores, ao abrigo do artigo 3.º da Lei n.º 83/95.
 - A lei não restringe a legitimidade ativa às associações de consumidores, bastando que a associação tenha, nos seus fins estatutários, a defesa dos interesses que se pretendem tutelar.
 - A tutela abrange interesses como a saúde pública, a qualidade de vida, o ambiente e a defesa do consumidor.
 - As associações de consumidores têm legitimidade ativa reforçada e expressa para instaurar ações populares no domínio do consumo.
 - As associações que não sejam especificamente de consumidores também podem ter legitimidade ativa, desde que:
 - O interesse em causa se enquadre na defesa do consumidor ou em interesses legalmente protegidos conexos;
 - Os seus estatutos revelem uma ligação material suficiente ao objeto da ação.
 - A Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho – artigos 13.º e 17.º) confere às associações de consumidores uma legitimidade ativa expressa para a defesa coletiva dos direitos dos consumidores, remetendo para o regime da ação popular.
 - A Lei da Ação Popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto – artigo 3.º) consagra uma legitimação ativa ampla, que não se circunscreve às associações de consumidores.
 - As associações que não sejam de consumidores podem instaurar ações populares em matéria de consumo, desde que se verifique adequação estatutária e inexistência de conflito de interesses económicos.
 - O critério decisivo para a aferição da legitimidade ativa nas ações populares em matéria de consumo é a natureza coletiva ou difusa dos interesses protegidos e a adequação estatutária da associação.
 - As associações que atuem em situação de conflito de interesses económicos ou profissionais com o demandado não dispõem de legitimidade ativa para instaurarem ações populares.
 - Para aferir da legitimidade ativa das associações que não sejam de consumidores para instaurarem ações populares, cumpre verificar:
 - se a associação atua em defesa de interesses coletivos/difusos dos consumidores;

- se os estatutos da associação são compatíveis com os interesses tutelados e que se pretende sejam reconhecidos na ação;
- se não há conflito de interesses económicos com o demandado.
- As associações de outra natureza (ambientais, de pais, de utentes, de defesa da saúde ou da qualidade de vida) podem dispor de legitimidade ativa para instaurarem ações populares em matéria de consumo, desde que se verifiquem os requisitos do artigo 3.º, als. a), b) e c) da LAP, ou seja, desde que disponham de personalidade jurídica, haja correspondência estatutária e não haja conflito de interesses.
- As associações comerciais ou concorrenciais não têm legitimidade ativa para instaurarem ações populares em matéria de consumo.
- O ordenamento jurídico português adota uma conceção ampla de legitimidade ativa relativamente às ações populares em matéria de consumo, constitucionalmente suportada nos artigos 52.º, n.º 3, e 60º, n.º 3, ambos da Constituição da República Portuguesa.

O Equilíbrio entre a Proteção do Consumidor e a Justiça Contratual: Uma Análise do Acórdão Mercedes-Benz Bank (Processo C-143/23)

The Balance between Consumer Protection and Contractual Justice: An Analysis of the Mercedes-Benz Bank Judgment (Case C-143/23)

MARIANA CUNHA MARQUES*

SUMÁRIO: *Introdução. 1. Do reenvio prejudicial: prazos, juros e colmatção de lacunas: 1.1. Equilíbrio financeiro: juros e depreciação; 1.2. Margem de apreciação e abuso de direito; 1.3. Pagamento de juros devidos ao mutuante; 1.4. Validade da retratação; 1.5. Abuso de direito. 2. A Patologia da Coligação: A Prática das Vendas Ligadas e a Recusa de Financiamento Externo. Conclusões. Bibliografia. Jurisprudência. Outras Fontes/Relatórios.*

RESUMO: O presente artigo analisa o impacto do Acórdão *Mercedes-Benz Bank* (C-143/23) no regime jurídico do crédito ao consumo, explorando a tensão entre a proteção do consumidor e a estabilidade das relações contratuais. Partindo da densificação do direito de retratação e da noção de “unidade comercial” nos contratos coligados, a análise confronta a jurisprudência europeia com a *praxis* do mercado automóvel. Denuncia-se o fenómeno das vendas ligadas (*tying*) e a obstrução à liberdade de escolha do consumidor através da recusa de emissão de faturas pró-forma. Por fim, aborda-se a transição da Diretiva (UE) 2023/2225 e os novos desafios colocados pela digitalização e pelos *dark patterns*.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos Coligados; Crédito ao Consumo; Direito de Retratção; Vendas Ligadas; União Europeia

* Mariana Cunha Marques. Licenciada e Mestre em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho, com obra publicada sobre crédito ao consumo (Almedina, 2026). Exerceu funções como jurista em Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo (CIAB e CNIACC). É investigadora na área do Direito do Consumo e Bancário.
<https://orcid.org/0009-0008-6735-5339>

ABSTRACT: This article analyzes the impact of the Mercedes-Benz Bank ruling (C-143/23) on the legal framework for consumer credit, exploring the tension between consumer protection and the stability of contractual relationships. Starting from the densification of the right of withdrawal and the notion of “commercial unit” in related contracts, the analysis compares European case law with the practice of the automotive market. It denounces the phenomenon of tying and the obstruction of consumer freedom of choice through the refusal to issue pro forma invoices. Finally, it addresses the transition to Directive (EU) 2023/2225 and the new challenges posed by digitization and dark patterns.

KEYWORDS: Related Contracts; Consumer Credit; Right of Withdrawal; Tying; European Union

Introdução

O presente artigo tem como objetivo a análise crítica da jurisprudência europeia recente sobre contratos coligados, tomando como ponto de partida o Acórdão Mercedes-Benz Bank (C-143/23). Procura-se, todavia, ir além da exegese teórica, confrontando o entendimento do TJUE com as patologias do mercado de crédito automóvel em Portugal. Em particular, analisa-se o fenómeno das vendas ligadas (*tying*) e a sistemática obstrução à liberdade de escolha do consumidor.

Relativamente ao processo do Tribunal de Justiça em apreço, estão em causa contratos de crédito celebrados com o intuito de aquisição de um automóvel, com a Mercedes-Benz Bank e Volkswagen Bank¹, respetivamente.

A definição de contrato de crédito coligado encontra-se no artigo 3.º, alínea n), da Diretiva 2008/48 e é o ponto de partida para a análise do Tribunal, que determina que é o “contrato de crédito nos termos do qual o crédito em questão serve exclusivamente para financiar um contrato de, nomeadamente, fornecimento de bens, na condição de estes dois contratos constituírem uma unidade comercial de um ponto de vista objetivo (...)”². Aqui, pese embora termos dois contratos distintos, apresentam-se ambos umbilicalmente unidos³.

¹ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 30 de outubro de 2025, KI e FA contra Mercedes-Benz Bank AG e Volkswagen Bank GmbH, Processo C-143/23, ECLI:EU:C:2025:837.

² Para se tratar de um contrato de crédito coligado, temos dois requisitos: o crédito ter como finalidade única o financiamento de um contrato de fornecimento de bens e estes contratos constituírem uma unidade económica.

³ Cf. Sobre a noção e caracterização deste tipo de contrato, CARVALHO, Jorge Morais, Manual de Direito do Consumo, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 338. Estes contratos encontram-se

É precisamente esta fusão de negócios que justifica que o direito de retratação exercido num contrato produza efeitos no outro, algo que o Acórdão Mercedes-Benz vem clarificar.

Note-se que, na nova legislação relativa ao crédito ao consumo foi densificado o direito de retratação, à luz do entendimento do Tribunal de Justiça, que é precisamente reforçado neste acórdão, que ainda se pauta pela anterior legislação. Esta introduziu um adensamento à relação de simbiose entre os dois contratos coligados, no seu art. 26, n.º 3, onde se estipula um princípio de correspondência de prazos: nos contratos ligados, se o vendedor oferecer uma garantia de devolução superior a 14 dias, o prazo para exercer o direito de livre revogação do crédito expande-se até coincidir com a duração dessa política comercial, assegurando que o consumidor não fique vinculado ao crédito após ter devolvido o bem.

Ambos os consumidores, no caso em questão, decidiram exercer o direito de retratação relativamente aos contratos de crédito, tendo decorrido um lapso considerável de tempo desde a sua celebração: no caso Mercedes, cerca de 8 meses e no caso Volkswagen 3 anos. As partes alegaram que a retratação seria ainda válida, uma vez que os contratos de crédito apresentavam falhas relativas às menções obrigatórias. *In casu*, não constava a taxa de juros de mora, sob a forma de percentagem concreta.

A problemática em apreço não é inédita, tendo sido recorrentemente submetida à apreciação do Tribunal de Justiça⁴. Todavia, a sua análise reveste-se de uma renovada pertinência face à recente reforma do regime do crédito ao consumo (Diretiva (UE) 2023/2225 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de outubro de 2023). Esta legislação parece ter cristalizado a orientação jurisprudencial do TJUE ao fixar o prazo de 12 meses e 14 dias para o exercício

de tal modo conexos que a invalidade ou vício de um comunica-se ao outro, verificando-se uma propagação de efeitos decorrente da sua unidade económica, tal como determina o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de dezembro de 2017, Processo n.º 1371/12.1TBAMT-A.P1.S1 (Relator: TOMÉ GOMES), disponível em www.dgsi.pt.

⁴ Salienta-se, a título exemplificativo, o Acórdão JC contra Kreissparkasse Saarlouis, de 26 de março de 2020 (C-66/19, ECLI:EU:C:2020:242), onde o Tribunal de Justiça entendeu que não bastava uma mera referência ao direito nacional para se considerar cumprido o dever de informação; o Acórdão UK e o. contra Volkswagen Bank GmbH e o., Processos apensos C-33/20, C-155/20 e C-187/20 (ECLI:EU:C:2021:736), de 9 de setembro de 2021, onde o Tribunal também concluiu que o mutuante não pode invocar a caducidade do direito de retratação quando um dos elementos informativos obrigatórios não figurar no contrato ou não tenha sido posteriormente transmitido ao consumidor, sendo irrelevante se este conhecia ou não o seu direito; e ainda os processos apensos C-38/21, C-47/21 e C-232/21 (Acórdão BMW Bank), que reforçaram a mesma orientação jurisprudencial.

do direito de retratação nos casos em que o consumidor não tenha sido devidamente informado. Tal opção legislativa representa um esforço de clarificação que visa pôr termo à incerteza sobre a potencial perpetuidade deste direito, harmonizando a proteção do consumidor com a necessária segurança jurídica do mercado financeiro.

Sem prejuízo da consagração legislativa do entendimento do TJUE quanto aos requisitos de que depende o decurso do prazo para o exercício do direito de retratação, o presente acórdão introduz nuances fundamentais que não obtiveram concretização na nova Diretiva.

Relevam, neste âmbito, o direito do mutuante a reaver os juros devidos pelo consumidor no período entre o exercício do direito e a efetiva restituição do bem e a complexa questão do eventual abuso de direito por parte do consumidor. Adicionalmente, o Tribunal debruça-se sobre a margem de discricionariedade conferida aos Estados-Membros em sede de contratos de crédito coligados e a problemática da indemnização compensatória pela depreciação do bem. É, pois, nesta “zona cinzenta” deixada pela reforma legislativa que a análise do entendimento do TJUE se revela muito importante para aferir o real equilíbrio das relações de consumo.

1. Do reenvio prejudicial: prazos, juros e colmatação de lacunas

Tendo em conta a relevância da posição do Tribunal de Justiça nesta matéria, cumpre-nos analisar as questões constantes deste acórdão.

1.1. Equilíbrio financeiro: juros e depreciação

Em primeiro lugar, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Alemão (*Bundesgerichtshof*), o consumidor, aquando do exercício do direito de retratação, teria o dever de pagar uma indemnização de modo a compensar a perda de valor do veículo, que se verificou no período em que teve a sua posse, independentemente de ter sido informado de forma incompleta pelo mutuante. Ademais, considerava-se que esta indemnização seria calculada através da diferença entre o preço de venda praticado pelo concessionário no momento de aquisição e no momento de restituição.

O tribunal de reenvio questionou o TJUE neste âmbito, uma vez que considerava que tal método de cálculo poderia trazer para o concessionário uma elevada margem de lucro, na medida em que o consumidor teria de suportar um conjunto valores, mesmo não sendo o carro utilizado no período antecede-

dente à retratação. Assim, estaríamos perante uma violação da proibição do enriquecimento sem causa.

O direito de retratação corresponde à possibilidade de o consumidor desistir do contrato celebrado, sem necessidade de apresentar justificação, nos 14 dias posteriores à celebração do mesmo, e depende de certos requisitos⁵, nomeadamente o consumidor tem de expressar essa vontade em papel ou noutro suporte duradouro, para valer em termos de prova, e terá de entregar essa declaração ao mutuante, sob pena de os efeitos da revogação não se produzirem.

Na Alemanha, era jurisprudência assente do Tribunal Federal que o consumidor seria obrigado a pagar uma indemnização compensatória pela depreciação do bem, aquando do exercício do seu direito de retratação, incluindo os custos de revenda, margem de lucro e imposto sobre o valor acrescentado.

A nova Diretiva sobre o crédito ao consumo introduziu novidades importantes quanto ao direito de retratação, porém subsistiu uma lacuna sistémica no que concerne à ausência de normas sobre a compensação pela depreciação do bem em caso de retratação em contratos coligados. Nesse sentido, caberá ao Tribunal de Justiça uma elucidação e densificação nesta matéria e, tal como procedeu neste acórdão, alcançar um equilíbrio, conjugando os princípios da eficácia e efetividade do direito de retratação e os interesses dos mutuantes. Considerou, portanto, que a imposição do pagamento compensatório nos termos realizados pelos tribunais alemães colocaria um entrave ao exercício do direito de retratação, uma vez que esta indemnização seria sempre devida, mesmo não tendo sido o veículo matriculado ou utilizado.

Deste modo, ao imputar este montante ao consumidor, o princípio da efetividade ficaria prejudicado, por tornar o exercício do direito de retratação excessivamente difícil ou impossível. O Tribunal de Justiça considerou que o montante da indemnização compensatória teria de ser aferido casuisticamente, tendo em conta a concreta depreciação do bem, e não utilizando a fórmula geral de subtração, aplicável na prática alemã.

1.2. Margem de apreciação e abuso de direito

Por outro lado, a Diretiva de 2008 consagrava, no seu art. 14.º, n.º 3, al. b) que, se o consumidor exercesse o direito de retratação, deveria pagar ao mutuante o capital e os juros vencidos a contar da data de levantamento do crédito até à data de reembolso do capital. No entanto, este preceito apenas regula estrita-

⁵ Cf. MORAIS, Gravato, Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009, Almedina, Coimbra, 2009, p. 81.

mente a relação de crédito, nada diz sobre os contratos coligados (como os contratos de compra e venda umbilicalmente ligado ao contrato de crédito). Assim, o tribunal de reenvio questiona o TJUE se esta norma, ao referir-se apenas aos contratos de crédito, permite que os Estados-Membros regulem as modalidades de restabelecimento do *status quo* ante e eventuais compensações adicionais ou se, por outro lado, a harmonização é plena e impeditiva dessa margem de apreciação.

O TJUE entendeu, neste âmbito, que a Diretiva de 2008 nada referia relativamente ao direito de retratação relativamente a um contrato de crédito ligado sobre o contrato de fornecimento de bens.

Assim, incumbe aos Estados-Membros regular as especificidades nesta matéria, desde que respeitando o princípio da efetividade e equivalência. Desse modo, estes têm uma margem de apreciação, pelo que a Diretiva não procede a uma harmonização completa, relativamente às consequências do exercício do direito de retratação, num contrato de crédito ligado a um contrato de compra e venda.

Caso os Estados-Membros entendam, por bem, estipular compensações adicionais no caso do direito de retratação, podem fazê-lo, desde que sejam respeitadas as disposições e o objetivo da Diretiva e da legislação da União, como um todo⁶.

1.3. Pagamento de juros devidos ao mutuante

A terceira questão foca-se no custo temporal da desistência, ou seja, o tribunal nacional quer saber se a proteção do consumidor na UE permite que os Estados-Membros imputem ao consumidor juros devedores durante o período em que o bem ainda não foi devolvido após a desistência.

O objetivo da introdução de um direito de retratação é permitir ao consumidor renunciar a um contrato que, após análise mais aprofundada, não se adequa às suas necessidades e/ou capacidades financeiras, de modo a evitar o endividamento impulsivo⁷.

O Tribunal de Justiça reitera que o regime de proteção do consumidor não deve ser interpretado de forma absoluta, mas sim num quadro de equilíbrio com a liberdade de prestação de serviços financeiros. Nesta ponderação de interesses, visa salvaguardar a integridade patrimonial das instituições mutuantes, recusando uma visão em que o benefício do consumidor anule sistematicamente os direitos legítimos do setor financeiro. Caso assim não fosse, estaria

⁶ Tal como defendido pelo Advogado-Geral DEAN SPIELMANN nas suas Conclusões apresentadas em 10 de abril de 2024, Processo C-143/23, pontos 34 a 39.

⁷ Idem, ponto 42.

em causa enriquecimento sem causa, uma vez que o consumidor lucraria com o exercício do direito de retratação.

Consequentemente, o TJUE entende que a imposição do pagamento de juros devedores relativos ao período em que o consumidor retém o bem antes da sua restituição é conforme ao Direito da União. Esta solução visa evitar um prejuízo injustificado ao mutuante, que se viu privado da disponibilidade dos fundos em proveito do consumidor.

Releva, ainda, a natureza destes juros: longe de configurarem uma sanção ou indemnização, eles representam a contrapartida contratual devida pelo acesso ao capital, cujo custo era já antecipado e aceite pelo consumidor desde a génese do contrato, não lesando, assim, os interesses do consumidor.

1.4. Validade da retratação

Questionou-se, também, a validade das retratações em causa, uma vez que, ao contrário do que foi mencionado pelo TJUE⁸, o Tribunal Federal Alemão considerou que a falta de informação sobre a taxa de juros de mora não impede o decurso do prazo de retratação.

De acordo com o artigo 14.º, n.º 1, al. b) da Diretiva de 2008, o prazo de retratação de 14 dias apenas começa a correr quando o consumidor tiver conhecimento das informações previstas no artigo 10.º do mesmo diploma, se essa data for posterior à data da celebração do contrato de crédito. Por sua vez, este preceito apresenta um elenco considerável de elementos que devem ser conhecidos pelo consumidor, nomeadamente a taxa de juros de mora aplicável à data da celebração do contrato de crédito (al. l).

Analisando a Diretiva de forma sistémica e tendo em conta o seu objetivo máximo de proteção do consumidor, que se encontra numa posição contratual desigual e inferior⁹, todas as informações constantes no artigo 10.º serão importantes e fundamentais para este formar um juízo de compreensão adequado do contrato de crédito em causa. É, nomeadamente, com base nessas informações que este decide se deseja vincular-se às condições previamente redigidas pelo profissional¹⁰.

⁸ Vide Acórdão Volkswagen Bank e o., cit. Supra, onde se determinou que o prazo de retratação só começa a correr se a taxa de juros de mora tiver sido mencionada sob a forma de uma percentagem concreta.

⁹ Cf. SALAZAR, Cláudia Cristina Moreira, Crédito responsável e dever de avaliação da solvabilidade do consumidor, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012, p. 17.

¹⁰ Acórdão BMW Bank GmbH e o., cit., ponto n.º 260.

A informação é fulcral para o consumidor estar devidamente informado das opções existentes no mercado de crédito, bem como das condições contratuais às quais se vincula.

Assim, o dever de informar é bastante detalhado e crucial, no âmbito da concessão de crédito. Este é um dever *in contrahendo*¹¹, ou seja, ocorre numa fase pré-negocial, e que se deve pautar pelo princípio da boa-fé.

Note-se que esta obrigação do mutuante é tão importante que o Tribunal já considerou anteriormente¹² que não bastará como explicação uma mera remissão no contrato para a legislação nacional ou para outros documentos.

Dada a relevância do direito de informação nos contratos de crédito, o TJUE entendeu que, caso a informação prestada esteja errada ou incompleta e esta impactar a decisão e compreensão dos elementos contratuais, por parte do consumidor, então o prazo de retratação não pode começar a correr¹³. Seguindo este raciocínio, se estivermos perante uma falha que em nada releve para a decisão do consumidor, nada obsta o decorrer do prazo¹⁴.

Poder-se-á eventualmente colocar a questão de saber qual a informação que deve ser considerada irrelevante para efeitos de tomada de decisão. À partida, os elementos constantes do elenco de informações obrigatórias deverão todos impactar a decisão do consumidor. No entanto, estes elementos obrigatórios não são imutáveis, visto que se considerou a sua adaptação e diminuição, na nova Diretiva, uma vez que se comprovou que os consumidores não tinham capacidade para compreender a informação que lhes era prestada pelas instituições financeiras, ao abrigo das obrigações a estas impostas pela Diretiva de 2008¹⁵.

¹¹ Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Bancário*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, p.438.

¹² Vide Acórdão Kreissparkasse Saarlouis, de 26 de março de 2020, Processo C-66/19, ECLI:EU:C:2020:242, relativo ao dever de informação no crédito ao consumo, e Acórdão RWE Vertrieb AG, de 21 de março de 2013, Processo C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, no que concerne ao controlo de cláusulas abusivas.

¹³ Tal como resulta do ponto n.º 69 do Acórdão Mercedes-Benz, *a contrario*.

¹⁴ Cf. Acórdão BMW Bank e o., cit., ponto n.º 264. O equiparou a incompletude ou erroneidade da informação com a falta de informação nas situações em que o consumidor, tendo em conta esse erro, celebrasse um contrato que, eventualmente, não teria celebrado se tivesse acesso à informação completa e correta, transferindo para o tribunal nacional o ónus de avaliar o carácter determinante dessa informação na formação da vontade.

¹⁵ Nesse sentido, o estudo da Autoridade Bancária Europeia, denominado “EBA Consumer Trends Report”, de 2021, disponível em https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Reports/2021/963816/EBA%20Consumer%20trend%20report.pdf, no seu ponto 269.

No caso em questão, a falha de informação prendia-se com a ausência da menção da taxa de juros de mora aplicável no momento da celebração dos contratos, que também não foi corrigida num momento posterior.

Esta informação é relevante, na medida em que permite ao consumidor compreender as consequências aplicáveis em caso de atraso no cumprimento contratual e, deste modo, organizar-se financeiramente, para gerir o reembolso do empréstimo.

Assim sendo, o Tribunal de Justiça considera que, não sendo mencionada esta taxa de juros de mora, o prazo para exercer o direito de retratação não começará a contar enquanto o consumidor não tiver sido devidamente elucidado quanto a este aspeto.

Note-se que não se exige que a informação esteja estipulada somente no contrato de crédito, pode ser transmitida posteriormente pelo mutuante, correndo o prazo para exercer o direito de retratação a partir dessa comunicação¹⁶.

Note-se, porém, que esta questão, tendo em conta a nova legislação relativa ao crédito ao consumo, não se colocaria.

1.5. Abuso de direito

Finalmente, foi questionado ao Tribunal de Justiça se existirá abuso de direito quanto ao direito de retratação, previsto no artigo 14.º da Diretiva 2008/48, uma vez que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Alemão determina que será abusivo o uso do direito de retratação quando o consumidor utilizar o veículo até à sentença que determine a validade da retratação, bem quando o consumidor se recuse a pagar a compensação pela perda de valor.

O TJUE considerou importante mencionar que a Diretiva 2008/48 baseia-se na proteção do consumidor e, portanto, não regula a questão do abuso de direito. No entanto, pressupõe-se sempre que os particulares não podem beneficiar de forma fraudulenta ou abusiva do Direito da União¹⁷. Haverá prática abusiva, por parte dos consumidores, caso este procure obter uma vantagem concedida pelo Direito da União, que não lhe caberia, tendo em conta a causa-

¹⁶ Cf. ALBUQUERQUE, Mariana, “Direito de Arrependimento em Contratos de Crédito ao Consumo: Notas ao Acórdão Mercedes-Benz Bank e Volkswagen Bank”, Nova Consumer Lab, 2025, disponível em <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/direito-de-arrependimento-em-contratos-de-credito-ao-consumo-notas-ao-acordao-mercedes-benz-bank-e-volkswagen-bank/>

¹⁷ Vide Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, T Danmark e Y Denmark, Processos apensos C-116/16 e C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, n.º 70. Neste aresto, o Tribunal reforça o princípio geral de proibição do abuso de direito no quadro da União Europeia.

lidade factual. Ademais, terá de se comprovar que o objetivo prosseguido pela regulamentação em causa não se verifica, para provar a prática abusiva.

Relativamente ao uso abusivo do direito de retratação, quando decorre um prazo significativo entre a celebração do contrato e o exercício do direito, o Tribunal já veio esclarecer que, apesar de nada resultar da Diretiva 2008/48, aplica-se o disposto para a Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, que determina que o direito de retratação não é aplicável aos contratos integralmente executados pelas duas partes, a pedido expresso do consumidor (artigo 6.º, n.º 2, alínea c).

No entanto, no caso em apreço, o contrato ainda não havia sido integralmente cumprido pelos consumidores e, nessa medida, o TJUE considera que o mutuante não pode invocar abuso de direito de retratação quando não mencionou as informações necessárias ao esclarecimento do consumidor, quer pré-contratualmente, quer numa fase posterior. Assim, na ausência de tais elementos informativos, o prazo de retratação não começou a correr e o exercício do direito, por parte do consumidor, não é considerado abusivo.

2. A Patologia da Coligação: A Prática das Vendas Ligadas e a Recusa de Financiamento Externo

A prática de contratos de crédito coligados, especialmente no que concerne à compra e venda de automóveis, é bastante comum no quotidiano dos cidadãos. No entanto, não podemos confundir esta realidade com as vendas ligadas, frequentes no setor automóvel. Este fenómeno ocorre quando os vendedores, aproveitando a iliteracia jurídica e financeira do consumidor, levam-no a crer que a aquisição do automóvel no seu stand tem de depender de contrato de crédito automóvel celebrado com a financeira parceira. Podemos considerar tal prática como uma venda ligada forçada, que prejudica a liberdade do consumidor.

Vários são os casos¹⁸ em que o stand automóvel, de forma a condicionar a tomada de decisão por parte do consumidor, recusa passar-lhe a fatura pró-forma, para que este opte pela celebração do contrato de crédito com a entidade parceira. Tal prática é uma violação clara da lealdade e da boa-fé na celebração dos contratos, nos termos do artigo 227.º do Código Civil.

¹⁸ A escassez de literatura jurídica e de decisões jurisprudenciais sobre esta prática específica de obstrução documental (recusa de fatura pró-forma) reflete não a sua inexistência – dado ser um fenómeno recorrente no mercado automóvel – mas sim a capitulação do consumidor perante a urgência na aquisição do bem e a inércia dos mecanismos de supervisão administrativa.

Nestes casos, ao contrário do que acontece nos contratos de crédito coligados celebrados livremente, onde há uma unidade comercial, tal como anteriormente descrito, aqui ocorre uma unidade comercial forçada, motivada por eventuais benefícios e comissões. Ao impor a coligação, o stand está a desvirtuar a *ratio legis* da proteção do consumidor. A coligação foi criada para proteger o consumidor (permitindo-lhe opor exceções), e não para o aprisionar a uma taxa de juro mais alta.

Em suma, consideramos de relevar mencionar este fenómeno, uma vez que, enquanto o TJUE se preocupa em garantir que a coligação proteja o consumidor através de um direito de retratação eficaz, acontecem situações em que a prática nacional subverte esta lógica ao impor a coligação como condição *sine qua non* para o negócio. Nestes casos, a unidade comercial não nasce da convergência de interesses, mas de uma coerção económica que o Direito Civil deve censurar via responsabilidade pré-contratual.

Conclusões

Em síntese, o acórdão em apreço é um marco interpretativo essencial para compreender a transição de regimes legislativos, no que concerne ao crédito ao consumo. É notória a atenção do Tribunal de Justiça para o equilíbrio contratual, sem prejuízo de ter em conta a posição do consumidor enquanto parte mais fraca da relação contratual. Assim, ao validar o direito do mutuante a reaver os juros devedores, evitou que o direito de retratação pudesse tornar-se um mecanismo de enriquecimento sem causa para o consumidor.

Por outro lado, reforça novamente a ideia de que a informação pré-contratual e contratual não é uma mera formalidade, mas sim um pilar da validade contratual, na medida em que é através desta que o consumidor fica munido dos elementos necessários para poder compreender o alcance e as consequências do contrato. Deste modo, estipulou-se neste acórdão, mais uma vez, que o prazo para o exercício do direito de retratação não começa a contar enquanto tais elementos fundamentais não sejam comunicados ao consumidor, não bastando uma mera remissão para a legislação nacional relativamente aos mesmos.

Contudo, temos de atender à inovação introduzida pela Diretiva 2023/2225, que confere estabilidade ao mercado de crédito, abolindo com a perpetuidade do direito de retratação: caso o consumidor não seja devidamente informado dos elementos contratuais, poderá fazer uso deste direito no prazo de 12 meses e 14 dias após a celebração do contrato.

Importa, também, sublinhar que a eficácia desta proteção europeia não pode ser dissociada da realidade prática dos mercados nacionais. Em Portugal,

a figura dos contratos coligados é frequentemente instrumentalizada através de práticas de venda ligada forçada, onde a obstrução documental – materializada na recusa de emissão de faturas pró-forma – serve de barreira à livre escolha do consumidor. Face à inércia dos mecanismos de supervisão administrativa, cabe ao Direito Civil, através dos institutos da boa-fé e da responsabilidade pré-contratual, garantir que a “unidade comercial” defendida pelo TJUE seja um instrumento de tutela e não uma imposição restritiva da concorrência.

Cumpre-nos ainda mencionar que o fenómeno da digitalização também foi um dos maiores impulsionadores da nova legislação sobre o crédito ao consumo, uma vez que introduz novas preocupações, também ao nível do direito de retratação. Embora simplifique o acesso ao capital, introduz novos riscos de manipulação através de interfaces digitais e a arquitetura das plataformas (*dark patterns*), pode comprometer a clareza da informação pré-contratual, o que reforça a importância de decisões como a do Acórdão Mercedes-Benz para garantir que o consumidor não seja induzido em erro por designs opacos, o que equivalerá à não transmissão da informação ao consumidor¹⁹.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Mariana – “Direito de Arrependimento em Contratos de Crédito ao Consumo: Notas ao Acórdão Mercedes-Benz Bank e Volkswagen Bank”. *Nova Consumer Lab*. (2025). Disponível em: <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/direito-de-arrependimento-em-contratos-de-credito-ao-consumo-notas-ao-acordao-mercedes-benz-bank-e-volkswagen-bank/>.
- BIRD & BIRD – «Rewolucja w interfejsach – jak nowe przepisy wpłyną na sektor finansowy?». *Insights*. (2025). Disponível em: <https://www.twobirds.com/en/insights/2025/poland/250711-rewolucja-w-interfejsach>.
- CARVALHO, Jorge Morais – *Manual de Direito do Consumo*. 3.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2016.
- CORDEIRO, António Menezes – *Manual de Direito Bancário*. 4.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2010.
- MORAIS, Gravato – *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SALAZAR, Cláudia Cristina Moreira – *Crédito responsável e dever de avaliação da solvabilidade do consumidor*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2012.

¹⁹ Assim como defende BIRD & BIRD, «Rewolucja w interfejsach – jak nowe przepisy wpłyną na sektor finansowy?», Insights, 2025, disponível em: <https://www.twobirds.com/en/insights/2025/poland/250711-rewolucja-w-interfejsach> [consultado em 06.01.2026].

Jurisprudência

Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão de 21 de março de 2013, *RWE Vertrieb AG*, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180.
Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, *T Danmark e Y Denmark*, Processos apensos C-116/16 e C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135.
Acórdão de 26 de março de 2020, *JC contra Kreissparkasse Saarlouis*, C-66/19, ECLI:EU:C:2020:242.
Acórdão de 9 de setembro de 2021, *UK e o. contra Volkswagen Bank GmbH e o.*, Processos apensos C-33/20, C-155/20 e C-187/20, ECLI:EU:C:2021:736.
Acórdão de 21 de dezembro de 2023, *BMW Bank GmbH e o.*, Processos apensos C-38/21, C-47/21 e C-232/21, ECLI:EU:C:2023:1014.
Acórdão de 30 de outubro de 2025, *KI e FA contra Mercedes-Benz Bank AG e Volkswagen Bank GmbH*, C-143/23, ECLI:EU:C:2025:837.
Conclusões do Advogado-Geral Dean Spielmann, apresentadas em 10 de abril de 2024, Processo C-143/23.

Tribunais Nacionais (Portugal)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de dezembro de 2017, Processo n.º 1371/12.1TBAMT-A.P1.S1, Relator: Tomé Gomes, disponível em www.dgsi.pt.

Outras Fontes / Relatórios

AUTORIDADE BANCÁRIA EUROPEIA (EBA) – “EBA Consumer Trends Report”, 2021.
Disponível em: <https://www.eba.europa.eu/>.

*Constitucionalismo Liberal Luso-Brasileiro: aspetos do controlo de constitucionalidade d'aquém e d'além-mar**

Luso-Brazilian Liberal Constitutionalism: aspects of constitutional review on both sides of the Atlantic

MATHEUS OLIVEIRA KLIPPERT**

“De cualquier modo que se considere la Historia del Derecho – como ciencia histórica o jurídica, bajo una concepción dogmática o institucional –, en cuanto se ocupa del Derecho en el pasado ha de utilizar conjuntamente los métodos del jurista y los del historiador”

Alfonso García-Gallo

* O título do presente artigo é uma referência direta à obra homónima do professor Doutor Jorge Miranda, que fundamenta a existência de uma verdadeira família ou subfamília de direito constitucional luso-brasileira. O período liberal deste constitucionalismo luso-brasileiro estender-se-ia durante todo o século XIX, com a vigência dos textos gémeos da Constituição do Império do Brasil de 1824 e da Carta Constitucional portuguesa de 1826. Alargando temporalmente este mesmo objeto de estudo, no século XX autonomizamos aquela sua dimensão autoritária, expressa sobretudo com a vigência do Estado Novo, em ambos os lados do Atlântico. Por fim, nas últimas décadas do século XX identificamos aquele constitucionalismo democrático, fruto da Constituição da República Portuguesa de 1976 e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ver, por todos, JORGE MIRANDA, *O Constitucionalismo liberal luso-brasileiro*, Comissão Nacional para Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, Lisboa, 2001, e, do mesmo autor, *Manual de Direito Constitucional – Vol. I, Tomo 1*, págs. 199 e segs.

** Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pós-graduado em Direito Penal Económico, Internacional e Europeu e mestrando em Direito, menção em ciências jurídico-históricas, ambos pela mesma instituição.

<https://orcid.org/0009-0002-6255-0414>

SUMÁRIO: 1. *Introdução: 1.1. História do Direito, Direito Constitucional e Direito Comparado. 2. O Constitucionalismo antes da Constituição: 2.1. A Magna Carta inglesa; 2.2. Areópago grego; 2.3. A constituição histórica portuguesa e as matérias constitucionais. 3. A gênese do Constitucionalismo Moderno Oitocentista (referência). 4. O Controlo de Constitucionalidade d'aquém e d'além-mar. 5. Considerações finais.*

RESUMO: O artigo examina a evolução histórica e doutrinária do controlo de constitucionalidade no espaço jurídico luso-brasileiro, com foco no período liberal do século XIX. A análise parte de antecedentes históricos relevantes, como a Magna Carta inglesa, o Conselho do Areópago na Grécia antiga, e as Cortes de Lamego, buscando estabelecer uma continuidade entre o constitucionalismo tradicional e o moderno. O texto argumenta que Brasil e Portugal partilham uma tradição constitucional comum, materializada sobretudo nas constituições de 1824 (Brasil) e 1826 (Portugal), que, embora formalmente distintas, possuem conteúdo substancialmente coincidente. O trabalho destaca ainda o papel dos Atos Adicionais na introdução precoce de mecanismos de controlo de constitucionalidade, notadamente no Brasil, antes mesmo da consagração expressa do instituto nas constituições republicanas posteriores. Por fim, o autor defende a importância de um estudo conjunto e comparado do constitucionalismo luso-brasileiro como uma unidade metodológica própria, historicamente informada e juridicamente relevante.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo liberal; controlo de constitucionalidade; história do direito; constituição de 1824; carta constitucional de 1826; direito luso-brasileiro; cortes de Lamego; conselho do areópago; magna carta

ABSTRACT: The article explores the historical and doctrinal development of constitutional review mechanisms within the Luso-Brazilian legal tradition, focusing particularly on the liberal constitutionalism of the 19th century. It revisits formative historical milestones, such as the English Magna Carta, the Athenian Areopagus, and the Portuguese Cortes of Lamego, to demonstrate the longstanding roots of constitutional thought prior to codified constitutions. The study underscores the shared constitutional heritage of Brazil and Portugal, especially through the closely aligned texts of the Brazilian Constitution of 1824 and the Portuguese Constitutional Charter of 1826. It further highlights how the Additional Acts introduced early constitutional control mechanisms, particularly in Brazil, before they were formally established in republican constitutions. The author advocates for a renewed comparative approach to Luso-Brazilian constitutionalism as a distinct analytical category that bridges legal history and contemporary doctrine.

KEYWORDS: liberal constitutionalism; constitutional review; legal history; constitution of 1824; constitutional charter of 1826; luso-brazilian law; cortes of lamego; athenian Areopagus; magna carta

1. Introdução

As histórias constitucionais de Portugal e Brasil têm frequentemente identificado como génese comum de seus objetos de estudo a Revolução Liberal do Porto, de 1820, em clara demonstração da primazia portuguesa na influência dos acontecimentos. Tal construção, dotada de méritos sobretudo mnemónicos e didáticos, tem, contudo, faltado com a própria história portuguesa ao esquecer a *Constituição Histórica* de Portugal e sua reputada instauração nas Cortes de Lamego, desde a fundação do Reino, em 1143.

Os debates travados ao longo dos séculos XVII e XVIII sobre as matérias constitucionais, bem como movimentos significativos, como a Revolução Pernambucana de 1817, foram igualmente esquecidos, somente nos últimos anos tendo sua relevância sido notada pela melhor doutrina brasileira e lusitana. Ainda, fontes de direito subsidiárias, tal qual a *Constituição de Cádiz*, que por menos de um dia vigorou no Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, mas que por incontáveis vezes foi referida como farol a guiar os trabalhos legislativos dos deputados constituintes de 1821-22, foram preteridas nos estudos por referências à *Constituição dos Estados Unidos da América*, de 1787, e até mesmo a *Magna Carta* britânica de 1215¹.

Sendo certo que, desde os primórdios da colonização da recém-descoberta *Terra de Vera Cruz*, Portugal e Brasil comungaram de um mesmo direito, afinal eram duas metades de um todo, também é facto que tão logo desembarcou Pedro Álvares Cabral em Porto Seguro o legislador lusitano autonomizou aquilo que se viria a chamar de Princípio da Especialização do Direito no Brasil². Não faltaram exemplos desta plasticidade do direito ao encontrar soluções próprias às terras tropicais, muitas vezes em sentido oposto aquele previsto para

¹ Sintomático desta preferência da doutrina brasileira pela história constitucional americana em detrimento do seu passado lusitano será o capítulo inicial de *História do Direito Constitucional Brasileiro*, de Waldemar Martins Ferreira. O principal manual da matéria em circulação no Brasil durante todo o século XX longamente se debruça sobre as instituições do direito americano, desde o atracar do *Mayflower* em Plymouth, Massachusetts, ignorando os mais de três séculos de vigência de direito português no Brasil.

² As descobertas “levaram à criação de um aparelho político-administrativo próprio, baseado em conceitos de descentralização totalmente opostos ao critério centralizador seguido pela Coroa relativamente à administração no país [...] conduziram ao estabelecimento de órgãos legislativos próprios, com competência formal mesmo para a publicação de diplomas solenes e para, em certos casos, afastar a aplicação dos diplomas do Governo central nos territórios da sua jurisdição”, RUY DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE in *História do Direito Português, Vol. I [1140-1415]*, AAFDL Editora, 13ª edição, Lisboa, 2022 pág. 18 e segs.

o Reino, ainda que tanto em Portugal como no Brasil vigorasse uma mesma ordem jurídica e sistema político³.

No ramo do direito de família, o casamento entre nativos e colonizadores foi incentivado, como modo de povoar as novas terras e ocupar território muitas vezes maior que o reino. Barregania e bigamia foram grandemente toleradas, o que seria impensável na metrópole. De igual modo, as relações sexuais entre parentes, a noção de casamento, a idade núbil e os impedimentos matrimoniais foram esquecidos em detrimento do costume dos povos originários, em sinal da forte assimilação⁴. Já as disposições de direito penal, prevendo muitas vezes o degredo para colônias em África, foram igualmente adaptadas, valendo-se novamente da necessidade de se povoar o território para degredar os apenados para outras capitanias no próprio Brasil, não os retirando para muito longe daquela terra⁵.

A partir do século XIX, Portugal e Brasil paulatinamente se vão primeiro afastar politicamente, com a transferência da corte portuguesa para o Rio de Janeiro, em 1807-08, e derradeiramente se autonomizar com a Independência do Brasil, a 7 de setembro de 1822⁶. Curiosamente, o Império do Brasil, constituído *ex novum*, a partir do Reino de Portugal, se vai preocupar em conservar

³ Ver, por todos, *História do Direito Brasileiro*, de RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, CARLOS FERNANDO MATHIAS e IBSEN NORONHA, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014. Sobre a plasticidade do direito português no Brasil, págs. 124 e segs.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cfr. *Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista*, IBSEN JOSÉ CASAS NORONHA, Edições Almedina, Coimbra, 2017, págs. 137 e segs.

⁶ Esta é a data comumente associada com a independência do Brasil, por nela se ter verificado o Grito do Ipiranga, protagonizado por D. Pedro I. A independência, no entanto, se deu a *pari passu* desde 1815, com a criação do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, acelerando-se sobretudo em finais de 1821. A legislação joanina no Brasil desempenhou papel de enorme relevo na construção daquele como um país autónomo, conforme verificamos em *Rostos legislativos de D. João VI no Brasil*, RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, Edições Almedina, Coimbra, 2008, e, do mesmo autor, *Os caminhos da Independência do Brasil*, Edições Universitárias Lusófonas, 2022. Para os aspectos metafísicos da separação do Brasil daquele todo que outrora fora com Portugal, ver *Uma visão transcendente da Independência do Brasil*, IBSEN JOSÉ CASAS NORONHA, Editora Caminhos Romanos, São Luís/Coimbra, 2022. Será nos trabalhos das Cortes de Lisboa, composta por representantes de Portugal e Brasil, que se vai sentir a vontade portuguesa de retomar o controle português sobre aquele. A entrada do dia 29 de setembro de 1821 no *Diário das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa* coloca naquele dia a emissão do decreto ordenando que D. Pedro retornasse a Portugal. A ordem apenas chegaria ao Brasil em 9 de dezembro daquele ano, desencadeando fortes reações contrárias ao seu conteúdo. Em 9 de janeiro de 1822, D. Pedro se recusará a deixar as terras brasileiras, naquele que se batizou de Dia do Fico. Ao longo do ano de 1822, ainda haverá outras datas de capital importância para a independência do Brasil, como a convocação da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Brasil, em decreto de 3 de junho, até

a grande maioria das instituições jurídicas que herdou. Em Portugal, por sua vez, as subseqüentes décadas irão presenciar o aflorar de movimento codificador e individualista que resultará na elaboração do Código Comercial de 1833, o Código Administrativo de 1842, o Código Penal de 1852, o Código Civil de 1867 e o Código de Processo Civil de 1876. No Brasil, embora se tenha legislado nestas mesmas áreas, as antigas Ordenações do Reino, notadamente seu Livro IV, manter-se-iam em vigor até 1917.

O grande ponto de contacto entre os dois países ao longo do século XIX se vai verificar justamente na lei fundamental que compartilham. A constituição que por mais tempo vigorou no Brasil não por acaso será aquela idêntica à que por mais tempo vigorou em Portugal, em clara demonstração da eficácia do documento⁷. Originalmente encomendado por D. Pedro I do Brasil e IV de Portugal ao Visconde de Caravelas e decalcada do *Projecto de Constituição para o Império do Brasil* elaborado em 1823 por António Carlos de Andrada Machado, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 terá rigorosamente o mesmo texto da Carta Constitucional portuguesa de 1826, com pouquíssimas adaptações. As referências ao Império do Brasil e à família imperial serão substituídas pelo Reino de Portugal e família real, sendo o texto português notadamente mais curto em função de a Câmara de Pares, equivalente à Câmara do Senado brasileiro, não ser eletiva, sendo dispensados os artigos que sobre a eleição dos senadores dispunham⁸.

Os Atos Adicionais promulgados no Brasil e em Portugal acentuarão diferenças nos dois ordenamentos jurídicos, com um tema se mostrando de capital importância: o controlo de constitucionalidade. Se a historiografia por muito tempo atribuiu a introdução da fiscalização ou garantia da constituição em Portugal à Constituição Política da República Portuguesa de 1911, e no Brasil

culminar com o 7 de setembro, daí a nossa proposta de se falar em um *calendário* da independência propriamente, e não em um dia.

⁷ Ao todo foram 72 anos de vigência em Portugal, interrompidos brevemente em dois momentos pela restauração, na década de 1830, da Constituição de 1822, e pela Constituição de 1838, e no Brasil de forma ininterrupta por 65 anos. Quem relaciona a eficácia da constituição com sua durabilidade é OCTACIANO NOGUEIRA, in *Constituições Brasileiras, Volume 1 – 1824*, Senado Federal, 3ª edição, Brasília, 2012, págs. 9 e segs.

⁸ Para o texto do *Projecto*, ver o nosso *Liberdade Religiosa e Religião Católica no Projecto de Constituição de 1823 e o seu debate na Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil*, vencedor do Prémio Dr. Plínio Correa de Oliveira, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2023. Para as semelhanças e diferenças entre os textos brasileiro e lusitano, foram tidos como referência os facsímiles de ambas constituições reeditados pelo Senado Federal do Brasil e pela Assembleia da República de Portugal, sendo, contudo, de enorme valia o trabalho de SILVESTRE PINHEIRO-FERREIRA *Observações sobre a Constituição do Império do Brasil e sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal*, Casa de Rey e Gravier | J. P. Aillaud, 2ª edição, Paris 1835.

à Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, ver-se-á que muito antes disso no Brasil já vigorava um duplo grau de controlo, introduzido pelo Ato Adicional de 1834 e exercido pelo Poder Executivo em conjunto do Poder Legislativo. Em Portugal, por sua vez, muito antes das Cortes de 1821 vigorara um controlo político sobre a observância das leis pelo rei.

Baseando-se nos exemplos históricos de Portugal e Brasil, sem deixar de trazer contributos paradigmáticos e muito anteriores ao século XIX, o presente trabalho tem a pretensão de esclarecer alguns pontos do controlo de constitucionalidade, o seu carácter intrínseco a qualquer documento de índole fundamental constitucional e principalmente a sua evolução no constitucionalismo liberal luso-brasileiro.

1.1. História do Direito, Direito Constitucional e Direito Comparado

A História do Direito, enquanto disciplina académica, tem o privilégio de encontrar-se a meio termo entre a ciência histórica e a ciência jurídica puras. Esta equidistância de dois polos do saber de enorme relevância decerto empresta prestígio de ambas às ciências jurídico-históricas, não impede, contudo, que menores questões surjam a respeito da sua pertinência didática na formação de um currículo escolar tendencialmente mais moderno e voltado para o futuro, bem como sua desconexão com a prática forense.

Para aqueles que se perguntam qual a pertinência de se estudar um direito “morto”, que já não é mais aplicado em nossa realidade, vale a lição da Escola dos Glosadores, de Bolonha, em pleno século XII. Ao se dedicarem a estudar o direito gravado no *Corpus Iuris Civilis*, em 534 a.C., foi notado um reavivamento das soluções e institutos contidos naquele texto em toda a Europa⁹. As questões da vida humana suscitadas em 150 a. C, solucionadas por juristas da grandeza de Ulpiano, Gaio ou Papiniano, afinal eram similares, quando não mesmo idênticas, àquelas vividas pelo homem medieval. O contributo daqueles

⁹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, Edições Almedina, 5ª edição, Coimbra, 2018, págs. 231 e segs.; MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (1140-1495)*, Editorial Verbo, 3ª edição, Lisboa/São Paulo 1992, págs. 333 e segs.; RUY DE ALBUQUERQUE, MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Op. cit.*, págs. 243 e segs.; NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português – Fontes de Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª edição, Lisboa, 2011, págs. 191 e segs.; MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, Edições Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2009, págs. 13 e segs.

juristas romanos se mostrou valioso em todo o continente, seu estudo se espalhando por diversos países, da Península Ibérica aos Balcãs e além¹⁰.

De igual modo, ao se dedicarem a trabalhar em cima daquele direito romano renascido, os membros da Escola dos Comentadores construíram um direito mais atualizado e apropriado ao seu tempo, sem, porém, deixar de exercer influência posterior. As *Magna Opus* de ambas escolas, a Glosa de Acúrsio e os Comentários de Bártolo, serviram de fonte do direito por séculos, notadamente em Portugal e Brasil, assumindo um papel cada vez menos relevante, é certo, mas mantendo-se na base do ordenamento jurídico até meados do século XVIII¹¹.

Esta posição privilegiada a meio termo entre história e direito também não deixa de causar algum embaraço às ciências jurídico-históricas e seus estudiosos. Já foi dito que o historiador do direito é comumente tido pelos historiadores como um bom jurista, e pelos juristas como um bom historiador¹², urge ressaltar, contudo, que só será bom historiador do direito aquele que apresentar, concomitantemente, as qualidades de bom jurista e de bom historiador. Se enquanto historiador dedicar-se-á a aplicar o método histórico a um direito histórico, porque já não mais em vigor, enquanto jurista valer-se-á da *forma mentis* jurídica para estudar sobretudo três principais objetos: a história das fontes do direito, a história das instituições jurídicas e a história do pensamento jurídico¹³.

¹⁰ Hoje, um novo renascimento do direito romano é sentido na Ásia, com países como a China, que nunca tiveram o direito romano a vigorar em seu ordenamento jurídico, enviando seus melhores alunos para estudar nos principais centros romanistas de Europa, incluindo nossa *Alma Mater Conimbrigensis*; Para o reavivamento do direito romano no resto da Europa, sobretudo na Alemanha ver, *História do Direito Privado Moderno*, FRANZ WIEACKER, Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª edição, Lisboa, 1980, págs. 97 e segs.

¹¹ “Do elenco das fontes de direito subsidiário recebido das Ordenações Filipinas, apenas veio a sobreviver o direito romano, e, ainda assim, joeirado pelo crivo apertado do direito natural. Nos casos omissos, cumpria recorrer ao direito romano. Mas não a um *ius romanum* indistintamente considerado. Unicamente seria aplicável àquele que se apresentasse conforme à boa razão”, RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, CARLOS FERNANDO MATHIAS, IBSEN NORONHA, in *Op. cit.*, págs. 154 e 155.

¹² “Der Rechtshistoriker gilbt bei den Juristen gewöhnlich als ein guter Historiker und bei den Historikern als ein guter Jurist”, HANS THIEME, *Ideegeschichte und Rechtsgeschichte*, in *Festschrift für Julius von Gierke zu seinem goldenen Dojtorhubilaum am 25 Oktober 1948*, Berlim, 1950, apud RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, CARLOS FERNANDO MATHIAS, IBSEN NORONHA, *Op. cit.*, pág. 5.

¹³ Nos colocamos, assim, na antítese do propugnado por juristas romanistas como Xavier D’Ors, que defendem que a distinção entre Direito Romano e História do Direito será justamente a aplicação de um método jurídico para a análise de um direito histórico no primeiro e a aplicação de um método histórico para o estudo de um objeto jurídico no segundo, conforme expresso em

A História do Direito Constitucional, por sua vez, limitará seu foco à história das fontes do direito, debruçando-se principalmente sobre a lei fundamental de uma nação¹⁴. Partindo da *Grundgesetz*, aquele pacto fundamental onde a sociedade se constitui politicamente, será possível extrair a realidade daquele tempo, as soluções e pretensões do legislador constituinte, a estrutura social como um todo, bem como o contributo axiológico de um dispositivo que meritoriamente vigorou e influenciou seu tempo¹⁵. O trabalho do bom historiador do direito será encontrar nestes elementos, aquelas influências que hoje permanecem em nosso ordenamento, mas também o porquê de outras terem sido derogadas, de modo a lançar luz sobre os passos a serem seguidos hoje, em direção ao futuro. Notadamente, os trabalhos de constitucionalistas poucas vezes se focam nos aspetos históricos, por outro lado os historiadores do direito, ainda que constitucionalistas, também não tecem maiores reflexões sobre as leis fundamentais do passado¹⁶.

Por fim, o direito comparado permite-nos relacionar dois ou mais direitos em vigor ao mesmo tempo em dois ou mais países (análise comparativa simultânea), ou ainda, e neste ponto se aproxima da história do direito, em vigor num mesmo país em momentos diferentes (análise comparativa sucessiva). Ao focarmo-nos sobre as duas principais constituições vigentes em Portugal

Derecho Romano e Historia del Derecho: ¿una relación conflictiva?, in *Jornadas Romanísticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003. De facto, e como a própria história do estudo e ensino do direito romano e história do direito nos revela, a autonomização do direito pátrio em relação ao direito romano se deu em finais do século XVIII, até então ambos objetos de estudo eram o mesmo. A restrição da História do Direito a uma mera biografia do direito pátrio, ainda que sempre intelectualmente estimulante para os seus apreciadores, limita muito o contributo que esta pode oferecer à comunidade jurídica como um todo. O método jurídico será tão próprio da história do direito quanto do direito romano. Para mais sobre o tema, ver, por todos, *A História do Direito e o seu ensino na Escola de Coimbra*, RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, Edições Almedina, Coimbra, 2016.

¹⁴ Como pretendemos demonstrar *infra*, as leis fundamentais de um reino nem sempre ressumbrarão vítreas em texto escrito, pelo contrário. Será apenas nos séculos XVIII e XIX que a lei derrogará o costume como fonte de direito, durante todos os séculos anteriores, portanto, a prática reiterada ao longo do tempo com a convicção de sua obrigatoriedade (i.e.: o costume) exerceu este papel de forma incontestada.

¹⁵ A história constitucional “afasta-se da história das instituições políticas na medida em que a História das instituições apenas toma em conta as instituições como realidades existentes na vida social, ao passo que a história constitucional pretende chegar às instituições através do estudo da sequência de normas constitucionais e das correspondentes vicissitudes”, JORGE MIRANDA, *Op. cit.*, pág. 32.

¹⁶ “Por via de regra, os constitucionalistas não são historiadores e os historiadores (mesmo os historiadores do direito) não são constitucionalistas”, VITAL MOREIRA, JOSÉ DOMINGUES in *História Constitucional Portuguesa – Vol. 1, constitucionalismo antes da constituição (séculos XII-XIX)*, Assembleia da República, Lisboa, 2020, pág. 25.

e Brasil no século XIX, realizamos um estudo de macrocomparação simultânea, não nos furtamos, porém, de realizar uma microcomparação sobre um dos aspectos mais pertinentes daquele constitucionalismo liberal: o controlo de constitucionalidade.

Essencial é, contudo, ter em conta que o Direito vai muito além da Lei. Se para um juiz moderno esta zona cinzenta é seu campo de atuação por excelência, aquela área onde a racionalizada realização judicativo-decisória do direito mais exige de seu operador, do historiador do direito também se exigirá foco e atenção ao deslumbrar aquilo que se encontra para além da letra da lei¹⁷. Sendo certo que uma dose de imaginação sempre será necessária, abundam elementos e fontes, de primárias às mais contemporâneas, que demonstram os caminhos seguidos por portugueses e brasileiros para a adequação de um direito comum a realidades distintas.

Esclarecidos estes pontos, que sintetizam o escopo do presente trabalho, vale ressaltar que as comemorações dos 200 anos do constitucionalismo português e brasileiro moderno, iniciadas em 2020, mas que se estendem, pelo menos, até 2026, impõem que se lancem luzes e se publiquem estudos a respeito de uma história constitucional comum entre os dois países, discorrendo sobre as seis constituições portuguesas e sete constituições brasileiras que vigoraram ao longo deste período. Trabalhos como a História Constitucional Por-

¹⁷ A tarefa de um historiador do direito não difere muito da de um juiz (basta lembrar que o elemento histórico é, e sempre foi, um elemento interpretativo de enorme relevância para os juristas, ao lado do gramatical, sistemático e racional ou teleológico). À primeira vista, comum a ambos será o emprego daquela racionalidade narrativa, mas também a argumentativa, afinal, a produção jurídico-histórica colocar-se-á em um ambiente plural, repleto de intervenientes, e propondo-se a convencê-los. As semelhanças vão mais além: retomando a lição de Castanheira Neves, a equação metodológica, o *prius* e *modos* de ambos será o caso concreto para o juiz e os factos que o historiador do direito conseguir aceder. Será a partir destes, e sempre os tendo como referencial, que empregarão a racionalidade prática, analógica nos dizeres de PINTO BRONZE, naquele trazer-à-correspondência entre o texto da norma e a normatividade do caso concreto. A reconstituição de uma circunstância histórica tem um substrato extra de complicação, uma vez que o historiador do direito apenas a observa a partir do futuro. A qualidade dos trabalhos jurídico-históricos dependerá diretamente da capacidade do historiador do direito de aceder estes elementos e, não os acedendo, superá-los. O juiz imprimirá sua *voluntas* em uma decisão judicativa, resultado daquela equação metodológica, realizando o direito propriamente, o historiador do direito, por sua vez, produzirá um documento bem menos enfático, afinal meramente académico ou a título de curiosidade, mas o seu impacto potencial será ilimitado, prolongando-se no tempo com efeitos *ex tunc* e *ex nunc*, já que tratará do passado sempre com o presente e futuro em perspectiva. Cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, do mesmo autor, “O papel do Jurista no nosso Tempo”, in *Digesta, Vol. 1*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. *Metodologia do Direito*, FERNANDO JOSÉ PINTO BRONZE, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.

tuguesa, de Vital Moreira e José Domingues, ou ainda a recente reedição da História do Direito Constitucional Brasileiro, clássico de Waldemar Ferreira Martins sobre o tema, exemplificam os esforços português e brasileiro, cada um restrito ao seu lado do atlântico. Resta dedicar recursos para a elaboração de uma obra conjunta, que reconheça a capital importância deste objeto de estudo intrinsecamente único que é o constitucionalismo luso-brasileiro.

2. O Constitucionalismo antes da Constituição

O século XVIII viu surgir, em suas últimas décadas, duas revoluções de capital importância que, nos Estados Unidos da América e em França, consagraram em documentos escritos aquelas regras de organização da sociedade – o estatuto dos políticos – que passaram a ser copiadas e referenciadas ao longo dos séculos seguintes. O constitucionalismo moderno surgiu, assim, com a ideia de limitar os atos dos governantes em nome de seus governados – *we the people* –, assumindo, desde então, princípios basilares como a repartição de poderes, o *rule of law*, um catálogo de direitos-deveres fundamentais e a fiscalização dos poderes (*checks and balances*)¹⁸. É certo, porém, que toda sociedade, desde a Grécia Antiga, senão mesmo em tempos ainda mais remotos, se preocupou em estabelecer, pelo menos materialmente, as regras de sua organização, do exercício de seu poder, da sucessão daqueles que o exercem e o seu controlo¹⁹.

Os constitucionalismos antigo e medieval se firmaram principalmente no costume e, em raras exceções, em esparsas leis, provenientes de momentos de conflito, sempre originado por querelas de conteúdo religioso ou fiscal²⁰, para assentar as regras de convivência em sociedade. A observância destes mesmos preceitos quase nunca foi duradoura, o que contribuiu para seu esquecimento por grande parte da doutrina, em detrimento dos exemplos mais recentes e de inequívoco sucesso. Não retira, porém, a importância das soluções teorizadas e praticadas. Muitas vezes, a reputada origem de uma lei deste cariz é mais fruto

¹⁸ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, J. J. GOMES CANOTILHO, 7ª edição, Edições Almedina, Coimbra, 2003, págs. 51 e segs. Sobre o sinalagma entre direitos e deveres fundamentais e o seu surgimento, ver o nosso *Direitos-deveres fundamentais e direito fiscal – subsídios para uma nova perspectiva histórica*, vencedor do Prémio Escolar Dr. Francisco Salgado Zenha, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2024. Sobre o mesmo tema *O Dever Fundamental de Pagar Impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, JOSÉ CASALTA NABAIS, reimpressão, Edições Almedina, Coimbra, 2020.

¹⁹ VITAL MOREIRA, JOSÉ DOMINGUES, *Op. cit.*, pág. 58.

²⁰ *Textos de Finanças Públicas*, FERNANDO ROCHA ANDRADE, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020, pág. 53.

de imaginação e fabulação *posteriori* do que da realidade propriamente dita. As fontes historiográficas, quando existem, são escassas, secundárias e pouco fiáveis, por vezes dando notícias de anedotas e estórias. Ficção e fato se misturam conforme regressamos no tempo, o místico por vezes desempenhando papel tão ou mais importante que o real.

Aqueles mitos fundantes, contudo, quando incorporados no imaginário coletivo de um povo, ainda que apenas ficção, moldam e influenciam as escolhas e o pensamento das gerações vindouras. A própria historiografia de uma nação preocupar-se-á, em alguns casos, em criar estes mitos de modo a preencher lacunas e dar contornos a ideias tão basilares como a origem de um povo, a sua organização e destino manifesto. Muitas vezes, uma legislação já morta consagrará esta carga imagética em seus preceitos, afirmando ou reafirmando aqueles ideais em dispositivos jurídicos. O valor destas fontes será tão grande quanto a capacidade do historiador do direito que sobre elas se debruçar, afinal, somente o olhar atento e capacidade interpretativa apurada conseguirão extrair, com uma boa dose de imaginação assente em conhecimentos prévios, a realidade nelas expressas.

Ainda, os movimentos constitucionalistas do século XIX fizeram surgir uma série de conceitos (*Kampfpapole*) que vieram a dar novos significados a problemáticas já tratadas em outros tempos – estado, nação, poder constituinte, soberania²¹ – que apagaram aqueles contributos prévios. Nas páginas que seguem pretendemos retomar, ainda que *en passant*, algumas destas experiências.

2.1. A *Magna Carta* inglesa

Dentre todos os documentos de cariz supralegal, ou mesmo constitucional, que abordam matérias de direitos e deveres fundamentais, um tem recebido destaque ao longo de seus oito séculos de existência, com referências principalmente no mundo anglo-saxão, onde se originou, sem, contudo, deixar de ter sua relevância reconhecida pelos demais ordenamentos jurídicos de Europa e do Ocidente. Trata-se da *Magna Carta* inglesa de 1215, assinada pelo rei John em Runnymede a 15 de junho²², e que influenciou direta ou indiretamente todos os constitucionalismos modernos surgidos nos séculos XVIII e XIX²³.

²¹ J. J. GOMES CANOTILHO, *Op. cit.*, pág. 57.

²² A *Magna Carta* nunca foi efetivamente assinada. A expressão ganhou uso pela maior parte da doutrina por traduzir corretamente o sentido de promulgação do texto, o que na época se fazia por meio da aposição do selo real. Acompanhado deste selo, cópias do documento seriam enviadas a todos os condados do reino para serem lidas em público pelo xerife local e afixadas em

Embora este não tenha sido o primeiro documento de cariz constitucional-fundamental a surgir na Europa medieval²⁴, aos artigos 12 e 39 da *Magna Carta* é comumente atribuída a glória de conterem os dois principais pilares do Estado de Direito (*Rule of Law*) e garantia de liberdades individuais. O primeiro, ao limitar o poder régio na criação de impostos (*scutage*), impondo que, para ter validade, qualquer dispositivo desta natureza seja antes aprovado por conselho do reino²⁵. O segundo, ao estabelecer que nenhum homem livre será preso, detido ou exilado sem um julgamento pelos seus pares e de acordo com a lei da terra (costume)²⁶. Uma análise minuciosa destes dois artigos, contudo, mostra que a percepção do articulado, somada à narrativa contada por gerações acerca da redação do texto em meio aquele conflito entre barões nortenhos rebeldes de um lado e um rei déspota do outro, atribuiu uma autoridade ao documento que efetivamente não se pretendeu no momento da sua redação.

Quando o rei John e os barões nortenhos se encontraram nos arredores de Londres, a capital inglesa estava sob controle dos revoltosos, sendo o principal trunfo nas negociações de paz. Dentre os diversos fatores que levaram ao conflito, os excessos descabidos de John na cobrança de sucessivos *scutages* (uma espécie de imposto de guerra no qual o barão deveria fornecer soldados ao rei,

praça pública para conhecimento do povo, passando assim a vigorar no ordenamento jurídico de todo o território. Dos quatro exemplares originais da *Magna Carta* ainda existentes hoje, apenas dois conservaram o selo real, estando ambos em exposição na British Library, em Londres. Para mais sobre a promulgação do texto, ver, por todos, *Magna Carta* de DAVID CARPENTER, Penguin Classics, 2015. Sobre a publicização de textos legais bem como um panorama político e social do período, ver *1215 – The year of Magna Carta*, de Danny Danziger e John Gillingham, Coronet Books, London, 2003. Para uma exposição sobre os exemplares sobreviventes da Carta, conferir *Magna Carta – Law, Liberty, Legacy* de CLAIRE BREAY e JULIAN HARRISON, The British Library, London, 2015. Para uma visão historicista, *Magna Carta – The true story behind the charter*, DAVID STARKEY, Hodder & Stroughton, London, 2015, *Magna Carta – manuscripts and myths*, CLAIRE BREAY, The British Library, London, 2010.

²³ R. C. VAN CAENEGEM, *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009, pág. 106 e segs.

²⁴ Em 1037 o édito do Imperador Conrado II já estabelecia que os soldados não poderiam ter seus bens apreendidos senão conforme lei de seus antepassados ou julgamento de seus pares. No mesmo sentido já dispunha o Tratado de Constance de 1183 conforme J. C. HOLT, em seu *Magna Carta*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, páginas 88 e seguintes.

²⁵ “Nullum scutagium vel auxilium ponatur in regno nostro, nisi per commune consilium regni nostri, nisi ad corpus nostrum redimendum, et primogenitum filium nostrum militem faciendum, et ad filiam nostram primogenitam semel maritandam, et ad hec non fiat nisi rationabile auxilium: simili modo fiat de auxiliis de civitate Londonie”.

²⁶ “Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nex super eum ibimus, nex super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre”.

podendo comutar o serviço de seus homens por uma quantia em dinheiro) era o principal motivo para a maioria dos revoltosos²⁷. A argúcia de William Marshall, 1º Conde de Pembroke, e Stephen Langdon, arcebispo da Cantuária, foi responsável por condensar as reivindicações dos barões apresentadas em um primeiro rascunho naquela que viria a ser chamada de *Great Charter*, em função não de seu conteúdo, mas sim de seu tamanho²⁸.

Os temas abordados pela Carta variavam desde liberdades concedidas à Igreja, serviço militar, tributação, direito sucessório, direito de crédito, administração da cidade de Londres, direito processual penal, direitos de comerciantes estrangeiros e somente residualmente liberdades individuais. Sobre este último, merecem especial atenção o já citado artigo 39, como também o artigo 40, que garantia o acesso ao direito²⁹, e o artigo 52, que estendia a garantia de julgamento por pares disposto no 39 para casos de apreensão de bens, terras ou privação de direitos³⁰.

Como forma de garantir a vigência da Carta e a observância de seus dispositivos, o artigo 61 criou um conselho de barões, composto por 25 membros e responsável por fiscalizar as ações do rei³¹. Formado sobretudo pelos próprios barões revoltosos, estes, após ouvirem queixas relativas às ações do rei, teriam o direito de se insurgirem contra o mesmo, estabelecendo-se, assim, uma cláu-

²⁷ Alguma especulação acerca de desavenças pessoais entre os líderes da revolta, Eustace de Vesci e Robert fritz Walter, e o rei John foi elaborada tão logo como nos finais do século XIII. A *Chronicles of Stephen, Henry II and Richard I* dá conta de uma tentativa, ou mesmo êxito, do rei de seduzir a esposa de de Vesci. Já uma crônica contemporânea aos factos narra tentativa idêntica de John de seduzir a filha de fritz Walter. Ainda que pouco documentadas, o conteúdo dos artigos 6, 7 e 8 da Carta demonstra que existia alguma preocupação dos barões para com o direito de suas mulheres, quando viúvas, e suas herdeiras de não casarem à força, *apud* J. C. HOLT in *The Northerners*, Oxford University Press, pags. 80 e segs.

²⁸ Não se sabe como a Carta foi chamada logo na sua promulgação. É sabido, contudo, que após a sua reinstituição, em 1218, pelo rei Henry III, a mesma foi emitida juntamente da chamada Forest Chart, ou *Carta de Floresta*, de 1217. A extensão do primeiro texto, com 63 artigos, comparado lado a lado com o segundo, de apenas 17, fez com que fosse batizado de *Magna Carta*. Em 1225, em nova reedição, o termo já era utilizado coloquialmente para se referir aquele documento. Cfr. DAVID CARPENTER, *Op. cit.*, págs. 4 e segs. No mesmo sentido, J. C. HOLT, *Magna Carta*, pág. 48.

²⁹ “Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus, rectum aut justiciam”.

³⁰ “Si quis fuerit disseisitus vel elongatus per nos sine legali iudicio parium suorum, de terris, castellis, libertatibus, vel jure suo, statim ea ei restituemus; [...]”.

³¹ “[...]videlicet quod barones eligant viginti quinque barones de regno quos voluerint, qui debeant pro totir viribus suis observare, tenere, et facere observari, pacem et libertates quas eis concessimus, et hac presenti carta nostra confirmavimus, ita scilicet quod, si nos, vel aliquo erga aliquem deliquerimus, vel aliquem articulorum paxis aut securitatis transgressi fuerimus, et delictum ostensum fuerit quatuor baronibus de predictis viginti quinque baronibus, illi quatuor barones accedant ad nos vel ad justiciarum nostrum, si fuerimus extra regnum, proponentes nobis excessum, petent ut excessum illum sine dilacione faciamus emendari[...].”.

sula de direito de revolta, ou direito à guerra civil. Aqueles que se juntassem aos barões estariam isentos de qualquer responsabilidade, uma vez que apenas estariam no cumprimento do seu dever de obediência servil. William Sharp McKechnie, em seu comentário à *Magna Carta*, fez notar que esta falhou ao conceber a pretendida cláusula de segurança, ou *forma securitatis ad observandum pacem et libertatis*. Nas suas palavras, a solução encontrada para prever um sistema de sanções ao incumprimento do disposto na Carta criava um verdadeiro “Committee of Rebellion”³².

O texto do artigo 61 revela a preocupação em estabelecer o conselho de barões como órgão independente e hierarquicamente superior ao próprio monarca. A sua função é expressamente estipulada como “observe, maintain and cause to be observed the peace and liberties which we have granted to them and confirmed by this our present charter”³³. O processo para fiscalização do cumprimento da Carta era bastante simples: em um primeiro momento, quatro daqueles vinte e cinco barões deveriam ser notificados de alguma violação cometida pelo rei; de seguida, comunicariam a mesma ao próprio rei, para que fosse corrigida o mais breve possível; se a violação se mantivesse por mais de quarenta dias, os restantes membros do conselho seriam notificados do caso, para daí decidirem sobre a pertinência de ação contra o rei.

Os meios de reação previstos eram característicos do período em que a Carta foi redigida: apreender castelos, terras e bens régios de modo a pressionar o monarca a adotar novo comportamento. Estavam salvaguardados a pessoa do rei e seus familiares. De igual modo, uma vez que o conflito estivesse resolvido, previsivelmente pela cedência do rei e adequação de seus atos à *Carta*, estabelecia o mesmo artigo 61 que os barões “are to obey us as they did before”³⁴, não havendo responsabilização sobre quaisquer atos que tivessem cometido em nome da *forma securitatis*. O comentário de McKechnie é preciso em sua interpretação.

O grande mérito da Carta residiu em ter-se valido de termos vagos e expressões axiologicamente neutras, tal-qual as referências às leis da terra (*legem*

³² “if it had been possible to put so violent an expedient in practice, the sovereignty, or supreme power in England, would have been split into two for practical purposes. While the old monarchy remains theoretically intact, John would have held the sceptre, still nominally his, only until his opponents declared that he had broken some part of the Charter, when, by his own previously-granted mandate, it would pass along with wide powers of coercion, to the twenty-five barons forming what is sometimes described as a Committee of Executors, but which was rather a Committee of Rebellion”, WILLIAM SHARP MCKECHNIE in *Magna Carta – A commentary on the great charter of king john with an historical introduction*, Glasgow University Press, 1905, pág. 447.

³³ A tradução do latim para inglês é de J. C. HOLT, *Op. cit.*, pág. 395.

³⁴ *Ibidem*.

terrem), e preocupar-se em reafirmar aquele costume, ao invés de criar direito *ex novum*. A previsão de um salvo conduto aos barões revoltosos, conforme o previsto no artigo 61, corrobora a leitura de que se pretendia apenas resolver a celeuma daquele momento, nada além disso. Apesar de sua curta vigência³⁵, seriam essas características que fariam com que o filho de John, rei Henry III, reinstituisse o documento, em sinal de boa-fé para com seus súbditos, e que a partir de 1225 passaria a ter destaque no ordenamento jurídico inglês.

Esta carga neutra dos termos empregues no texto imprimiu enorme potencial ao documento e permitiu que sucessivos atos interpretativos emitidos pelo Parlamento, cada vez mais consolidado, conformassem um direito próximo daquele que hoje conhecemos³⁶. Foi no século XVII, com os trabalhos de Edward Coke, que a percepção atual sobre a *Magna Carta* foi-se moldando, a ideia de que nela estariam consubstanciadas as bases da constituição material da Inglaterra e que por sua vez iria influenciar o constitucionalismo americano e todos os seguintes³⁷.

2.2. O Areópago grego

Já na Grécia Antiga, em Atenas, a preocupação com o cumprimento da lei fundamental foi objeto de profundas reflexões, chegando-se a soluções mais sofisticadas do que aquelas concebidas pelos barões medievais. Por obra do acaso, no entanto, pouco ou quase nada se preservou acerca do *Conselho do Areópago*, cujos conhecimentos se perderam ao longo do tempo. Somente no final do século XIX, graças às pesquisas de Frederic Kenyon, no *British Museum*, foi possível recuperar informações relevantes sobre essa instituição³⁸.

³⁵ A primeira vigência da Carta durou menos de três meses, uma vez que já em agosto de 1215 o Papa Inocêncio II anulou o documento após ter reinstituído o rei John à Igreja Católica. David Carpenter, *Op. cit.* págs. 373 e segs., J. C. HOLT, *Op. cit.*, págs. 33 e segs.

³⁶ Entre 1331 e 1368 foram aprovados seis atos que esclareceram, dentre outros, os sentidos atribuídos à *legale iudicium parium suorum* para “trial by jury”, *legem terram* para “due process of law” e *liber homo* para “free man” em sentido amplo, englobando todos os homens. *Cfr.* J. C. HOLT, *Op. cit.*, págs. 39 e segs.

³⁷ *Ibidem*. Ainda segundo Holt, outra narrativa contemporânea dos acontecimentos narrados teria contribuído de maneira substancial para a formação do imaginário coletivo britânico. Nos referimos à história de *Robin Hood*, o ladrão que rouba dos ricos para dar aos pobres, e cuja arquétipo narrativo é anterior em muitos séculos à Inglaterra medieval, mas lá gerou frutos e alcançou o status de narrativa imperativa para compreensão daquele país. Para mais, ver *Robin Hood*, J. C. HOLT, 2nd edition, Thames & Hudson, London, 1989.

³⁸ A aquisição pelo *Aegyptisches Museum Berlin*, em 1879, de fragmentos de *Constituição dos Atenenses*, de ARISTÓTELES, despertou enorme interesse no tratado do Estagirita. Seria o *British Museum*, em

Originalmente estabelecido na Constituição de Drácon, *circa* 624/621 a.C., o *Conselho* era um órgão colegiado encarregado de guardar as leis e assegurar que os magistrados exercessem suas funções em conformidade com a legalidade³⁹. Apesar das diversas transformações sofridas ao longo dos séculos, sua evolução pode ser parcialmente reconstruída com base nos registros deixados por Aristóteles.

A “constituição ancestral” dos atenienses teria sido formada com o estabelecimento de Íon como rei de Atenas, a ele se associando os chefes das quatro tribos. Com Teseu, esta constituição teria ganhado conteúdo mais amplo, não se referindo apenas à sucessão do trono⁴⁰. Com Drácon as leis seriam pela primeira vez reduzidas a escrito, criando-se o *Conselho do Areópago* como órgão responsável pela sua observância. Sua sede foi logo estabelecida no próprio Areópago⁴¹, na base da Acrópole, e seus membros receberam o nome de Areopagitas. É de ressaltar que o papel do Conselho seria, então, de avaliar a conformidade das leis escritas com o costume vigente até então, para além de verificar se ambas estavam sendo cumpridas pelos magistrados.

A Constituição de Sólon, que viria a introduzir a democracia à *polis*, manteve a atribuição de fiscalização da constituição histórica ao *Conselho*, e criou

1891, que publicaria pela primeira vez uma tradução completa do original, feita por FREDERIC G. KENYON, *apud* Delfim Ferreira Leão, in *Constituição dos Atenienses*, ARISTÓTELES, introdução, tradução do original grego e notas de Delfim Ferreira Leão, Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª edição, Lisboa, 2022, pág. 2.

³⁹ A expressão utilizada é mesmo de *guardião das leis*, conforme tradução de DELFIM FERREIRA LEÃO, in *Op. cit.*, pág. 26.

⁴⁰ Note-se, aqui, a presença da fabulação religiosa como forma de conferir legitimidade à narrativa. O mito fundante, para os antigos, é tão ou mais importante que a história factual. Jordan B. Peterson faz notar que, para o homem moderno, o mundo é concebido como um cenário de coisas, objetos, ainda que imateriais – o bom, o belo, etc. – ao passo que, para os antigos, o mundo seria um palco para ações – o bom será traduzido não como um significante dotado de um conteúdo próprio, mas sim uma ação intrinsecamente boa, uma conduta que produza o bem, daí criar-se a narrativa do herói bom. Por outro lado, o mal também não seria uma coisa, mas sim a prática de algo que gera resultados malignos. Assim, o mito fundante, originado com o primeiro Rei de Atenas, confere não apenas legitimidade, como também “é um fenómeno qualitativamente diferente. A ciência pode ser considerada uma descrição do mundo no que concerne aos aspetos consensualmente compreensíveis ou especificação do modo mais eficaz de alcançar um fim (dado um fim definido). O mito pode ser visto de uma forma mais precisa como descrição do mundo como ele significa (para ação). O universo mítico é um lugar para agir, não um lugar para compreender. O mito descreve as coisas em termos de sua valência única ou afetiva partilhada, do seu valor, do seu significado motivacional”, JORDAN B. PETERSON in *Mapas do Sentido – A arquitetura da crença*, Editora Lua de Papel, Lisboa, 2019.

⁴¹ Foi no mesmo local que São Paulo proferiu seu sermão de catequese aos helenos, conforme Atos dos Apóstolos, 17, 16–34.

outro órgão colegial, o Conselho dos Quatrocentos, composto por cem membros de cada tribo, para administrar a cidade. Com o fim das Guerras Médicas, o *Conselho do Areópago* passou a administrar a cidade, suplantando o Conselho dos Quatrocentos⁴². Com Efialtes lançou-se um ataque ao órgão, promovendo a destituição de inúmeros Areopagitas, curiosamente não pela sua atuação enquanto administradores da cidade, mas sim pelos seus atos enquanto eram arcontes – magistrados eleitos responsáveis por administrar a justiça. A função de guardião da constituição passou a ser exercida pelo Conselho dos Quatrocentos. Não por acaso este órgão, após a morte de Efialtes, passou a exercer o governo efetivamente⁴³.

Sobretudo no período de Sólon, e até as leis de Efialtes, o controlo dos atos de órgão e agentes públicos era realizado por meio de *eisangelia*, um direito à denúncia conferido a qualquer cidadão de se reportar ao *Areópago*. O conceito de cidadania e nacionalidade eram sinónimos, somente os atenienses gozavam de pleno exercício de direitos civis, como o direito de sufrágio, a *eisangelia* e a capacidade de exercerem cargos na administração pública.

O critério de atribuição de nacionalidade por *ius sanguinis* era complementado por outro, de capacidade de cumprir obrigações militares. No século IV a. C., inclusive, o crime de apatia – incumprimento do dever fundamental de defesa do território – seria incorporado às matérias de competência do *Areópago*, ao lado do crime de tirania⁴⁴.

Só era cidadão ateniense aquele que fosse filho de outros cidadãos atenienses e se mostrasse capaz de equipar-se como hoplita para defender a cidade. Aqueles que não fossem filhos de atenienses poderiam viver na cidade apenas na condição de escravo ou *meteco*, estrangeiros cuja residência era autorizada ou mesmo tolerada, geralmente comerciantes itinerantes ou artesãos de elevada especialização. Ainda que várias gerações de *metecos* habitassem a cidade, a condição era mantida e a cidadania nunca adquirida, jamais sendo autorizados a tomar assento em qualquer conselho ou cargo público⁴⁵.

⁴² “conquistou esta hegemonia sem se basear em nenhuma decisão oficial, mas por haver sido a causa da batalha naval de Salamina. De facto, na altura em que os estrategos desesperavam com a situação e haviam proclamado que buscasse cada um a própria salvação, o Areópago arranhou forma de distribuir oito dracmas a cada uma das pessoas e de fazê-las entrar nos barcos. Por este motivo, os Atenienses curvaram-se perante a autoridade do conselho e também nessa ocasião eles puderam gozar de um bom governo”, ARISTÓTELES, *Op. cit.*, pág. 57 e segs.

⁴³ Para uma linha do tempo completa, ver ARISTÓTELES, *Op. cit.*, pág. 85 e segs.

⁴⁴ ARISTÓTELES, *Op. cit.*, pág. 33.

⁴⁵ Houve alguns momentos em que a cidadania foi atribuída a *metecos*, mas sempre por legislação extravagante e a título excecional. Cfr. *Cidadania, Autoctonia e a posse de terras na Atenas democrática*,

A principal pena aplicada pelo *Areópago* neste período seria a *atimia*, uma redução ou perda de direitos civis em função do incumprimento de deveres fundamentais que, na prática, retirava o cidadão da vida política da cidade. A *atimia* poderia ser mais ou menos ampla consoante o crime praticado e a avaliação do *Conselho*, podendo-se, inclusive, ser estendida a familiares do condenado, até mesmo em carácter hereditário. O cidadão condenado à *atimia* não estava excluído fisicamente da cidade, mas sim de sua vida política, sua influência sobre as instituições era reduzida ao mesmo escalão de um *meteco*. Mesmo que a pena de *atimia* tivesse cessado ou sido extinta por decisão do próprio *Areópago*, o histórico desta era critério impeditivo para o exercício do cargo de juiz – arconte. Inicialmente prevista apenas para casos de incumprimento do dever fundamental de defesa do território, foi gradualmente estendida para o incumprimento de obrigações fiscais (o dever fundamental de pagar impostos) e para o crime de tirania⁴⁶. Sanção mais severa seria o *ostracismo*, dispositivo pelo qual os atenienses exilavam aquele cidadão cuja influência se julgasse perigosa para a democracia, escrevendo o seu nome em uma concha (*ostrakon*)⁴⁷.

No século IV a. C., com o restabelecimento da democracia, o *Conselho* terá suas funções judiciais transferidas para as mãos do povo – *i. e.* a assembleia. Segundo Aristóteles, conferir tamanho poder a um pequeno número de Areopagitas era um erro, por estes facilmente serem corrompidos por dinheiro ou benesses. A multidão, segundo o mesmo, não estaria sujeita a tais influências. No tempo do Estagirita, ainda, a competência do *Areópago* se resumiria a conhecer dos crimes de homicídio e ofensas corporais, envenenamentos e incêndios⁴⁸. Não é possível precisar quando, mas o texto aristotélico faz menção que “noutros tempos” competiria em exclusivo ao *Conselho do Areópago* apreciar os crimes de corte e poda de oliveiras sagradas, aplicando a pena de morte nestes casos⁴⁹. Curiosamente, a solução propugnada por Aristóteles seria aquela acolhida no século XIX, de supremacia dos órgãos colegiais – sobretudo assembleias nacionais – sobre os demais para a interpretação da constituição e controlo de constitucionalidade, naquele modelo francês de fiscalização (cfr. *infra* 4).

DELFIN FERREIRA LEÃO in *CADMO – Revista de História Antiga* – n.º 20, Centro de História da Universidade de Lisboa, 2010.

⁴⁶ ARISTÓTELES, *Op. cit.*, pág. 45.

⁴⁷ O *ostracismo* foi primeiro utilizado como pena em 488/7 a. C.. Curiosamente, foi utilizada contra os amigos e familiares de tiranos, e não aos tiranos propriamente, uma vez que a estes estava prevista a *atimia*. O afastamento físico da cidade, porém, na ótica moderna e mesmo medieval, como a pena de desterro, é sensivelmente mais severa que a proibição do exercício de cargos públicos.

⁴⁸ ARISTÓTELES, *Op. cit.*, pág. 114.

⁴⁹ ARISTÓTELES, *Op. cit.*, pág. 118.

2.3. A Constituição histórica portuguesa e as matérias constitucionais

Tendo já dedicado algumas páginas aos exemplos inglês e grego, voltamos, agora, o nosso foco ao direito português. Foi pelas mãos e a espada de D. Afonso Henriques que o Condado Portucalense se tornou Reino, pelo menos a partir de 1140⁵⁰, quando este passou a denominar-se *rex*⁵¹, sendo reconhecido por Afonso VII de Leão e Castela em 1143, com o Tratado de Zamora. A chancela papal viria apenas em 1179, sob a pena do Papa Alexandre III na bula *Manifestis probatum*⁵².

A história constitucional de Portugal dá conta que com o surgimento do reino se teria instituído também um conjunto de leis de cariz fundamental dimanadas pelas *Cortes de Lamego*, em 1143, que desempenhariam o papel da constituição histórica de Portugal. A doutrina tem identificado estas como as *Leis fundamentais do Reino*, por disporem sobre a sucessão de D. Afonso Henriques e reunirem as características comumente associadas às constituições tradicionais ou históricas (i. e.: normas consuetudinárias, de conteúdo flexível, endógenas – internas ao próprio sistema – e sem formalidades procedimentais definidas para sua aprovação)⁵³. A sua reputada origem junto com o nascimento do reino é pouco provável, e alguns elementos concorrem pela tese de sua construção *posteriori*.

Antes de mais, o primeiro rei de Portugal a exercer de forma contundente a função legislativa foi D. Afonso II (1211–1223). Apelidado de “O Gordo” em razão de suas feições físicas, não se pode dizer que tivesse propensão para guerra nem tenha exercido grandes funções militares. No campo político, contudo, produziu vasta legislação, reuniu Cortes em Coimbra tão logo quanto 1212, dimanou diplomas exaustivamente, versando sobre impostos, privilégios reais e a salvaguarda de seus súbditos. Chegaram até nós 155 documentos, sendo razoável supor que, dado o longo tempo transcorrido desde o seu reinado, tenha produzido muitas vezes mais. É dele, inclusive, o primeiro documento escrito

⁵⁰ O famoso diploma, datado de março de 1139 e revelado pelo Dr. Paulo Merêa, no qual D. Afonso Henriques já se intitulava rei de Portugal não teve a sua autenticidade provada, pelo que o ano de 1140 é a data mais longínqua a que se pode traçar a independência de Portugal. Cfr. MARCELLO CAETANO, *Op. cit.*, págs. 201 e segs. No mesmo sentido, o nosso *Esboço de Periodização da História do Direito Luso-Brasileiro*, Prémio Dr. Plínio Correia de Oliveira, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2024.

⁵¹ Sobre a relevância da alteração do título de *infans* para *rex*, ver NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Op. cit.*, págs. 151 e segs.

⁵² Para uma exposição cronológica do tema, ver MARCELLO CAETANO, *Op. cit.*, pág. 176.

⁵³ Estas são, afinal as características das constituições tradicionais ou históricas, conforme VITAL MOREIRA e JOSÉ DOMINGUES, *Op. cit.*, págs. 42 e segs.

em português, o “Testamento de D. Afonso II”, passado em Coimbra e datado de 1214⁵⁴. Em alguns aspetos, seu curto reinado foi mais eficiente e inovador que o de Alfonso X (1245-1284), de Leão e Castela, com décadas de precedência, sendo apenas o rei toledano apelidado de “O Sábio”.

Existem, contudo, documentos e vestígios a indicar que já D. Afonso Henriques teria convocado Cúria, Cortes ou Concílios, mas não sobre os temas abordados nestes nem as decisões dali emanadas. A própria imprecisão na definição se seriam afinal Cúria, Cortes ou Concílios denota a falta de informações a respeito dos mesmos⁵⁵. O mito dá conta, contudo, que com a assinatura do Tratado de Zamora, em 5 de Outubro de 1143, D. Afonso Henriques teria retornado a Portugal passando por Lamego e lá reunido as Cortes para estabelecer as leis de sucessão do trono do novo reino⁵⁶.

O segundo elemento que concorre pela tese da ficção ou invenção *posteriori* das *Leis Fundamentais do Reino* é a falta de notícias e referências às mesmas em todo o período desde seu reputado surgimento em meados do século XIII até princípios do XVII. A ausência de menções às mesmas em tão largo recorte temporal, somada à sua origem não documentada, corrobora a interpretação de

⁵⁴ Para mais sobre o tema, ver, de nossa estimada professora de Paleografia e Diplomática, Sra. Dra. MARIA JOSÉ AZEVEDO SANTOS, *Ler e Compreender a Escrita na Idade Média*, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.

⁵⁵ Como sabemos, Cúrias, Cortes e Concílios são três instituições típicas do direito medieval português, muito similares entre si, mas definitivamente distintas. Ambas Cúrias e Cortes eram órgãos consultivos do Rei, a serem invocados pelo próprio para versarem sobre um tema por ele determinado. Tomavam assento em ambas quase sempre os mesmos notáveis: homens ricos do reino, bispos e prelados e membros da família real. O carácter consultivo era inerente a ambos, mas as Cortes eram distinguidas por ser reconhecido o direito de agravo aos seus membros, isto é, poderiam apresentar agravamentos ao debate, versando assim sobre matérias diversas daquelas a que teriam sido inicialmente convocadas pelo rei. Embora incomum, algumas Cúrias evoluíram para Cortes em função da pressão dos presentes. Os Concílios, por sua vez, mantinham o carácter eminentemente religioso, não se abordando matérias da administração do reino. Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Op. cit.*, pág. 206; MARCELLO CAETANO, *Op. cit.*, pág. 212.

⁵⁶ A imprecisão acerca da data das Cortes de Lamego é outro elemento a ser levado em consideração e em favor da tese da impossibilidade de terem versado sobre as leis fundamentais ou mesmo sua existência. Sabemos que, entre 4 e 5 de outubro de 1143, D. Afonso Henriques encontrava-se em Zamora, a celebrar o tratado, já a passagem por Lamego é por vezes situada no retorno de Zamora, outras vezes em setembro de 1143, antes, portanto do tratado. Curiosamente, o local onde as mesmas teriam se situado não é objeto de controversa, sendo identificada a Igreja de Santa Maria de Almacave, em Lamego, como palco das Cortes. No monumento erigido em frente à Igreja, é possível verificar a mesma imprecisão nas datas, acrescida de outra, relativa às próprias Cortes: “De regresso de Zamora, aonde em setembro de 1143 assinou o Tratado da Independência de Portugal, D. Afonso Henriques passou, no mesmo mês, pela cidade de Lamego e aqui reuniu sua Cúria na Igreja de Almacave”.

que afinal não teriam existido, sendo apenas fruto de imaginação coletiva. Por fim, e ainda que “a ausência de provas não seja prova de ausência”, o preciso momento em que se verifica o súbito ressurgimento do interesse nas leis de sucessão à coroa portuguesa é mais um elemento a corroborar a sua ficção: é datada de 1640 a primeira referência bibliográfica às mesmas, em obra de Luís Marinho de Azevedo, editada em Lisboa e intitulada *Exclamaciones Políticas, Jurídicas e Morales*⁵⁷.

Ora, recém-saído do contexto da Restauração, a 1 de dezembro de 1640, pendia ainda sobre Portugal o fantasma da influência espanhola. Ainda que durante as seis décadas da União Ibérica vigorasse o sistema de “duas coroas sobre uma cabeça”, verificou-se o surgimento de um verdadeiro sentimento independentista e até mesmo de revolta para com os espanhóis, sobretudo em função de seu domínio. Retomada a independência, o próximo passo seria garantir que a Coroa não voltasse a cair sobre uma cabeça estrangeira. Tal preocupação, de tornar incólume a administração de Portugal, livre da ingerência de não-nacionais, se tornou constante na segunda metade do século XVII, sendo promulgados sucessivos diplomas sobre o tema, todos em diálogo com as ditas leis do século XIII.

Em 23 de novembro de 1674 é emitido diploma a versar sobre a regência e tutoria na menoridade ou incapacidade do rei, determinando expressa e taxativamente os sujeitos a assumirem o papel de tutores – todos homens do Reino, próximos à administração e, preferencialmente, da família real⁵⁸. De igual modo, em 1679 é emitida Lei de 11 de dezembro com referência expressa à “Lei Fundamental de Lamego”, derogando aquela no disposto relativo à proibição das filhas herdeiras de contraírem casamento com estrangeiros⁵⁹. Na Lei de 12 de abril de 1698 encontramos nova referência: “*sendo um dos primeiros motivos por que fui servido chamar o reino às presentes Cortes o haver-se de declarar ou derogar a Lei das Cortes de Lamego sobre a sucessão do reino nos filhos do rei que sucede a seu irmão, porque pela sua disposição ou má inteligência podiam resultar, pelo tempo futuro, inconvenientes que fossem de grande prejuízo e perturbação do reino...*”⁶⁰.

Questão que no século seguinte se vai colocar no debate académico será a da delimitação do conteúdo daquelas Leis Fundamentais, isto é, a definição do que, afinal, são as matérias constitucionais em Portugal. De um lado, António

⁵⁷ VITAL MOREIRA, JOSÉ DOMINGUES, *Op. cit.*, pág. 31. Tão logo quanto 23 de março de 1641 as Leis das Cortes de Lamego serão invocadas no Assento das Cortes de Lisboa, na primeira transposição daquela ficção para o mundo jurídico. Ibidem, págs. 234 a 244.

⁵⁸ VITAL MOREIRA, JOSÉ DOMINGUES, *Op. cit.*, pag. 200.

⁵⁹ Cfr. VITAL MOREIRA, JOSÉ DOMINGUES, *Op. cit.*, pág. 183.

⁶⁰ Conforme transcrição paleográfica de Vital Moreira e José Domingues in *Op. cit.*, pág. 188.

Ribeiro dos Santos, ilustre canonista e poeta português⁶¹, irá defender um catálogo alargado e moderno de matérias constitucionais, versando sobre forma de governo, sucessão à coroa, forma e exercício dos direitos do soberano enquanto particular, administração pública, direitos e deveres dos súbditos, privilégios das ordens, estatutos das cortes, fazenda pública, religião, educação e segurança⁶².

Em sentido contrário, um vulto do peso de Pascoal José de Melo Freire dos Reis encabeçará a doutrina de um catálogo mínimo de matérias constitucionais, identificando estas como apenas as disposições relativas à sucessão do trono. A clara conformidade com o paternalismo régio vigente em finais do século XVIII em Portugal e no mesmo sentido daquele constitucionalismo histórico⁶³ sairá vitoriosa. As leis fundamentais do reino, nesta conceção, ao versarem tão somente sobre a sucessão da coroa, serviriam como forma de legitimação do poder, ao invés de seu limite. Não obstará, contudo, que no principiar do século XIX, e a exemplo dos constitucionalismos do resto da Europa ocidental de então, um catálogo cada vez mais alargado de matérias constitucionais seja criado.

Ainda que não tivessem sido escritas propriamente, o imaginário coletivo lusitano fez questão de introduzir a ideia das *Leis das Cortes de Lamego* à vida política e jurídica da nação. As sucessivas referências às mesmas em diplomas constitucionais corroboram a interpretação de que, mesmo não sendo verdadeiras, as Cortes de Lamego exerceram papel decisivo na vida pública do reino, assumindo o protagonismo como mito fundante de Portugal. Se no imaginário coletivo britânico, e na esteira de J. C. HOLT, não é por acaso que ao período da *Magna Carta* foram associadas as ideias de liberdade, igualdade e justiça, ainda que não constassem expressas no texto daquele documento, em Portugal o mesmo retrocesso temporal foi realizado e idealizado até o período de formação da identidade nacional, ao surgimento de Portugal autónomo, e não casualmente se o fez em momento em que esta mesma identidade era retomada (ou restaurada).

Mesmo que não escritas, apesar de inventadas, e sobretudo porque associadas ao mito fundante português, as *Leis Fundamentais do Reino* indubitavelmente

⁶¹ Para mais sobre a figura de António Ribeiro dos Santos, ver *Pensamento Jurídico Luso-Brasileiro*, de Paulo Ferreira da Cunha, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2006, págs. 29 e segs.

⁶² Cfr. VITAL MOREIRA, JOSÉ DOMINGUES, *Op. cit.*, pág. 33. MARCELLO CAETANO, em seu *Constituições Portuguesas*, vai mesmo defender que nas Actas das Cortes de Lamego estariam expressas matérias constitucionais que nem mesmo o rei poderia alterar – um princípio de reserva constitucional, portanto – que seriam a ordem de sucessão ao trono e a forma de governo monárquico, vide pág. 12 e segs.

⁶³ *Ibidem*.

vigoraram em Portugal, muito em função da percepção de seus recetores e por aquele elemento psicológico (*animus*) do costume. Negar a existência das Cortes de Lamego, afinal, será tão correto quanto afirmar o papel daquele mito na concepção da constituição histórica portuguesa e influência no pensamento jurídico de então.

3. A génese do Constitucionalismo Moderno Oitocentista (referência)

O século XIX viu uma clara alteração na concepção de “constituição” e “constitucionalismo” que, em bom rigor, mantém-se impregnada no pensamento jurídico contemporâneo. Falamos aqui da ideia de que a constituição afinal “constitui” o Estado, os seus poderes e sua organização política, em contraposição com a aceção dos antigos de tão somente fundamentar a autoridade do rei. O poder constituinte, para os modernos, é anterior ao próprio poder régio e não pode advir de nenhum outro lugar que não o próprio povo⁶⁴. Ao extremo, esta concepção ignora tudo aquilo que veio antes da celebração de um pacto fundamental nestes termos. Como expresso *supra*, contudo, nada poderia ser mais injusto com o constitucionalismo tradicional, assente em normas consuetudinárias e tão válido quanto aquele moderno.

A constituição tradicional, endógena, dá lugar a um conjunto de regras prescritas pelo Poder Constituinte a todos os membros da Nação. As matérias constitucionais, que outrora se limitavam a um curtíssimo catálogo, expandem-se, abarcando as liberdades individuais, direitos-deveres fundamentais, o estatuto dos políticos, as formas de governo e organização do Estado, a atribuição e exercício da cidadania e o controlo de constitucionalidade. A própria reforma do texto passa a ser matéria de carácter constitucional, prevendo-se uma natural extensão do Poder Constituinte às gerações futuras, notadamente impondo-se normas processuais mais exigentes para a alteração daquele texto fundamental. A constituição, ao invés de fundamentar o poder, agora limita-o.

Na senda dos exemplos americano e francês, de 1789 e 1791, respetivamente, em Portugal e no Brasil os primeiros movimentos de carácter consti-

⁶⁴ No constitucionalismo liberal luso-brasileiro grandes foram os debates acerca da proveniência do poder constituinte, se esta residiria “em a Nação” ou na figura do Imperador. Dentre os motivos identificados para a dissolução da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil de 1823, a usurpação destes poderes, considerados próprios do Imperador por D. Pedro, é indicado como o principal. Para mais, ver, por todos, o nosso já citado *Liberdade Religiosa e Religião Católica no Projecto de Constituição de 1823 e seu debate na Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil*.

tucional surgem em princípios do século XIX. Com a transferência da Corte portuguesa ao Rio de Janeiro, em 1807-08, a dinâmica de poder nas relações luso-brasileiras alterou-se substancialmente. Se por um lado para os portugueses de Europa significou um súbito apequenamento de seu papel no novo Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, para os portugueses do hemisfério sul a presença da família real em seu território significou, para além da elevação da colônia à reino, também um aumento de impostos e da ingerência da Corte sobre a produção local⁶⁵. Em Pernambuco, a capitania mais lucrativa de então, os excessivos gastos da Coroa, associados ao aumento da cobrança de impostos, foram suficientes para, em 1817, desencadear uma revolução de carácter republicano.

A Revolução Pernambucana não foi o primeiro movimento do tipo a insurgir na colônia, lembremos, afinal, que décadas antes já em Minas Gerais os Inconfidentes reclamavam do excesso de impostos, pelo menos um tendo elencado a república como ideal revolucionário⁶⁶. A exemplo de todas as demais revoltas na história do Brasil, a Coroa saiu vitoriosa, o republicanismo sendo atrasado em um século nas terras tropicais. O movimento pernambucano, contudo, produziu muitos mais efeitos na esfera política d'aquém e d'além do que à primeira vista pode-se supor.

Uma análise das biografias dos revoltosos de 1817 dá uma noção mais precisa acerca da expressão do movimento. Já com seus 44 anos de vida, mas desempenhando um papel secundário ainda, estava Antônio Carlos de Andrada Machado e Silva, figura mais conhecida pela historiografia nacional como irmão mais velho do Patriarca da Independência, José Bonifácio de Andrada e Silva, mas que exerceria papel de destaque no constitucionalismo liberal luso-brasileiro. Tendo ingressado do curso de filosofia e ciências naturais da Universidade de Coimbra em 1790, Andrada Machado tomaria assento como deputado representante do Brasil nas *Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa de 1821-22*. Beneficiário do bom relacionamento de seus irmãos com a Família Real, de regresso ao Brasil tomaria assento nas *Assembleia Geral, Constituintes e Legislativa do Império do Brasil, de 1823*, sendo um dos poucos deputados a ter

⁶⁵ A Corte fluminense, mais próxima do dia-a-dia dos brasileiros, passou a ser percebida como mais opressora que a lisboeta, Cfr. Alberto da Costa e Silva in *História do Brasil Nação: 1808-2010*, Vol. 1, *Crise colonial e Independência*, vários autores, direção de Lília Moritz Schwarcz, Editora Objetiva, Rio de Janeiro, 2011, págs. 25 e segs.

⁶⁶ Consta dos autos do processo de execução do alferes José Joaquim da Silva Xavier, o Tiradentes, que o mesmo teria dito em tribunal: “Se dez vidas eu tivesse, dez vidas eu daria”. O ideal republicano era o fim por excelência para o mártir da Inconfidência.

experiência em assembleias constituintes⁶⁷. Seu maior contributo, porém, viria enquanto presidente da comissão redatora do *Projecto de Constituição de 1823*, apresentado à *Assembleia* e parcialmente votado para assumir o papel de Lei Fundamental do Império.

O contributo do *Projecto* só muito recentemente ganhou atenção de pesquisadores e historiadores do direito, entre os quais nos incluímos, pelas celebrações dos 200 anos da *Assembleia* em 2023. Redigido quase inteiramente por Andrada Machado, o *Projecto* não foi aprovado em sua totalidade em função de D. Pedro ter dissolvido a *Assembleia*. O encarregado pelo Imperador para redigir o novo texto constitucional, Marquês de Caravelas, bebeu diretamente da fonte do *Projecto*, fazendo pequenas introduções relativas ao Poder Moderador. Como sabemos, o texto do Marquês de Caravelas se tornará a *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*, que por sua vez será idêntica à *Carta Constitucional portuguesa de 1826*⁶⁸.

Exercendo papel de liderança na revolução encontramos ainda Padre João Ribeiro. Oriundo de família destacada da capitania de Pernambuco, estudou no Seminário de Olinda, onde teve contato com as ideias iluministas, liberais e republicanas⁶⁹. Seu primo, General Domingos Teotônio Jorge Martins Pessoa, era o líder militar do movimento. As ligações pessoais de ambos com as elites pernambucana, francesa e americana possibilitou que contatassem lideranças da Revolução Americana e gerais de Napoleão para apoiarem o movimento. Estados Unidos, o principal parceiro económico de Pernambuco na altura, e França, rival de Portugal, inicialmente apoiaram os revoltosos. Chegou-se mesmo a teorizar um plano de libertação de Napoleão da ilha de Santa Helena

⁶⁷ Ao todo, 14 deputados que participaram um ano antes das Cortes em Lisboa tomaram assento na Assembleia brasileira, são eles: Jacintho Furtado de Mendonça, pelo Rio de Janeiro; José Joaquim da Rocha, João Gomes da Silveira Mendonça, António Teixeira da Costa e Manoel José Velloso Soares, por Minas Gerais; Nicolau Pereira Campos Vergueiro, António Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva, José Ricardo da Costa Aguiar de Andrade e Francisco de Paula Souza e Mello, por São Paulo; Francisco Moniz Tavares e Pedro de Araujo Lima, por Pernambuco; Pedro José da Costa Barros e José Martiniano de Alencar, pelo Ceará; e José Feliciano Fernandes Pinheiro, pelo Rio Grande do Sul. Cfr. o nosso já citado *Liberdade Religiosa...*, págs. 13 e segs.

⁶⁸ Para as similaridades dos textos português e brasileiro, ver *supra* a Introdução.

⁶⁹ O Seminário de Olinda desempenhou grande papel na disseminação de tais ideais no Brasil colônia. Fundado pelo Bispo Azeredo Coutinho em 1800, nos moldes dos *Novos Estatutos Pombalinos da Universidade de Coimbra*, seu escopo era “instruir a mocidade da nossa Diocese no conhecimento das verdades da Religião, na prática dos bons costumes, e nos estudos das artes, e ciências, que são necessárias para purificar o ómen, e fazer Ministros dignos de servirem à Igreja e ao Estado”, conforme *Estatutos do Seminário Episcopal de N. Senhora da Graça da Cidade de Olinda de Pernambuco, ordenados por D. Jozé Joaquim da Cunha Azeredo Coutinho XII Bispo de Pernambuco do Conselho de S. Magestade Fidelíssima Fundados do mesmo Seminário*.

e seu transporte para Pernambuco. O rápido insucesso da revolta, que durou menos de três meses, inviabilizou que o plano se concretizasse.

Outra personagem de destaque no movimento seria Frei Joaquim do Amor Divino Rabelo, o Frei Caneca. Implicado no movimento de 1817, em 1824 novamente rebelar-se-ia contra a Coroa, desta vez contra o Imperador D. Pedro I, por este ter dissolvido a *Assembleia* um ano antes e imposto a sua *Constituição*. Nos escritos de Caneca, além de críticas à Constituição e ao Poder Moderador são apresentados projetos constituintes, pautados pelo liberalismo e republicanismo. Tendo sido executado em 1825, a figura de Caneca e aquela que ficou conhecida como Confederação do Equador foram fortemente suprimidas pelo Império, em claro sinal da força institucional da Coroa e de D. Pedro⁷⁰.

Em Portugal, o ano de 1820 é elencado como marco do surgimento do constitucionalismo moderno. A influência da *Constituição de Cádiz*, reinstaurada no ordenamento jurídico espanhol em março 1820, iluminou a direção dos caminhos adotados pelo *Sinédrio* a partir de 24 agosto daquele ano⁷¹. Desde a sua primeira vigência, em 1812, o documento espanhol já transbordara para o mundo lusófono. Foi esta, ao lado dos periódicos portugueses impressos em Londres e enviados ao país ao longo da década de 1810, que introduziram o conceito de liberalismo na língua portuguesa. Notadamente, até aquele momento, as referências ao liberalismo resumiam-se àquela sua vertente econômica, fruto da doutrina de Adam Smith. O *Dicionário de Língua Portuguesa de Moraes*, de 1813, definia “liberal” como “livre, franco: tanto que por nós lhe foi impedida esta liberal navegação (aos Mouros)”⁷². A constituição espanhola desenhou um império intercontinental, espreado entre América, Europa e Ásia e composto por espanhóis de “ambos os hemisférios”⁷³. A sua fraca eficácia, contudo, uma vez que vigorou por não mais que 6 anos ao todo, em

⁷⁰ Para mais sobre o tema, ver *História do Brasil*, Boris Fausto, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, pág. 130 e segs.

⁷¹ “É de admitir que sem a retoma liberal em Espanha, a Revolução não tivesse sido desencadeada em Portugal nessa altura. Com essa mudança, o país vizinho deixava de constituir uma ameaça para os liberais portugueses e dava-nos cobertura contra a provável inamistosidade da Europa pós-napoleônica contra novas revoluções liberais”, Vital Moreira e José Domingues, in *História Constitucional Portuguesa, Vol. 2, constituição de 1822*, Assembleia da República, Lisboa, 2023, pág. 35.

⁷² *Apud* Nuno Gonçalo Monteiro, in *História Contemporânea de Portugal: 1808-2010, Vol. 1 o colapso do império e a revolução liberal*, Editora Objectiva, Lisboa, 2013, págs. 39 e segs.

⁷³ *Constituição Política da Monarquia Espanhola, de 1812, capítulo IV – Dos cidadãos hespanhoes, art. 18º*.

três momentos separados⁷⁴, não foi suficiente para lograr um reconhecimento institucional e dogmático à sua altura⁷⁵.

O lema da Revolução Liberal do Porto seria “As Cortes e a Constituição por elas!”, o objetivo, naquela altura, tão somente restaurar a constituição antiga do reino, as *Leis Fundamentais* que durante séculos regeram o ordenamento jurídico lusitano e, conforme o pensamento de então, encontravam-se agora desrespeitadas. A ausência da família real em território português seria o principal sinal de alteração na ordem vigente. Os domínios francês e inglês perduravam muito além do necessário, o povo português, nascido e criado naquele paternalismo régio teorizado por Pufendorf e introduzido pelas mãos do sempre omnisciente Marquês de Pombal, sofria de saudades de seu soberano. Não por acaso, os sucessivos pedidos eram para que D. João VI retornasse a Portugal e, com ele, todo o estamento burocrático da Corte – em outros termos, o poder.

Nas palavras proferidas pelo corregedor da comarca de Lamego, Joaquim Faria Salazar, em setembro de 1820, encontramos a síntese das intenções revolucionárias de retomar aquela constituição histórica: “Foi nesta igreja de Santa Maria Maior de Almacave, há 677 anos, que nossos avós, cheios de glória e de santo entusiasmo, deram a insígnia real da coroa e império lusitano ao grande Afonso, nosso primeiro rei; e foi neste sagrado lugar que eles fizeram as leis e Constituição política do Estado que as circunstâncias e simplicidade de seus costumes julgaram necessárias para prosperidade do novo rei e novo império; nos achamos reunidos para ratificar sobre o mesmo altar e sobre os Santos Evangelhos o juramento que acabamos de prestar nas casas do concelho desta cidade, [...] erigindo a Junta Provisional do Supremo Governo do Reino, a fim de convocar as Cortes representativas da nação, para fazerem a Constituição política do reino que é o único meio de salvar a pátria do abismo de desgraças em que ia precipitar-se”⁷⁶.

⁷⁴ Para uma síntese breve sobre a influência do texto espanhol de 1812 no constitucionalismo luso-brasileiro, ver *A Constituição de Cádiz de 1812*, de Helga Maria Saboia Bezerra, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n.º 198, abril/junho 2013.

⁷⁵ É de assinalar, contudo, a sua influência no mundo lusófono não apenas pela semelhança que o texto português de 1822 tem com esta, como também pela própria convocação das Cortes de 1821-22, que seguiu o formato de eleição expresso na Constituição de Cádiz. Não apenas discutiu-se a implementação do texto espanhol em Portugal, como no Brasil este vigorou, ainda que por menos de um dia, Cfr. Helga Maria Saboia Bezerra, *Op. cit.*, pág. 99. No mesmo sentido, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Op. cit.*, págs. 445 e segs. e MARCELLO CAETANO, *Op. cit.*, pág. 15.

⁷⁶ Vital Moreira e José Domingues, *Op. cit.*, pág. 49. Outro elemento, mais comumente referido para indicar os verdadeiros motivos não apenas da Revolução de 1820, mas da sua principal obra, é o preâmbulo da *Constituição Política da Monarchia Portuguesa*, de 1822, onde lê-se: “As Cortes Geraes, Extraordinarias e Constituintes da Nação Portuguesa, intimamente convencidas de que as desgraças

Tendo a Constituição de 1822 vigorado por curtíssimo período, consideramos esta ainda um prólogo ao constitucionalismo moderno oitocentista. O seu carácter abertamente liberal – demasiado para o seu período –, a prevalência das Cortes sobre o poder real e a imposição de um Reino Unido que efetivamente não mais era possível em função das circunstâncias levaram a que, após um período intenso de conflitos em Portugal, fosse suplantada pela Carta Constitucional de 1826. Enfrentando outra assembleia constituinte, esta sita no Rio de Janeiro, que igualmente tentou retirar poderes do monarca para conferir ao legislador ordinário, D. Pedro, I do Brasil, IV de Portugal, outorgou um texto bem mais conservador que o de 22, conferindo larga autonomia a si próprio e supremacia aos demais poderes naquele que passou a ser chamado Poder Moderador.

Um elemento pouco referido pela doutrina e que exerceu forte influência na introdução deste Moderador no constitucionalismo luso-brasileiro – notemos que nem no texto português de 1822, nem no *Projecto* de 1823 algo assim era concebido – foi o forte sentimento antilusitano a ganhar força no Brasil, sintetizado no episódio da agressão ao boticário David Pamplona Corte Real, em 5 de novembro de 1823. Erroneamente identificado como autor de um texto repleto de críticas ácidas ao exército pela incorporação de oficiais portugueses, questionando se a sua lealdade residiria com os interesses de Brasil ou de Portugal, dois portugueses, major Joaquim José Lapa e capitão Zeferino Freire, espancaram David em sua casa. O episódio repercutiu negativamente na sociedade civil e alcançou os trabalhos da Assembleia. Em certo momento, o próprio exército cercou o edifício da Assembleia, exigindo a renúncia dos três irmãos Andrada – António Carlos, José Bonifácio e Martim Francisco – pela sua postura em defesa da autonomia do Brasil e contra os “portugueses” que tomavam assento não só no exército como também no Governo⁷⁷.

D. Pedro, naquele que talvez tenha sido o primeiro uso do poder moderador, apaziguou as forças armadas e conseguiu afastar os três irmãos da Assembleia. Poucos meses depois, o texto da *Constituição Política do Império do Brasil*,

publicas, que tanto a tem opprimido e ainda oprimem, tiveram sua origem no desprezo dos direitos do cidadão, e no esquecimento das leis fundamentais da Monarchia; e havendo outrossim considerado, que sómente pelo restabelecimento destas leis, ampliadas e reformadas, pode conseguir-se a prosperidade da mesma Nação, e precaver-se que ella não torne a cahir no abysmo, de que a salvou a heroica virtude de seus filhos; decretão a seguinte CONSTITUIÇÃO POLITICA, a fim de segurar os direitos de cadaum, e o bem geral de todos os Portuguezes”, sublinhado nosso.

⁷⁷ Para mais sobre o episódio do espancamento de David Pamplona e suas repercussões nos trabalhos da Assembleia, conferir *O Tamoyo e Sentinella da Liberdade à Beira Mar na Praia Grande – coletânea de jornais que levaram à dissolução da Assembleia Constituinte de 1823*, Edições Câmara, 1823.

de 1824, seria outorgado pelo mesmo, solidificando sua primazia sobre os demais Poderes.

4. O Controlo de Constitucionalidade d'aquém e d'além mar

Assente na crença de que o Parlamento seria o órgão representativo da sociedade por excelência, e concentrando em si os poderes legislativos máximos, a ideia de ser necessário harmonizar um texto emanado por aquele órgão com outro texto, originado no mesmo Parlamento, passou despercebida inicialmente. A racionalidade empregue na redação das normas, afinal, não poderia permitir que houvesse discordâncias internas naquele sistema jurídico⁷⁸. A prática, contudo, encarregou-se de trazer ao Parlamento episódios de conflitos de normas que impuseram a este o dever de não apenas hierarquizar as normas, como também estabelecer órgãos e procedimentos para o seu controlo. A grosso modo, desenvolver-se-iam três abordagens distintas ao problema da fiscalização das normas, dando-se contorno a três modelos historicamente autónomos. O século XIX, contudo, conheceu apenas dois, os quais vamos privilegiar na seguinte exposição.

Em França, e na senda da Revolução Francesa e sua obsessão com valores representativos, em contraposição ao *Ancien Régime*, optou-se por privilegiar o Senado com a faculdade de conhecer a inconstitucionalidade das leis e dirimir os conflitos dali oriundos, quando incitado pelo Tribunato ou Governo⁷⁹. Também referido como controlo político, a ideia geral deste sistema era de que a produção normativa é fruto do poder político, competindo a este a sua própria fiscalização. Notadamente, a figura do judiciário é composta por juizes automáticos, meras “bocas que pronunciam as palavras da lei”, resignam-se a aplicar as leis tal-qual prescritas pelo legislador, sendo, portanto, natural que a tarefa de resolução de conflitos normativos seja também deste legislador.

Já nos Estados Unidos da América, sobretudo como consequência do famoso caso *Marbury v. Madison*, a partir de 1803 concebe-se um modelo judi-

⁷⁸ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. III, Tomo VI – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição, págs. 121 e segs. Para uma crítica, bem como a superação desta racionalidade normativo-constitutiva típica do positivismo oitocentista, ver, por todos, Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica – problemas fundamentais*, págs. 83 e segs, também Pinto Bronze, *Op. cit.*, pág. 78 e segs.

⁷⁹ Apud Ana Raquel Gonçalves Moniz, *Notulas históricas sobre o controlo da constitucionalidade das leis in No Bicenténário da Constituição de 1824 – Estudos sobre a formação do Brasil Império*, coordenação de Ibsen Noronha, Livraria Resistência Cultural Editora, São Luis/Coimbra, 2024, pág. 369.

cial de fiscalização das normas. Neste *judicial review*, uma vez que compete aos tribunais aplicar as leis, será também competência destes desaplicar as mesmas leis quando em conflito com aquele parâmetro superior em que consiste a Constituição. Todo e qualquer tribunal, portanto, pode recusar a aplicação de um disposto normativo com base na sua incompatibilidade com a lei maior da nação, formando-se um verdadeiro controlo difuso de constitucionalidade.

No constitucionalismo luso-brasileiro, e na senda do que se verificou em toda Europa, a influência francesa se fez sentir mais alto e introduziu um controlo político de constitucionalidade. Em reverência àquela constituição histórica mencionada *infra*, a *Constituição do Império do Brasil de 1824* vai atribuir à Assembleia Geral, composta por Câmara de Deputados e Senado, a atribuição de “resolver as duvidas, que ocorrerem sobre a sucessão da Corôa”⁸⁰. Conforme o artigo 15º da mesma, será competência da Assembleia Geral “velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação”⁸¹. A forma de exercício desta guarda terá contornos próprios: é instituído um exame de administração incidental, sempre que o Imperador ou rei falecer, para que sejam reformados quaisquer abusos nela cometidos.

A sagacidade do disposto impressiona, ao criar este controlo sucessivo de constitucionalidade delega para um momento futuro, com a ausência do monarca garantida, a reforma de seus atos. Permite, deste modo, maior liberdade de atuação à Assembleia no controlo, e evita qualquer conflito com o imperante⁸². A imposição deste exame ainda exime de responsabilização aqueles que o exercerem, uma vez que o fazem apenas em cumprimento e a mando da própria Constituição. Em complemento a este, que podemos chamar de controlo incidental, é previsto outro, de natureza periódica, a ser exercido no princípio de todas as Sessões da Assembleia, para examinar se a Constituição “tem sido exactamente observada, para prover, como fôr justo”⁸³. São conferidos, portanto, largos poderes à Assembleia para fazer observar a constituição, incluindo-se nestes a revogação do diploma em conflito com a Lei Fundamen-

⁸⁰ Art. 15º n.º 5 do texto brasileiro. Curiosamente este disposto é suprimido no texto português sem explicação aparente. É lícito supor, no entanto, que a introdução de um novo n.º 3 do art. 15º na Carta portuguesa onde lê-se “Reconhecer o Príncipe Real, como Successor do Throno, na primeira reunião logo depois do seu nascimento” tornou o disposto brasileiro inútil.

⁸¹ Art. 15º n.º 9, no Brasil. Art. 15º n.º 7, em Portugal.

⁸² Neste sentido, José Joaquim Lopes Praça, *Direito Constitucional Portuguez – Vol II*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pág. 290.

⁸³ Art. 173º no Brasil. Art. 139º em Portugal.

tal. Diversos juristas do século XIX, contudo, fizeram notar que este controlo periódico foi pouco usado pelos parlamentos brasileiro e portugueses⁸⁴.

Em Portugal, este quadro normativo sobre a fiscalização da constitucionalidade permaneceu praticamente inalterado, a exceção de uma inovação, introduzida pelo Ato Adicional de 1852, que instituía Comissões em ambas Câmara de Pares e Câmara de Deputados. Efetivamente, contudo, este controlo foi pouco utilizado no reino, por alguns motivos evidentes: primeiro, os períodos de interrupção de vigência da *Carta*, com a implementação de outros textos constitucionais, contribuíram para que o texto não fosse observado nestes momentos; segundo, e assim o indicam juristas como Lopes Praça, a falta de maiorias parlamentares impediu que nas duas Câmaras fossem nomeados presidentes de Comissão para exame da administração, quer periódico, quer incidental; por fim, e é aqui importante frisar, a própria natureza do autocontrolo político de constitucionalidade proporciona um número pequeno de apreciações de inconstitucionalidade, afinal, o mesmo órgão que aprova o disposto legal é aquele que o aprecia.

O quadro normativo da fiscalização de constitucionalidade irá sofrer maiores alterações no direito brasileiro, formando um verdadeiro *tertium genus* de controlo de constitucionalidade no século XIX, merecedor de especial atenção. As dimensões continentais do Brasil sempre exigiram de seus governantes que partilhassem o território em regiões menores, de mais fácil administração⁸⁵. A divisão do Império em Províncias fez com que, por meio da Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834, também conhecida como Ato Adicional de 1834, fosse estabelecida uma segunda esfera do poder legislativo no Brasil, as Assembleias Provinciais. Os artigos 10º e 11º trataram de conferir largos poderes legislativos às Assembleias Provinciais, sendo vedado apenas que tratassem de matéria tributária, em seu artigo 12º. A intenção de replicar a Assembleia Geral em um microcosmo regional era evidente, em especial por estar previsto que o modo de eleição para as Assembleias Provinciais era idêntico ao da Câmara de Deputados (artigo 4º do Ato), com o ciclo eleitoral sendo de apenas dois anos, a fim de facilitar o salto de cargos entre uma esfera e outra.

Uma norma aprovada por uma Assembleia Provincial seria encaminhada ao respetivo Presidente de Província para sanção. Apontado pelo Imperador,

⁸⁴ Ficamos aqui com o comentário de apenas dois: para o Brasil, José António Pimenta Bueno assim o registou em seu *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve, Rio de Janeiro, 1857, pág. 108. Para Portugal, José Joaquim Lopes Praça, *Op. cit.*, pág. 289.

⁸⁵ Lembremos que tão logo como 1534 a coroa portuguesa já havia instituído as capitánias hereditárias nas terras recém-descobertas em função do mesmo problema.

e em representação do Governo central, os Presidentes de Província desempenhavam o papel de *longa manus* do próprio Imperador, em mais um elemento replicado no microcosmo provinciano daquela estrutura sita no Rio de Janeiro. Os Presidentes poderiam negar a sanção por motivos políticos, podendo esta negativa ser superada por nova votação nas Assembleias Provinciais⁸⁶, ou então alegar a inconstitucionalidade da norma. Neste caso, e somente se houvesse uma segunda votação pela Assembleia Provincial, o projeto de norma seria então encaminhado ao Governo e à Assembleia Geral, naquela esfera superior da administração. Esta disposição do artigo 16º do Ato, prevendo um veto por inconformidade com a Constituição⁸⁷, consubstanciou uma inovação no modelo de fiscalização da constitucionalidade das normas. Ainda que a Assembleia Geral mantivesse o controlo da constitucionalidade, esta agiria enquanto órgão autônomo naquele controle, uma espécie de hetero-controlo dentro daquele modelo geral de auto-controlo. De igual modo, naquele primeiro ato dos Presidentes de Província, vemos o Poder Executivo agindo como intérprete da constitucionalidade. Esta inovação foi frequentemente utilizada pelo governo imperial como forma de “inspecionar os excessos e os abusos das assembleias provinciais”. O Governo Imperial, por meio de avisos, ordenava aos Presidentes para “não sancionarem projetos de lei diante de sua inconstitucionalidade”⁸⁸.

Caso este primeiro momento de controlo preventivo de constitucionalidade falhasse, o artigo 20º do Ato previa um segundo momento para a Assembleia Geral conhecer da constitucionalidade das normas provinciais. Impunha este artigo que, todo e qualquer ato legislativo emanado pelas Assembleias Provinciais fosse enviado pelo Presidente de Província à Assembleia Geral para inspeção. Falhando o primeiro controlo preventivo, este segundo, também preventivo, concedia momento próprio para a Assembleia conhecer *ex officio* das inconstitucionalidades. Seriam encarregues Comissões das Assembleias Provinciais, na Câmara de Deputados e no Senado, para apreciar e votar parecer anulatório das leis provinciais com base na sua incompatibilidade com a constituição. “A depender do parecer da Comissão, cada uma das casas legislativas

⁸⁶ Art. 15º do Ato.

⁸⁷ O artigo 16º do Ato tinha redação de difícil interpretação, previa este veto por inconstitucionalidade apenas para matérias que pudessem ofender direitos de outras províncias ou tratados internacionais. Foi objeto de alteração pela Lei de Interpretação do Ato, de 1840, que esclareceu o seu alcance de forma incontestável: “O art. 16º do Acto Adicional comprehende implicitamente o caso, em que o Presidente da Provincia negue a sanção a um Projecto por entender que offende a Constituição do Imperio”.

⁸⁸ Marcelo Casseb Continentino, in *História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*, Editora Almedina Brasil, São Paulo, 2015, pág. 302.

apreciaria e votaria o projeto de resolução anulatória [...]. A regra geral era afetar a questão da constitucionalidade da lei provincial à Assembleia Geral, que, por meio da interpretação autêntica, solucionaria os conflitos existentes, editando resolução anulatória da lei provincial inconstitucional”⁸⁹.

Como é de se imaginar, a produção legislativa das dezoito províncias de então foi muito mais prolífica do que as comissões da Assembleia poderiam acompanhar. Esta incapacidade do Poder Legislativo de fiscalizar a constitucionalidade das normas⁹⁰ gerou um verdadeiro vácuo no controlo de constitucionalidade, suplantado pelo Poder Executivo – notadamente à margem da Constituição de 1824, do Ato Adicional de 1834 e da Lei de Interpretação do Ato de 1840. O Governo intervinha muito mais, por meio dos Presidentes Provinciais, naquele controlo preventivo, do que a Assembleia era capaz de o fazer, quer no controlo preventivo, quer no sucessivo. Algumas questões chegaram mesmo a levar mais de três décadas para serem apreciadas. Em um caso emblemático, a apreciação de constitucionalidade acerca de lei dimanada pela Província de Mato Grosso, de 1835, não apenas levou quinze anos para ser apreciada, como foi julgada inconstitucional pela comissão da Câmara e teve parecer em sentido oposto no Senado, o motivo: quando a lei fora declarada inconstitucional já tinha sido revogada⁹¹. Enquanto o controlo exercido pelo Presidente de Província suspendia a vigência da lei provincial até que fosse apreciada pela Assembleia⁹², o controlo *ex officio* não obstava à sua vigência e produção de efeitos, fazendo com que os mencionados atrasos contribuíssem para uma maior insegurança jurídica e instalação de verdadeiro caos normativo.

Esta ingerência do Poder Executivo em atribuições próprias do Poder Legislativo não passou despercebida pelos juristas do Império. O modelo americano de *judicial review* ganhou adeptos no debate público, ainda que nunca tenha sido implantado. A interpretação da legalidade das normas chegou mesmo a ser incorporada no direito brasileiro a partir de 1860. Levaria mais três décadas para que, com a República, fosse introduzido o modelo de controlo jurisdicional no mundo lusófono, com a *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891*.

⁸⁹ Marcelo Casseb Continentino, *Op. cit.*, pág. 304.

⁹⁰ Entre 1834 e 1865, a Assembleia Geral anulou tão somente 21 leis provinciais.

⁹¹ Visconde do Uruguay, *Estudos práticos sobre a administração das províncias no Brasil*, Tomo II, B. L. Garnier, Rio de Janeiro, 1865, pág. 110 e segs. *apud* Marcelo Casseb Continentino, *Op. cit.*, pág. 305 e segs.

⁹² Artigo 24º n.º 3 do Ato.

5. Considerações finais

Quando das celebrações do primeiro centenário da Independência do Brasil, o então Presidente de Portugal, Dr. António José de Almeida proferiu as seguintes palavras “Nenhum povo deve menosprezar as honradas origens que teve, e nenhum povo tem o direito de olhar com ressentimento ou tristeza sequer a separação do seu todo daquela parte que, no exato cumprimento dos destinos históricos, uma vez sentiu em si a ação das forças indomáveis que o levaram ao legítimo afastamento”⁹³. Volvidos mais outros cem anos desde aquelas celebrações, as relações luso-brasileiras encontram-se mais próximas do que nunca, seja pelo intenso fluxo migratório entre os dois países, pela conectividade própria do nosso tempo e pelos laços culturais comuns, reatados nas últimas décadas.

Facto é que, com a derradeira autonomização iniciada com a elevação do Brasil a Reino, em 1815, e acentuada com a sua Independência em 1822, e apesar de algum sentimento antilusitano extremado em alguns episódios naquele período, o Direito manteve unidas as duas nações irmãs, principalmente por aquela *Lei Fundamental* partilhada. Até aquelas diferenças, paulatinamente introduzidas no século XIX e aqui esmiuçadas em especial quanto ao controlo de constitucionalidade, foram senão uma repetição e reafirmação daquele princípio da especialidade do direito, vigente desde os primeiros momentos de unidade material.

De modo a propugnar um futuro também comum entre Portugal e Brasil, respeitando a autonomia própria de cada um, mas elevando a brasilidade lusitana e a lusitanidade brasileira, a retomada daquele passado comum, quer no Direito e seus diferentes ramos, quer na história política e social, se impõe como um primeiro passo em direção a uma nova fase das relações luso-brasileiras. No que toca ao Direito Constitucional em especial, aquela busca constante do homem por uma forma de organização social justa e eficaz, nos domínios luso-brasileiros, ganhou contornos próprios. A introdução do Poder Moderador, tão referido nas bibliografias sobre o tema, foi acompanhada de soluções próprias, tal qual aquele auto-controlo, periódico e incidental, que recaia sobre a Assembleia Geral no Brasil e nas Cortes em Portugal.

Ao contrário da maior parte dos casos, onde a receção de institutos estrangeiros no ordenamento jurídico nacional é pintada com um verniz patriótico para adequar-se aos princípios fundamentais do país, é possível notar que aquele

⁹³ Discurso proferido no Palácio do Catete, no Rio de Janeiro, por ocasião do banquete oficial, em 18 de setembro de 1922, in *Revista do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo*, ano CXIX – volume XCVII, 2013, pág. 22.

hétero-controlo de constitucionalidade, exercido no Brasil pelos Presidentes de Províncias, foi uma verdadeira inovação na matéria. Originada pela falha de desenho institucional propiciada pelo Ato Adicional de 1852, o vácuo de poder deixado pelo Legislativo Imperial foi preenchido pelo Executivo, de forma a tornar viável qualquer fiscalização da uma produção legislativa prolífica.

Ainda que não tão longe quanto o preceito brasileiro, o controlo de constitucionalidade português também se aprimorou com a introdução de Comissões para realizar aquele exame de administração periódico (no início das sessões) e incidental (com a morte do rei). A recíproca influência entre os dois países se faria sentir mais uma vez com a introdução do republicanismo em 1891 no Brasil e 1911 em Portugal. Marcado por momentos de sincronia e diacronia, o direito luso-brasileiro no século XX também partilharia marcos institucionais, como o Estado Novo, introduzido em Portugal em 1933 e trazido ao Brasil apenas quatro anos depois e a democracia, a partir de 1976 naquele e 1988 neste.

Bibliografia

Documentação e Legislação Impressas

(em ordem de aparição)

Projecto de Constituição para o Império do Brasil, 1823.

Diário das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, 1821-22.

Constituições Portuguesas 1822 | 1826 | 1838 | 1911 | 1933.

Estatutos do Seminário Episcopal de N. Senhora da Graça da Cidade de Olinda de Pernambuco, ordenados por D. José Joaquim da Cunha Azaredo Coutinho XII Bispo de Pernambuco do Conselho de S. Magestade Fidelissima Fundados do mesmo Seminário.

Collecção de leis e subsídios para o estudo do Direito Constitucional Portuguese, José Joaquim Lopes Praça, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1893.

Constitution of the United States of America, 1787.

La Constitution Française, 1791.

Constituição Política do Império do Brazil, 1824.

Constituição Política da Monarquia Espanhola, 1812.

O Tamoyo e Sentinella da Liberdade à Beira Mar na Praia Grande – coletânea de jornais que levaram à dissolução da Assembleia Constituinte de 1823, Edições Câmara, 2023.

Ato Adicional de 1834 (Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834).

Lei de Interpretação do Ato Adicional (Lei n.º 105 de 12 de maio de 1840).

Ato Adicional de 5 de julho de 1852.

Revista do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, ano CXIX, vol. XCVII, 2013.

Bibliografia Geral

(em ordem de aparição)

- O Constitucionalismo Liberal Luso-Brasileiro*, Jorge Miranda, Comissão para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, Lisboa, 2001.
- Manual de Direito Constitucional, Vol. 1*, Jorge Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- História do Direito Constitucional Brasileiro*, Waldemar Martins Ferreira, Editora Forense, Coleção Constitucionalismo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2019.
- História do Direito Português, Vol. I [1140-1415]*, Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, AAFDL Editora, 13ª edição, Lisboa, 2022.
- História do Direito Brasileiro*, Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Carlos Fernando Mathias, Ibsen Noronha, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014.
- Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista*, Ibsen José Casas Noronha, Edições Almedina, Coimbra, 2017.
- Rostos legislativos de D. João VI no Brasil*, Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Edições Almedina, Coimbra, 2008.
- Os caminhos da Independência do Brasil*, Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Edições Universitárias Lusófonas, 2022.
- Uma visão transcendente da Independência do Brasil*, Ibsen José Casas Noronha, Editora Caminhos Romanos, São Luís/Coimbra, 2022.
- Constituições Brasileiras, Vol. 1 – 1824*, Octaciano Nogueira, Senado Federal, 3ª edição, Brasília, 2012.
- Liberdade Religiosa e Religião Católica no Projecto de Constituição de 1823 e seu debate na Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil*, Matheus Oliveira Klippert, vencedor do Prémio Escolar Dr. Plínio Correa de Oliveira, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2023.
- Observações sobre a Constituição do Império do Brasil e sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal*, Silvestre Pinheiro-Ferreira, Casa de Rey e Gravier | J.P. Aillaud, 2ª edição, Paris, 1835.
- História do Direito Português*, Mário Júlio de Almeida Costa com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Edições Almedina, 5ª edição, Coimbra, 2018.
- História do Direito Português (1140 – 1495)*, Marcello Caetano, Editorial Verbo, 3ª edição, Lisboa/São Paulo, 1992.
- História do Direito Português – Fontes de Direito*, Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª edição, Lisboa, 2011.
- História do Direito Português Medieval e Moderno*, Mário Reis Marques, Edições Almedina, 2ª edição, Coimbra, 2009.
- História do Direito Privado Moderno*, Franz Wieacker, Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª edição, Lisboa, 1980.
- Jornadas Romanísticas*, vários autores, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- A História do Direito e o seu ensino na Escola de Coimbra*, Rui Manuel da Figueiredo Marcos, Edições Almedina, Coimbra, 2016.

- História Constitucional Portuguesa – Vol. 1 constitucionalismo antes da constituição, (séculos XII-XIX)*, Vital Moreira e José Domingues, Assembleia da República, Lisboa, 2020.
- Metodologia Jurídica – problemas fundamentais*, A. Castanheira Neves, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- Digesta, Vol. 1*, A. Castanheira Neves, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- Metodologia do Direito*, Fernando José Pinto Bronze, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.
- Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, J. J. Gomes Canotilho, 7ª edição, Edições Almedina, Coimbra, 2003.
- Direitos-deveres fundamentais e direito fiscal – subsídios para uma nova perspetiva histórica*, Matheus Oliveira Klippert, vencedor do Prémio Escolar Dr. Francisco Salgado Zenha, Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 2024.
- O Dever Fundamental de Pagar Impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, José Casalta Nabais, reimpressão, Edições Almedina, Coimbra, 2020.
- Textos de Finanças Públicas*, Fernando Rocha Andrade, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020.
- Magna Carta*, David Carpenter, Penguin Classics, 2015.
- 1215 – The year of Magna Carta*, Danny Danziger e John Gillingham, Coronet Books, London, 20023.
- Magna Carta – Law, Liberty, Legacy*, Claire Breay e Julian Harrison, The British Library, London, 2015.
- Magna Carta – The true story behind the charter*, David Starkey, Hodder & Stroughton, London, 2015
- Magna Carta – manuscripts and myths*, Claire Breay, The British Library, London, 2010.
- Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental*, R. C. Caenegem, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009.
- Magna Carta*, J. C. Holt, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- The Northerners*, J. C. Holt, Oxford University Press, 2002.
- Magna Charta – A commentary on the great chart of king john with an historical introduction*, William Sharp McKechnie, Glasgow University Press, 1905.
- Robin Hood*, J. C. Holt, 2nd edition, Thames & Hudson, London, 1989.
- Constituição dos Atenienses*, Aristóteles, introdução, tradução do original grego e notas de Delfim Ferreira Leão, Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª edição, Lisboa, 2022.
- Mapas do Sentido – A arquitetura da crença*, Jordan B. Peterson, Editora Lua de Papel, Lisboa, 2019.
- Cidadania, Autoctonia e a posse de terras na Atenas democrática*, Delfim Ferreira Leão in *CADMO – Revista de História Antiga – n.º 20*, Centro de História da Universidade de Lisboa, 2010.
- Esboço de Periodização da História do Direito Luso-Brasileiro*, Matheus Oliveira Klippert, Prémio Dr. Plínio Correia de Oliveira, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2024.

- Escrever e Compreender a Escrita na Idade Média*, Maria José Azevedo Santos, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.
- Pensamento Jurídico Luso-Brasileiro*, Paulo Ferreira da Cunha, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2006.
- História Constitucional Portuguesa – Vol. II constituição de 1822*, Vital Moreira e José Domingues, Assembleia da República, Lisboa, 2023.
- Constituições Portuguesas*, Marcello Caetano, 4º edição, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1978.
- História do Brasil Nação: 1808-2010, Vol. 1, Crise colonial e Independência*, vários autores, direção de Lília Moritz Schwarcz, Editora Objetiva, Rio de Janeiro, 2011.
- Constitucionalismo Luso-Brasileiro – subsídios para o estudo de sua gênese no século XIX*, Matheus Oliveira Klippert, Coimbra, 2024.
- História do Brasil*, Boris Fausto, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- História Constitucional Portuguesa, Vol. 2, Constituição de 1822*, Vital Moreira e José Domingues, Assembleia da República, Lisboa, 2023.
- História Contemporânea de Portugal: 1808-2010, Vol. 1 o colapso do império e a revolução liberal*, vários autores, direção de António Costa Pinto e Nuno Gonçalo Monteiro, Editora Objectiva, Lisboa, 2013.
- A Constituição de Cádiz de 1812*, Helga Maria Saboia Bezerra, in *Revista de Informação Legislativa*, não 50, n.º 198, abril/junho de 2013.
- Manual de Direito Constitucional, Vol. III*, Jorge Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- No Bicentenário da Constituição de 1824 – Estudos sobre a formação do Brasil Império*, coordenação de Ibsen Noronha, Livraria Resistência Cultural Editora, São Luis/Coimbra, 2024.
- Direito Constitucional Portuguez, Vol. II*, José Joaquim Lopes Praça, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, José António Pimenta Bueno, Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve, Rio de Janeiro, 1857.
- História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*, Marcelo Casseb Continente, Editora Almedina Brasil, São Paulo, 2015.

Direito Internacional dos Direitos Humanos – Subsídios para a identificação das suas especificidades e autonomização vis-à-vis o Direito Internacional geral

International Human Rights Law – contributions for identifying its specific characteristics and its autonomization *vis-à-vis* the General International Law

PAULO CARDINAL*

«En las últimas décadas se ha producido también una ampliación material del ordenamiento jurídico internacional en nuevos ámbitos como la protección internacional de los derechos humanos (...) una especialización funcional por medio de regímenes internacionales que en el ordenamiento jurídico internacional se manifiesta en una gran diversidad institucional, procedimental y sustantiva», ORIOL CASANOVAS/ÁNGEL J. RODRIGO, Compendio De Derecho Internacional Público, Tecnos, 2022.

«one should not exaggerate the autonomy of the international regime on the protection of human rights», BENEDETTO CONFORTI, The Specificity of Human Rights and International Law, From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma, Ulrich Fastenrath (ed.) et al., 2011, OUP.

«International human rights law, just like international humanitarian law and international criminal law, which have the same foundations in common and pursue the same objectives, definitively set aside the classic treatment of internatio-

* Licenciado em Direito, Lisboa, pós graduado em Direito, Macau, pós graduado em Direitos Humanos e tribunais, Coimbra, doutorando, Coimbra. Professor a tempo parcial, Faculdade Direito, Macau.

<https://orcid.org/0000-0002-9796-3510>

*nal law regarding individuals, opening up the path of legal subjectivity to them. This makes individuals holders of international rights and obligations of human protection in international law. At a material level, these bodies of law confer rights upon individuals that are enforceable against states. Or, from another angle, they prescribe obligations to states for the direct benefit of individuals», PAULO CANELAS DE CASTRO, *The Dramatis Personae of International Law in the Era of Globalisation – Rethinking International Legal Personality*, Advancing the Method and Practice of Transnational Law Building Bridges Across Disciplines, Julien Chaisse (Anthology Editor), Oana Stefan (Anthology Editor), Bloomsbury, 2023*

«este Direito de protecção do ser humano pode, legitimamente, reivindicar o lugar de um ramo autónomo (...) a especificidade do Direito Internacional dos direitos do homem surgirá tanto ao nível das suas normas como ao nível da aplicação destas», KAREL VASAK, *Por um direito internacional específico dos direitos do homem*, Dimensões Internacionais Dos Direitos Humanos, Karel Vasak, redactor geral, Editora Portuguesa de livros técnicos e científicos/ UNESCO, 1983.

SUMÁRIO: 0 – Porquê? I – Contextualização – ramos do Direito. II – Segue: Contextualização – ramos do Direito Internacional – O Direito Internacional dos Direitos Humanos. III – O Direito Internacional dos Direitos Humanos – sua autonomia científica e normativa e individualidade vis-à-vis o direito internacional geral. IV – Conclusões. Bibliografia.

RESUMO: O texto discute a crescente autonomia do direito internacional dos direitos humanos *vis-à-vis* o direito internacional geral, identificando um conjunto de elementos específicos, ou gerais com “desvios”, que o caracterizam enquanto ramo do direito internacional suficientemente distinto.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos, direito internacional, direito internacional dos direitos humanos, ramos do direito, fragmentação do direito internacional

ABSTRACT: The text discusses the growing autonomy of international human rights law *vis-à-vis* general international law, identifying a set of specific or general elements with “deviations”, that characterize it as a sufficiently distinct branch of international law.

KEYWORDS: Human rights, international law, international human rights law, branches of law, fragmentation of international law

0 Porquê?

Afigura-se de elementar adequação iniciar o texto intitulado *Direito Internacional Dos Direitos Humanos – Subsídios para a Identificação das suas Especificidades e Autonomização vis-à-vis o Direito Internacional Geral*¹, precisamente pelo seu

¹ O uso do qualificativo «geral» para estes efeitos reconduz-se, no essencial, ao modo como é encarado em, por exemplo e entre tantos, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, 2023, páginas 41 e seguintes, e que alude ao «*grau de relacionamento panorâmico com as diversas matérias do Direito Internacional*», página 42, ANNE VAN AAKEN/IULIA MOTOC, *The European Convention on Human Rights and General International Law*, OUP, 2018, SCOTT SHEERAN, *The relationship of international human rights law and general international law: hermeneutic constraint, or pushing the boundaries?*, páginas 79 e seguintes, in *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, 2013, Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley (eds), OLIVIER DE SCHUTTER, *International Human Rights Law – Cases, Materials, Commentary*, CUP, 2019, páginas 48 e seguintes, aí discutindo «*the relationship of human rights law to general international law*», MENNO T. KAMMINGA, *Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law*, in, *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Menno T. Kamminga (ed.), Martin Scheinin (ed.), OUP, 2009, páginas 1 e seguintes, aí se lendo, «*General international law is a concept that is often used but rarely defined. It is the opposite of special international law (lex specialis), which governs particular topics (international trade law, law of the sea etc.). Examples of general international law are the law of treaties, as codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties, and the law of state responsibility, as codified in the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.*», página 2. Por conseguinte, para estes concretos efeitos, não constituirá, nem assim deverá ser entendido, um uso absolutamente símile ao da Constituição Portuguesa quando, no seu artigo 8.º, n.º 1, convoca «*As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum*»; sobre isto, no contexto constitucional, por exemplo, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, páginas 254 e seguintes, JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional – do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, Coimbra Editora, 2006, páginas 162 e seguintes. De qualquer modo, vide, também, «*The term 'general international law' should not be taken to require universal acceptance of a rule by all subjects of international law*», JAMES CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, OUP 2019, página 26.

Vide ainda, com interesse, reflectindo sobre várias possíveis acepções deste qualificativo «geral», SAMANTHA BESSON, «*the notion of 'generality' of international law is itself fraught with difficulty, and this makes the question of the specificity of the sources of IHRL even more complex. It may be understood in three distinct and potentially, albeit not necessarily and actually rarely, overlapping ways: (i) mostly with respect to the subject matter of international law (lex generalis) (general topic); (ii) sometimes with respect to its personal scope (first, binding all States or even, although this is not necessarily the case, all subjects of international law [obligations omnium] and, second, albeit not necessarily so, owed to all States or even to all subjects of international law [obligations erga omnes]) (general scope); (iii) and, by extension, with respect to 'secondary rules' of international law (rules of recognition, change, and adjudication), and especially to those regulating the sources of international law themselves (so-called 'general rules of international law') (general rules).*», *The Sources of International Human Rights Law : How General is General International Law*, Samantha

princípio: porquê?² Isto é, qual a razão da sua escolha e do concreto tema que se propõe abordar.

Contextualiza-se esta opção pelos seguintes dados objectivos: a) era necessário, conforme explicado em nota de rodapé, apresentar um trabalho de investigação para efeitos de avaliação; b) incidente, genericamente, sobre um dos temas lecionados, o que indubitavelmente o é; c) ser esta uma temática que me desperta particular atenção e curiosidade científica há vários anos; d) encerrar em si, a um tempo, uma elevada relevância teórica e também consequências ao nível da *praxis*; e) esta divisão do Direito Internacional ser veramente um ramo de direito com o que isso inculca ao nível da diferenciação e autonomia, e não uma mera arrumação pragmática ou didática; f) salvo melhor opinião, ser um tema relativamente obscuro e pouco estudado e densificado³ particularmente em Portugal; g) finalmente, por constituir um eixo importante da afirmação de relevância e *adultidade* deste ramo do direito internacional.

O propósito singelo neste texto pouco mais é o de inventariar elementos de especificidade e autonomia e *brevitatis causa* problematizá-los com vista a alicerçar a conclusão a que chegamos. Não é, portanto, nem nunca o pretendeu ser, um exercício aturado e densificado de investigação, uma tese, muito menos uma dissertação. Se, com este texto, se suscitar alguma curiosidade científica sobre este, a nosso ver, relevante tema, e se abrir exploratoriamente alguns rumos ou tópicos de eventual investigação, já nos daremos por satisfeitos.

As citações de abertura, prática relativamente incomum é mister dizer-se, foram insertas porquanto se considerou que serviriam bem – até nas suas diferenças de posição – como boias de auxílio à navegação que se vai empreender. Por esse condão de *iluminação* do caminho ou das fronteiras do caminho a

Besson/Jean d'Aspremont, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, OUP, 2017, página 839.

² A origem deste texto reporta-se à avaliação do autor no contexto do II Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Tribunais, 2024, *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) – Centro de Direitos Humanos, Faculdade de Direito Coimbra.

³ Pouco estudado e densificado significa precisamente isso e não pretende dizer que é assunto falho de qualquer estudo. Como se verá adiante, desde logo em alguns manuais de referência de Direito Internacional há referências ao tema; são, outrossim, normalmente, escassas e muito pela rama – o que se compreende dado estar em causa manuais de direito internacional *geral* e não de direito internacional de direitos humanos. Por exemplo, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, 2023, páginas 538 e seguintes, JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Princípios, 2002, páginas 286–287, FÁTIMA PACHECO, *Vários sistemas e várias respostas para a protecção internacional dos direitos humanos: a interacção do indivíduo com as organizações internacionais*, Revista Jurídica Portucalense N.º 23, 2018, *passim*.

percorrer, entendeu-se, por conseguinte, proceder à sua concretização a abrir o presente texto.

De outra banda, mister será clarificar que, sendo objectivamente um tema próximo e porventura até paredes-meias com pelo menos dois outros grandes temas, a saber:

O impacto do direito internacional dos direitos humanos na (re)configuração do moderno direito internacional⁴ *geral*⁵, nomeadamente, mas não somente, a sua *humanização*⁶; e,

⁴ Ultrapassada que vai sendo cada vez mais, e inelutavelmente, a *bafidência* do modelo de Westfália. Por força, nomeadamente, do fenómeno da Globalização, mas não somente, e com consequências visíveis em vários planos na Comunidade Internacional e no seu Direito, por exemplo o surgimento e sedimentação de novos sujeitos, um forte direito internacional do comércio, uma crescente judicialização, uma Ideia de *Direito internacional da proteção humana*, compreendendo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Penal (e Processual Penal) Internacional. *Vide*, por exemplo, «O Direito Internacional dos direitos humanos, tal como o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional Penal que, de comum, bebem em iguais fundamentos, e perseguem objetivos comuns, definitivamente põem de parte o tratamento clássico do Direito Internacional relativo aos indivíduos, abrindo-lhes a via da subjetividade jurídica.», PAULO CANELAS DE CASTRO, *Direito Internacional na era da globalização: mudanças de paradigmas no sistema internacional e na ordem jurídica internacional*, in *Direito Constitucional – Diálogos em Homenagem ao 80.º aniversário de J.J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte: Forum Ed., 2022. Ainda com muito interesse, por exemplo, ANTONIO CASSESE, *International Law*, OUP, 2005, páginas 22-44, para uma contextualização histórica da evolução da Comunidade Internacional e do seu Direito, e, incidente sobre o indivíduo, KATE PARLETT, *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, CUP, 2011. Com benefício, também, e falando em «Proteção internacional dos direitos da pessoa humana», AMADEU GUERRA DA FONSECA, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, AAFDL, 2022, páginas 22 e seguintes., Falando-nos em «*common law of human protection*», PAULO CANELAS DE CASTRO, *The Dramatis Personae of International Law in the Era of Globalisation – Rethinking International Legal Personality*, *Advancing the Method and Practice of Transnational Law Building Bridges Across Disciplines*, Julien Chaisse (Anthology Editor), Oana Stefan (Anthology Editor), Bloomsbury, 2023, página 34.

⁵ Por exemplo, NORMAN WEISS/JEAN-MARC THOUVENIN, Editors, *The Influence of Human Rights on International Law*, Springer, 2015, MENNO T. KAMMINGA/MARTIN SCHEININ, *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, OUP, 2009, ANNE VAN AAKEN/IULIA MOTOC, *The European Convention on Human Rights and General International Law*, OUP, 2018, SCOTT SHEERAN, *The relationship of international human rights law and general international law: hermeneutic constraint, or pushing the boundaries?*, *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, 2013, Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley (eds).

⁶ Cfr., «El régimen internacional de los derechos humanos ha producido importantes cambios cualitativos en el propio Derecho internacional. Por un lado, las normas que regulan los derechos básicos de las personas que son inderogables y no se pueden suspender en ninguna circunstancia tienen carácter imperativo y refuerzan la unidad del sistema jurídico internacional. Por otro lado, el principio de protección de los derechos humanos se ha convertido en un principio constitucional del Derecho internacional contemporáneo que, aunque no ha desplazado a la soberanía de los Estados, la ha erosionado y relativizado. Además, el fundamento de la soberanía de los

O particular lugar e hierarquia das normas jus-internacionais dos direitos humanos na plêiade de ordenamentos jurídicos domésticos tal como estes últimos definem a referida hierarquia normativa⁷.

Sendo temas próximos, e co-relacionados, é vero que com aqueloutro – objecto do presente texto – não se confundem⁸.

Estados ha evolucionado, de forma que ya no se justifica únicamente como garantía de la propia supervivencia del Estado sino que su fin es también la satisfacción de los intereses, las necesidades vitales básicas y los derechos fundamentales de los ciudadanos. En este sentido, también la soberanía se habría humanizado. Y, por último, los individuos son destinatarios directos de derechos y obligaciones internacionales que son el fundamento de otros valores básicos de la comunidad internacional que el Derecho internacional protege. Por ello, se puede afirmar también que se ha producido una humanización del Derecho internacional», ORIOL CASANOVAS/ÁNGEL J. RODRIGO, *Compendio De Derecho Internacional Público*, Tecnos, 2022, C) 394 (nota: não se citam aqui os números das páginas – o mesmo ocorrerá com outras obras – porquanto a versão eletrónica de que dispomos também não o faz); vide, obviamente, várias publicações de CANÇADO TRINDADE, por exemplo, *The Construction of a Humanized International Law*, Brill, 2017, contendo os seus contributos enquanto juiz internacional (*Collection of Individual Opinions*), ou *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, The Hague Academy of International Law Monographs, Martinus Nijhoff, 2010; ainda, por exemplo, THEODOR MERON, *The Humanization of International Law*, Brill, 2006.

⁷ Basta pensarmos no lugar diferenciado em face das outras normas internacionais e sobre-elevado que as normas internacionais de direitos humanos, verificados dados requisitos, ocupam na pirâmide normativa interna por força de preceitos constitucionais em ordenamentos jurídicos como os do Brasil, LXXIX, § 3º «Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.», da Argentina, artigo 75.º, 22, «La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional», ou da Roménia, artigo 20.º, n.º 2, República Dominicana, artigo 74.º, n.º 3, «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado»; todos estes artigos são pertencentes às respectivas Constituições.

⁸ Sem prejuízo de uma outra referência a estes outros temas que se mostre adequada ou complementar.

I

Contextualização – ramos do Direito

É tarefa comum na ciência jurídica, desde logo por motivações científicas, mas também pedagógicas e práticas⁹, proceder-se a uma arrumação da vastidão de um dado ordenamento jurídico em gavetas *próprias*, divisões relativamente diferenciadas (não necessariamente estanques), os usualmente ditos ramos do Direito. Cada ramo do Direito ocupar-se-á da regulação de uma dada matéria e comportará determinadas características específicas, marcas de contraste *vis-à-vis* os outros ramos.

Isto é, cada ramo de Direito tem, pois, um objecto próprio e distinto, uma determinada matéria que lhe cabe regular e que demanda determinadas opções, por conseguinte, tal redundará na estatuição de uma feição particular e de um espírito próprio, «*características comuns que formam os princípios fundamentais de cada ramo*»¹⁰, daí, precisamente, a sua autonomização enquanto ramo do Direito¹¹.

Todavia, será sempre importante manter presente que uma qualquer «*divisão das normas do sistema jurídico segundo os seus diversos ramos ou sectores não pode ignorar que todo o Direito se caracteriza pela referência a uma dada instituição ou comunidade*»¹².

No domínio dos direitos internos ou domésticos é por demais consabida, particularmente nos ordenamentos filiados na tradição Romano-Germânica, a *summa divisio* entre direito público e direito privado¹³.

Depois, num passo mais dentro do direito privado, a separação entre o direito privado comum, isto é o direito civil, e os direitos privados especiais como o direito comercial. Decantando ainda mais, e sobremaneira nos ordenamentos jurídicos de matriz germânica na sua codificação civil, dentro do direito civil, teremos então o direito das obrigações, o direito das coisas (Direitos Reais), o direito da família e o direito das sucessões.¹⁴

⁹ J. DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, PF, 1994, página 232.

¹⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Introdução ao Estudo do Direito*, UCE, 2012, página 145.

¹¹ «É doutrina assente que a autonomia de um ramo de Direito depende da formulação de princípios próprios, que o caracterizem.», JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito Civil Como O Direito Comum Do Homem Comum*, RIDB, Ano 1, 2012, nº 1, página 47.

¹² J. DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, PF, 1994, página 229.

¹³ Uma divisão que se vai esbatendo, nomeadamente com o arribar de novos ramos do Direito como o Direito Bancário ou o Direito do Jogo, e que já demonstrava dificuldades de acomodação em ramos como o Direito do Trabalho.

¹⁴ Devendo ainda aludir-se a um direito geral, normalmente estudado em sede de Teoria Geral do Direito Civil, e outros como os ramos dos Direitos de Personalidade ou o Direito Internacional Privado.

Pois bem, e de uma forma muito breve, e como respaldo para linhas seguintes, mesmo entre sub-ramos ancorados num *ramo-mãe*, como no caso do Direito Civil, é possível verificar-se um conjunto de características bem distintas entre si – mesmo estando em causa sub-ramos de um suposto mesmo ramo, repita-se.

Com efeito, coloquemos lado a lado o direito das obrigações com o direito das coisas (ambos domiciliados sobretudo no mesmo diploma, o Código Civil) e, de imediato e quase intuitivamente, encontraremos diferenças profundas e de consequências absolutamente não despidiendas. Os direitos de crédito são relativos ao passo que os direitos reais são absolutos, aqueles apenas vinculam credor e devedor, enquanto os direitos reais sendo absolutos são oponíveis *erga omnes*.

Pense-se no famoso princípio da autonomia da vontade tão essencial e caracterizador do direito das obrigações e, como se afirmou, «*A nossa ordem jurídica só admite que sobre as coisas incidam direitos (reais) pertencentes a tipos rígidos que enumera. Não é lícito à vontade das partes fixar livremente o conteúdo dos direitos reais (como pode fixar livremente o conteúdo das obrigações, cfr. artigo 398.º do Código Civil). Os direitos reais estão tipificados na lei – tipicidade dos direitos reais – , constituem numerus clausus.*»¹⁵. Convoque-se ainda institutos como os da usucapião ou a sequele, e determinadas acções cíveis, exclusivos dos direitos reais e que traçam um perfil distintivo em face de outras divisões do direito civil.

Pois bem, se assim é, como efectivamente é, em sede do sector do Direito mais desenvolvido e com mais lastro científico e histórico, não haverá que ficar surpreendido se em sede de uma outra *galáxia* jurídica, ou seja o Direito Internacional, também se descortinar ramos e sub-ramos do Direito que comportam características próprias e diferenciadoras.

E sem que isso os destitua da pertença maior e *fundante*: continuam esses ramos a ser ainda Direito Internacional.

II

Segue: Contextualização – ramos do Direito Internacional – O Direito Internacional dos Direitos Humanos

Sendo incontornável uma cada vez mais alargada abrangência do Direito Internacional, estendendo-se a áreas outrora fora do seu alcance clássico e alargando-se a novas áreas criadas pela Globalização pela consciencialização da

¹⁵ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, PF, 1994, página 187.

humanidade, como o caso do direito internacional ambiental, pela devida elevação do indivíduo a sujeito de direito internacional, pela evolução tecnológica, daí surgindo o chamado Direito Internacional do Espaço, natural também será que este alastrar inculca especialização e redunda em ramos do direito internacional. Isto é, dotados de um objecto específico, detendo uma determinada matéria que lhe cabe regular, com feição *particular* ou especial, com objectivos específicos, e com um espírito próprio, com soluções especialmente afeições a esses objectivos e espírito, com princípios seus, e, por vezes, mesmo com uma ideologia própria.

Mas, sublinhe-se, nada disto é novidade absoluta no Direito Internacional. É bem sabida, de séculos, a divisão principal clássica no seio do Direito Internacional entre Direito da Paz e Direito da Guerra provinda da paradigmática obra *De iure belli ac pacis* (1625) de Hugo Grócio. Hoje, completamente ultrapassada e despida das suas virtualidades originais, mas que foi bem presente e sobreviveu, na *praxis* política e no ensino até, pelo menos, bem dentro do século XIX¹⁶.

Pacificamente, nos dias de hoje, se vai falando mais e mais em ramos ou divisões do Direito Internacional¹⁷, devido, nomeadamente, à crescente espe-

¹⁶ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, 2023, página 39. Por mero exemplo, recorra-se a um clássico W.E. HALL, *Treatise on International Law*, Oxford, 1890, manual onde, após uma primeira parte dedicada a *General Principles*, contém duas partes intituladas, precisamente, *The Law Governing States in their normal relations*, seguida de *The law governing States in the relation of war*, ou HENRY WHEATON, *Elements of International Law*, A Literal Reproduction of the 1866 Edition of Richard Henry Dana, Jr., edited by George Grafton Wilson, onde apresenta o livro em algumas Partes sendo duas delas assim denominadas: *International Rights Of States In Their Pacific Relations*, seguida de *International Rights Of States In Their Hostile Relations*. John Westlake, *International Law*, Part I, Peace, Part II, War, Cambridge, 1910 e 1913, respectivamente, T. J. Lawrence, *The Principles of International Law*, C. Heath & CO., 1910, Part I, introdutória, Part II, *THE LAW OF PEACE*, e Part III, *THE LAW OF WAR*, aí se lendo, «If we make our attempt at division on the lines just indicated, we shall find at once that states possess, by virtue of the law they have created for themselves, certain rights and obligations in their ordinary condition of peace, and that certain other rights and obligations are obtained, in addition to or in qualification of these, when a state is in the condition of belligerency or neutrality.», p 115. Todavia, e como Hans Kelsen com clareza e convincentemente explicitou «It is usual to divide international law into two main parts, the law of peace and the law of war. I have abandoned this systematization. For it was justified, if at all, only so long as it was possible to conceive of the state of war as existing on the same legal level as the state of peace. However, in view of the Kellogg-Briand Pact and the Charter of the United Nations, war now can be considered legal only if it is a reaction against a violation of international law.», *Preface, Principles of International Law*, The Johns Hopkins University, Holt, Rinehart, 1966.

¹⁷ Cfr., por exemplo, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, 2023, páginas 42 e seguintes, ou, falando por exemplo em sectores, JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional – do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, Coimbra Editora, 2006, *passim*.

cialização, sua incrementada Judicialização (ou quase judicialização) e especialização dos aparelhos judiciais internacionais, Globalização, etc..

Consequência bem patente deste estado da arte nota-se na Academia, quer nos cursos oferecidos nos *curricula* (já não se resumindo a um singelo *Direito Internacional*), quer na produção científica publicada, cada vez mais atenta às diversas *lex specialis* internacionais¹⁸.

Ora, um dos ramos mais comumente identificado é, precisamente, o do *Direito Internacional dos Direitos Humanos*¹⁹. Por conseguinte, nada de novo aqui que justificasse, de *per se*, o presente trabalho.

¹⁸ «Human Rights Law has often been considered as a special field of International Law – the topic chosen for the present book being one of the numerous illustrations of such an assertion. Even the International Law Commission (ILC) study group on fragmentation of International Law, in its 2006 Report, considered that special regimes can cover “whole fields of functional specialization (. . .) such as ‘human rights law.’», MARIANNE LAMOUR, *Are Human Rights Law Rules “Special”? Study on Interactions Between Human Rights Law Rules and Other International Law Rules*, in, Norman Weiß/Jean-Marc Thouvenin, Editors, *The Influence of Human Rights on International Law*, Springer, 2015, página 28. Vide, ainda, com proveito, «The object and purpose of International Human Rights Law is the protection and promotion of ‘human rights’, an idea that emerges from the practice of human rights. The interpretation and application of human rights law will, as the International Law Commission observed, tend to promote the greater protection and promotion of the moral concept. Complexity theorists explain this in terms of the related phenomena of path dependence and increasing returns.», e, «The fragmentation of international law into specialized regimes with different functions leads inevitably, as Margaret Young points out, ‘to path dependency’. In the case of human rights, the greater the protection of rights, the more likely that activists and lawyers will look to rely on human rights instruments in litigation and legal arguments. Where these are seen to be successful, other activists, lawyers, and academics will make similar claims in related and analogous cases. The more human rights are accepted, the easier it is to recognize the demands of human rights over competing requirements.». STEVEN WHEATLEY, *The Idea of International Human Rights Law*, OUP, 2019, página 198. Relativamente a alguns destes aspectos evidenciados por este Autor acabado de citar, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

¹⁹ Ramo que, e sem muita detenção (não por acaso, raras são as obras dedicadas a este ramo que se ocupam de uma discussão sobre a definição deste ramo – em contraste com o Direito Internacional Humanitário, por exemplo –, antes se ocupando de definições de direitos humanos em si mesmo), pode ser definido do seguinte modo: «O DIDH é um conjunto de regras jurídicas internacionais que reconhecem a todos os indivíduos direitos e liberdades fundamentais que asseguram a dignidade da pessoa humana e que consagram as garantias de tais direitos.», FÁTIMA PACHECO, *Vários sistemas e várias respostas para a protecção internacional dos direitos humanos: a interacção do indivíduo com as organizações internacionais*, Revista Jurídica Portuguesa N.º 23, 2018, página 229, ou, singelamente referido enquanto, «The object and purpose of International Human Rights Law is the protection and promotion of ‘human rights.’», STEVEN WHEATLEY, *The Idea of International Human Rights Law*, OUP, 2019, página 198. O ramo do direito internacional que visa estabelecer, em fontes próprias do direito internacional, os direitos humanos, a sua promoção e as suas garantias, nomeadamente adjectivas, tendo como propósito

Todavia, crê-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui verdadeiramente um ramo do Direito Internacional, com autonomia, um objecto próprio e distinto, uma determinada matéria que lhe cabe regular e que demanda ideologicamente e valorativamente determinadas opções, uma feição particular, e, de grande relevo para o tema, com soluções distintas, por vezes opostas mesmo, daquelas que são aportadas pelo Direito Internacional geral, assumindo especial relevo normativo no domínio dos tratados internacionais²⁰ – estrutura das obrigações²¹, reservas²², denúncia²³, interpretação²⁴ (signifi-

essencial e primacial a defesa da pessoa humana e não as relações inter-estaduais, poderia ser porventura uma definição aqui adiantada em modo «*work in progress*».

²⁰ Assinale-se que esta temática mereceu uma monografia de BERTRAND G. RAMCHARAN, *The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law*, Brill, 2011. Aqui, entre outras coisas mais, apresenta-se uma lista de proposições jurídicas nesta temática as quais, como afirmado, «*The twelve legal propositions presented above are drawn from international human rights treaty law as elucidated and developed by human rights treaty organs for a century now.*», página 3 e, adiante esclarecendo que a obra constitui «*a discussion of the nature and characteristics of international human rights treaty law. International human rights treaty law situates itself within the broader corpus of international treaty law, notably the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) and applicable international customary law. However, international treaty law in general has received widespread treatment and, in this chapter, we shall focus on the views of the International Court of Justice and international judicial tribunals on the nature of international human rights treaty law, the primacy of international human rights treaty law, the nature of treaty obligations, treaties and international customary law, treaties and general principles of international law, jus cogens rights and rights that may never be suspended or abrogated, and the progressive development of international human rights treaty law.*», página 9. Veja-se, ainda, «*To make sense of human rights treaties, we need to first understand the interconnections between the states parties and the treaty, the relationships between the states parties inter se, and their relationships with the treaty body, as the meaning of convention rights emerges and evolves through the interactions of these component agents in the treaty system. The opposability, that is, binding nature, of convention rights depends, in large part, on signature and ratification, along with the law on denunciation, and the rules on reservations, where we see a divergence from general international law, with supervisory bodies simply requesting states parties withdraw invalid reservation, thus keeping the state within the human rights system.*», STEVEN WHEATLEY, *The Idea of International Human Rights Law*, OUP, 2019, página 194.

²¹ Cfr., numa primeira aproximação, «*human rights treaties are not concluded in order to grant reciprocal advantages to the contracting States: their object, rather, is to protect individuals under the jurisdiction of each State, and this may result in the Vienna Convention on the Law of Treaties being inadequate, in certain respects, as regards human rights treaties*», OLIVIER DE SCHUTTER, *International Human Rights Law – Cases, Materials, Commentary*, CUP, 2019, página 48. Vide, também, com particular interesse prático, WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *The Law of International Human Rights Protection*, OUP, 2019, páginas 68 e seguintes, capítulo intitulado *The Legal Nature of Human Rights Obligations*.

²² Entre muitos, destaque-se, neste inicial momento, INETA ZIEMELE (Ed), *Reservations To Human Rights Treaties And The Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony Or Reconciliation*, Springer, 2004, INETA ZIEMELE/LÄSMA LIEDE, *Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6*, *The European Journal of International Law* Vol. 24 no. 4, 2013, páginas 1135 e seguintes, W. A. SCHABAS, com o seu já classico *Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform*, 32 *Canadian YIL*, 1994, páginas 39 e seguintes ou, em modo

cando, no seu conjunto, para muitos uma *distintividade* face ao regime geral dos tratados estabelecido na Convenção de Viena²⁵).

Não é somente, por conseguinte, uma mera arrumação para efeitos didáticos, uma ferramenta auxiliar para facilitação de leccionação e estudo que se limita a sectionar determinadas matérias a expor.

Deve ser esclarecido que esta proposta não é nova, nem original. É, outrossim, pouco conhecida entre nós e pouco densificada. Mas, repita-se, é uma consideração que tem já algum lastro.

Com efeito, há várias décadas surgiram textos opinando neste sentido de uma verdadeira autonomização do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Somente dois exemplos: Karel Vasak, *Por um direito internacional específico dos direitos do homem*²⁶, Daniel Zovatto Garetto, *En torno al derecho internacional de los derechos humanos*²⁷.

marcadamente limitativo, que não surpreende considerando a sua posição de reconciliação entre o direito internacional geral e o nosso ramo, e o seu contributo na International Law Commission (ILC) sobre esta *vexata quaestio*, procurando abordar todos os argumentos possíveis, rebater posições demasiado *independentistas* ou de alforria do nosso ramo do direito, ALAIN PELLET, *Reservations to treaties and the integrity of human rights*, in Routledge Handbook of International Human Rights Law, 2013, Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley (eds), páginas 323 e seguintes. Incontornável é, consabidamente, o CCPR General Comment No. 24: *Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*, 1994.

²³ Por exemplo, YOGESH TYAGI, *The Denunciation of Human Rights Treaties*, British Yearbook of International Law 2009, 01 vol. 79 iss. 1, GINO J. NALDI/KONSTANTINOS MAGLIVERAS, *Human Rights and the Denunciation of Treaties and Withdrawal from International Organisations*, Polish Yearbook of International Law, vol. 33, 2014.

²⁴ Por exemplo, GLORIA GAGGIOLI, *The Strength of Evolutionary Interpretation in International Human Rights Law*, in *Evolutionary Interpretation and International Law*, Edited by Georges Abi-Saab, Kenneth Keith, Gabrielle Marceau and Clément Marquet, Hart Publishing, 2019.

²⁵ Vide, em geral, «*Worthy of mention is a trend of the 'classical' international law of treaties to be subject today to 'alterations' in matters of human rights (...), interpretation rules (...) and breach of a treaty in response to the breach by another party (...). Similarly to 'law-making treaties' developed by nineteenth-century German public law scholarship as opposed to 'contract treaties' (...), human rights treaties are often described as objective, or erga omnes, that is, consisting of obligations owed by any party towards all other parties and individuals falling under their jurisdiction, regardless of reciprocity.*», CARLO FOCARELLI, *International Law*, Edward Elgar, 2019, página 139.

²⁶ Em, *Dimensões Internacionais Dos Direitos Humanos*, Karel Vasak, redactor geral, Editora Portuguesa de livros técnicos e científicos/UNESCO, 1983, páginas 674 e seguintes. O Autor avança com especificidades ao nível das normas, considerando-o um direito ideológico, derivado, mínimo, e especificidade ao nível da aplicação das normas, aqui destacando o acesso directo dos indivíduos a instâncias judiciais e quasi-judiciais para defesa dos seus direitos, afirmando, enfaticamente, «*Vistas do ângulo do Direito Internacional geral, as soluções (...) parecem ser heréticas ...*», página 681.

²⁷ Revista de Ciencias Jurídicas, (62), 1989, páginas 69 e seguintes. O Autor, louvando-se em

E na doutrina jusinternacional lusa actual o assunto não é desconhecido. Veja-se, Jorge Bacelar Gouveia²⁸ ou Jorge Miranda²⁹.

III

O Direito Internacional dos Direitos Humanos – sua autonomia científica e normativa e individualidade *vis-à-vis* o direito internacional geral

Cabe-nos agora, neste capítulo, dar a conhecer, ainda que de forma breve, por vezes telegráfica, as nossas propostas.

A proposta maior e conclusiva é a que consta do título do presente trabalho e do corrente capítulo: o Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui, verdadeiramente, cientificamente e normativamente, um ramo próprio do Direito Internacional dotado de várias e relevantes especificidades ou *desvios* face ao geral Direito Internacional³⁰.

As propostas menores, antecedentes e conducentes àquela conclusão, são várias e de índoles diversas: desde uma geral caracterização, dir-se-ia *quasi* ideológica, deste ramo e dos seus valores e funções (ao lado de outros ramos como o Direito Internacional Humanitário, e o Direito Penal Internacional, entre

profusa doutrina, marcadamente hispânica, aporta especificidades em relação aos Sujeitos, em relação ao Objecto, sublinha a abundância do carácter de *Jus Cogens*, entre outros.

²⁸ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, 2023, assinalando, a páginas 539 que algumas das características fundamentais deste ramo do Direito Internacional serão: universalidade, absolutidade, politicidade, abertura, mobilidade, e superioridade; e, no que toca aos princípios jurídicos, que confirmarão a autonomia dogmática «*desta divisão do Direito Internacional*», destaca: princípio da resolução pacífica dos conflitos, o princípio da aplicação mais favorável à pessoa, o princípio da absolutidade, o princípio da objectividade e o princípio da aplicabilidade directa.

²⁹ JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Princípa, 2002, páginas 284 e seguintes, depois de sublinhar um especial recorte funcional deste ramo – função de garantia mais função prospectiva –, destaca particularidades no âmbito dos tratados internacionais – nomeadamente, interpretação *pro libertate*, determinadas proibições de reservas ou sua admissibilidade em termos muito restritos – e, em suma, afirma que este Direito «*vai-se tornando crescentemente autonomizado no seio do Direito Internacional dos nossos dias*» apontando-lhe cinco características: Direito de geometria variável, marcadamente objectivo, correspondente a um mínimo ético, de fonte convencional, e, um direito de cooperação, e não já apenas de coordenação, negando, todavia, que haja atingido já um patamar de direito de subordinação, excepto nos casos – que já vão sendo significativos, aduzimos nós – de tribunais internacionais de direitos do homem.

³⁰ Este é, como dito, um tema que mereceria, no mínimo, uma dissertação de Mestrado, e que, de outra banda, não casa muito bem com as limitações conaturais ao presente texto, daí adjectivarmos o presente trabalho como «*subsídios*».

outros), até argumentos normativos deveras específicos, mormente ao nível dos tratados internacionais, passando, intermediamente, pela identificação de alguns princípios próprios e moldadores de perfil, como o caso do princípio da cláusula do indivíduo mais favorecido. A que acrescem *constatações fácticas*, como a elevada judicialização do ramo ou a sua umbilical ligação a organizações internacionais.

A listagem que se segue não é nem exauriente³¹, nem estanque, dado que facilmente se intui que vários dos elementos distintivos se relacionam intimamente entre si.

Assim e em síntese:

A) O Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui, conjuntamente com, *v.g.*, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Penal Internacional³², a (tentativa) de superação do paradigma assente no modelo de Vestefália e a *recentração* do indivíduo enquanto sujeito co-principal ou co-pri-mordial do direito internacional – mesmo que o indivíduo não seja um sujeito *fazedor* de normas internacionais (de resto, não precisa de o ser³³).

O conceito arcaico de uma comunidade internacional e de um direito internacional reservado(s) apenas aos Estados soberanos, funcionando como uma espécie de clube privado exclusivo, hoje já não é viável, já não é adequado, já não está sincronizado com a realidade. O conceito de soberania do Estado propriamente dito já não pode ser descrito nem entendido como sendo

³¹ Por exemplo, um só, mas de relevo, há quem adite às listagens de diferenciação o factor «fontes»; Veja-se, de óbvio interesse, «*A cursory survey of the practice of IHRL (...) reveals that its sources differ, at least prima facie, from those foreseen by the general rules of international law (and in particular those listed under Article 38 of the Statute of the International Court of Justice (ICJ)), on the one hand, or from those practised in other regimes of international law, on the other. Importantly, as we will see, the specificities of the sources of IHRL need not imply the existence of new sources distinct from those of general international law, but merely differences either in their proportion and relationship to one another (e.g. between general principles and custom or judicial law) or in some of their conditions (e.g. in the context of treaty reservations) and consequences (e.g. with regard to their norms' erga omnes or omnium scope). These differences may amount to derogations from the general regime of sources of international law, but also to mere divergences from the sources at play in other regimes albeit without derogation from the general regime.*», SAMANTHA BESSON, *The Sources of International Human Rights Law : How General is General International Law?*, Samantha Besson/Jean d'Aspremont, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, OUP, 2017, página 838.

³² Entre outros, como o Direito Processual Penal Internacional e, porventura, a moderna protecção consular e protecção diplomática.

³³ Como afirma JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional – do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, Coimbra Editora, 2006, página 365, «*não é necessário reconhecer aos indivíduos a plenitude de direitos e deveres internacionais para os colocar no centro do direito internacional*».

o mesmo conceito clássico apresentado por Jean Bodin nem com o seu provável apogeu atingido no século XIX (mas que ainda vai sobrevivendo aqui e ali, usualmente em estados não democráticos).

Hoje, o indivíduo, como habitualmente é designado, ou seja, a pessoa humana, é inegavelmente um sujeito de direito internacional, e não se está sequer a falar das chamadas abordagens jurídico-sociológicas há algum tempo influentes em alguns círculos europeus, mormente em França.

O Direito Internacional atribui aos seres humanos os seus direitos, assim como atribui mecanismos judiciais ou quase judiciais para a defesa desses direitos: desde logo no nosso Direito Internacional Dos Direitos Humanos, mas também na proteção categorial de pessoas como civis, crianças, pessoal médico, no âmbito do Direito Internacional Humanitário; mas não só. No entanto, e desde tempos *imemoriais*, o direito internacional também prevê deveres, como no domínio do direito penal internacional. Este é outro facto inegável.

Assim ocorre com vários *domínios* do direito internacional como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário, o Direito Penal Internacional³⁴, e Processual Penal Internacional³⁵, a Proteção Diplomática³⁶, a Proteção Consular.

Porventura mais áreas ou ramos do direito internacional possam ser aqui chamados, quer no presente, quer num futuro próximo.

Inequivocamente o indivíduo está a ganhar estatuto no(s) sistema(s) jurídico(s) internacional(is) como verdadeiro sujeito de direito e, gradualmente, a aumentar a medida da sua capacidade de direito internacional e, consequentemente, a *proteção internacional dos direitos da pessoa humana* é um campo cada

³⁴ Ateste-se, sobretudo quanto ao direito penal internacional (ramo punitivo) com a seguinte análise, «*international criminal law may appear as a guarantee of the efficacy of the two other branches of this common law of human protection: human rights and international humanitarian law*», PAULO CANELAS DE CASTRO, *The Dramatis Personae of International Law in the Era of Globalisation – Rethinking International Legal Personality*, Advancing the Method and Practice of Transnational Law Building Bridges Across Disciplines, Julien Chaisse (Anthology Editor), Oana Stefan (Anthology Editor), Bloomsbury, 2023, página 34.

³⁵ O Direito Penal Internacional pune os indivíduos, como é sabido, por crimes cometidos contra outros indivíduos (portanto, proteção reflexa, pode-se argumentar), como os crimes de guerra ou os crimes contra a humanidade. No entanto, no que respeita ao direito processual penal internacional, aqui se estabelece um conjunto de direitos e garantias para os indivíduos acusados. Basta uma breve mirada ao Estatuto de Roma para se comprovar o que acabou de se dizer.

³⁶ A proteção diplomática, outrora considerada apenas como uma proteção do Estado (do indivíduo nacional em causa), está a ganhar força e é cada vez mais encarada como uma outra linha de proteção própria e directa dos indivíduos em virtude das regras do direito internacional e um concomitante dever estadual.

vez mais relevante. Estas questões deixaram de ser um assunto exclusivamente interno e, de outra banda, encabeçadas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, esta é uma vaga de fundo na reconfiguração do Direito Internacional e da Comunidade Internacional.

B) É, em estreita ligação com o precedente parágrafo, um ramo profundamente impactante na desconstrução da visão clássica da soberania estadual, vazando e dentando esse perímetro outrora inexpugnável.

Estas questões, de protecção da pessoa humana, deixaram de ser um assunto exclusivamente interno, estadual, soberano e, de outra banda, encabeçadas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, esta é uma vaga de fundo na reconfiguração do Direito Internacional e da Comunidade Internacional que, entre outras coisas, se projecta na limitação do perfil soberano outrora absoluto.

Como escrevemos em outro lugar, numa tentativa de inventariação dos modernos *trends* da nossa disciplina³⁷ e na identificação do que chamamos *Piercing the veil of traditional sovereignty*³⁸:

³⁷ PAULO CARDINAL, *Human Rights Brief Notes*, UMAC, 2024. E mais aí se expendendo, «HERST LAUTERPACHT for instance pointed «The recognition of the individual, by dint of the acknowledgement of his fundamental rights and freedoms, as the ultimate subject of international law.», and «Fundamental human rights are rights superior to the law of the sovereignty State». Some put it even in stronger terms referring to the affirmation of the individual as the primary unit and legal person of excellence of international law.», HERST LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, páginas 62 e 70, e JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional*, página 315, respectivamente.

³⁸ Como escreveu MALCOLM N SHAW, «The basic rule of international law providing that states have no right to encroach upon the preserve of other states' internal affairs is a consequence of the equality and sovereignty of states and is mirrored in article 2(7) of the UN Charter. It has, however, been subject to a process of reinterpretation in the human rights field (...), so that states may no longer plead this rule as a bar to international concern and consideration of internal human rights situations. (...) It is, of course, obvious that where a state accepts the right of individual petition under an international procedure, it cannot thereafter claim that the exercise of such a right constitutes interference with its domestic affairs.», *International Law*, CUP, 2021, página 215. Veja-se ainda, «The arrival of human rights on the international scene is, indeed, a remarkable event because it is a subversive theory destined to foster tension and conflict among States. Essentially it is meant to tear aside the veil that in the past protected sovereignty and gave each State the appearance of a fully armored titanic structure (...). Today the human rights doctrine forces States to give account of how they treat their nationals, administer justice, run prisons, and so on.», ANTONIO CASSESE, *International Law*, OUP, 2005, António Cançado Trindade encapsula a questão falando-nos em emancipação do indivíduo face ao seu Estado: «The right of individual petition – as I have been upholding for years – is a fundamental clause (...) of the human rights treaties that provide for it, upon which is erected the juridical mechanism of the emancipation of the human being vis-à-vis his own State for the protection of his rights in the ambit of the International Law of Human Rights», *International Law for Humankind*, Brill, 2020, página 252.

«the increasing substantiation of the general principle that, when it comes to Human Rights, the sovereignty of the State is somehow reduced or its veil pierced, especially in certain given serious circumstances. Foundations of it can be seen at the universal level, such as at the UN Charter proper and UN case law, and also at regional level.

Traditionally, the State would have full liberty on how to treat its own nationals, as it pleased the State. However, this vision of things is utterly outdated and does not correspond to reality (at least in most parts of the Globe). As said, «However, such freedom was gradually limited by international law through a more or less broad set of norms protecting the individual or individual rights.»³⁹.

Or, in other author's relevant and informed words, «The intrusion of human rights into the formerly sacrosanct realm of national sovereignty upended 350 years of viewing sovereignty primarily as a shield against outside influence. While sovereignty was never absolute, its limits were few. One of the only limits relating to rights was the customary international law norm that required states to protect aliens within their jurisdiction, although this protection stemmed from respect for the sovereignty of the alien's state rather than from any broader concern for the rights of individuals within a state's territory. Other limits reflected the responsibility of countries for acts within their territories that might harm another state or the perceived necessities of conducting international relations, such as the immunity of diplomats and freedom of the high seas. Individual rights, on the other hand, are not in their essence international. Their violation affects other states only indirectly, and the idea that the way in which a state treats its own citizens within its own jurisdiction is a legitimate matter for international concern was truly novel. Illustrative of this hesitance is the long struggle to outlaw slavery. Abolitionist campaigns within countries began to bear fruit in the late 18th and early 19th centuries, and the United States and United Kingdom in 1807 prohibited their ships from participating in international slave trading. However, the first international treaty that banned slavery itself was adopted only in 1926»⁴⁰.

C) A estrutura dos tratados (multilaterais) dedicados aos Direitos Humanos manifestamente não é contratual – como o são a maioria (tratados de comércio, de investimento, etc., etc.). As obrigações contidas nas suas cláusulas são objectivas e verifica-se a inexistência de sinalagma. Lidamos com *tratados-leis* e não com *tratados-contratos*. Veja-se, «human rights treaties are not concluded in order to grant reciprocal advantages to the contracting States: their object, rather, is to protect individuals under the jurisdiction of each State, and this may result in the Vienna Convention on the Law of Treaties being inadequate, in certain respects, as regards human rights treaties»⁴¹.

³⁹ «WLADIMIR BRITO, *Direito Internacional Público*, 2008, p 376. See also, for exemple, JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional*, pp 315 and ff.».

⁴⁰ «HURST HANNUM, *Rescuing Human Rights: a radically moderate approach*, CUP, 2019, p 1.»

⁴¹ OLIVIER DE SCHUTTER, *International Human Rights Law – Cases, Materials, Commentary*, CUP, 2019, página 48. Cfr., ainda, «Human rights obligations differ from other areas of international law where

Não estamos em essência, destarte, a lidar nestes tratados com obrigações recíprocas, *do ut des*, mas, outrossim, com a estatuição de direitos (como nas Constituições) apontando a objectivos comuns à comunidade das partes contratantes e das pessoas a si sujeitas (seus nacionais ou não).

Por exemplo, objectivo comum de não torturar, objectivo comum de não discriminar em função do sexo, objectivo comum de abolir a escravatura, objectivo comum de liberdade por princípio, objectivo comum de dignidade humana, objectivo comum de abolir penas degradantes, objectivo comum de garantias processuais penais mínimas, objectivo comum de igualdade perante o Direito, e por aí fora.

D) É um ramo do Direito Internacional que poderá justamente ser apelidado como sendo o doador privilegiado no acervo do *Jus Cogens*.

A Doutrina e a jurisprudência internacionais quando se propõem a inventariar as normas de *jus cogens* invariavelmente aportam sobremaneira normas de direito internacional dos direitos humanos.

Por exemplo, «*jus cogens is not an independent source of law. It may be enshrined in treaty law but is mostly (also) part of customary international law, covering norms which rest on the opinio iuris that they are absolute. It is generally recognized that certain human rights meet these requirements. However, the question of which rights possess the requisite legal status is still a matter of dispute. A point that has now been settled, however, is that the core content of human rights with customary law status forms part of peremptory international law, prohibiting, for example, genocide, slavery, torture, and inhuman and degrading treatment; systematic racial discrimination, arbitrary killing,*

treaty and customary obligations generally are reciprocal and treaty partners confer equal benefits on each other and accept equal duties in return. In such contractual arrangements, most acts in breach of an obligation cause direct and usually immediate injury to the interests of another state. The state committing the wrongful act incurs state responsibility and the duty to make reparations for the harm caused. In contrast, human rights obligations have 'the purpose of guaranteeing the enjoyment of individual human beings of those rights and freedoms rather than to establish reciprocal relations between States'.», DINAH SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, OUP, 2015, página 59. Exemplificando do seguinte modo, «*As the Inter-American Court has emphasized: modern human rights treaties in general . . . are not multilateral treaties of the traditional type concluded to accomplish the reciprocal exchange of rights for the mutual benefit of the contracting States. Their object and purpose is the protection of the basic rights of individual human beings, irrespective of their nationality, both against the State of their nationality and all other contracting States. In concluding these human rights treaties, the States can be deemed to submit themselves to a legal order within which they, for the common good, assume various obligations, not in relation to other States, but towards all individuals within their jurisdiction*» (Inter-American Court of Human Rights, *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights* (Articles 74 and 75). Series A No. 2 (24 September 1982).

or taking hostages and collective punishment»⁴². Isto é, proibições de genocídio, escravidão, tortura, discriminação racial sistemática, entre muitos outros, são normas de *Jus Cogens* no Direito Internacional (no seu cômputo global).

E) Estatui um conjunto de obrigações *erga omnes*. Em *contra-medida* ou em contraste, com o que se passa na globalidade dos casos no Direito Internacional geral. Como se afirma, «*human rights norms present certain characteristics which distinguish them from other rules of international law. Whether they are based on custom or on other sources of international law, and whether or not they have the nature of jus cogens norms, human rights are often considered to impose obligations erga omnes – obligations, that is, towards all the States of the international community.*»⁴³.

Recorde-se ainda, significativamente, jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça, caso Barcelona Traction⁴⁴, onde, mui sucintamente, o TIJ considerou ‘*obligations erga omnes*’: ‘*the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination*’.

E, do mesmo Tribunal Internacional de Justiça, *Questions Relating to The Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium V. Senegal)*, 2012, tendo em análise primacial a *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, afirmou «*The States parties to the Convention have a common interest to ensure, in view of their shared values, that acts of torture are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. (...) All the other States parties have a common interest in compliance with these obligations by the State in whose territory the alleged offender is present. That common interest implies that the*

⁴² WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *The Law of International Human Rights Protection*, OUP, 2019, página 61.

⁴³ OLIVIER DE SCHUTTER, *International Human Rights Law – Cases, Materials, Commentary*, CUP, 2019, página 48. JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional*, página 318 afirmando que a promoção e o respeito dos Direitos Humanos são reconhecidos por uma *opinio juris* global como uma obrigação *erga omnes*, sendo algumas normas reconhecidas como *jus cogens*», páginas 363–364.

⁴⁴ ICJ, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium V. Spain) Second Phase Judgment of 5 February 1970*. Podemos ler neste caso deveras significativo no Direito Internacional, a vários títulos, «*In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. (...) Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.*».

obligations in question are owed by any State party to all the other States parties to the Convention. All the States parties "have a legal interest" in the protection of the rights involved (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33). These obligations may be defined as "obligations erga omnes partes" in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case.»⁴⁵.

E também de grande relevo, provindo do Human Rights Committee (PIDCP), «*While article 2 is couched in terms of the obligations of State Parties towards individuals as the right-holders under the Covenant, every State Party has a legal interest in the performance by every other State Party of its obligations. This follows from the fact that the 'rules concerning the basic rights of the human person' are erga omnes obligations and that, as indicated in the fourth preambular paragraph of the Covenant, there is a United Nations Charter obligation to promote universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms.»⁴⁶.*

F) É um ramo do Direito Internacional assente, no essencial, no suporte institucional de organizações internacionais, seja a ONU, sejam organizações internacionais regionais como o Conselho da Europa.⁴⁷ Estas Organizações Internacionais, de *per se* e pelos seus órgãos e instituições estatuem direitos e são guardiães dos tratados e da sua concretização, seja por via de relatórios, investigações, interpretações, *soft law*, seja pela via de verdadeiros tribunais internacionais ou instituições quasi-judiciais.

Daqui resultarão, ou assim pensam muitos, um vasto número de *Self-contained regimes* que vão em crescendo. Anote-se, não somente um *self-contained regime* por Organização Internacional, por exemplo o da ONU, o do Conselho da Europa, o da União Africana, mas, mesmo dentro de cada uma delas; por exemplo, um regime próprio ditado pelo PIDCP, um pelo PIDESC, outro pela Convenção dos Direitos da Criança, e por aí fora, sobremaneira quando cada uma destas convenções vem acompanhada de um órgão monitor.

⁴⁵ ICJ, Judgment of 20 July 2012, *Questions Relating to The Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium V. Senegal)*, 68., página 31.

⁴⁶ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment No. 31 [80] *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant Adopted on 29 March 2004* (2187th meeting).

⁴⁷ Vide, por exemplo, a este propósito, «*The international law system was now set on a new path that recognized a subsidiary role for international organizations and other secondary agents of justice in the promotion and protection of human rights. The new institutional architecture allowed the meaning of the term 'human rights' to change over time. This is seen most clearly in the work of the bodies established under the core UN treaties*», STEVEN WHEATLEY, *The Idea of International Human Rights Law*, OUP, 2019, página 197.

G) Este sector do Direito Internacional⁴⁸ é intensificadamente judicializado ou quasi-judicializado⁴⁹, como nenhum outro – basta olhar para o número de instituições e para os dados estatísticos das decisões *prolatadas*.

Existem vários tribunais internacionais que são verdadeiros tribunais internacionais *stricto sensu* e com muito trabalho e muita produção jurisprudencial e contributos interpretativos. E também pertinentes são as muitas instâncias quais-judiciais como os vários comités de diversas convenções internacionais no âmbito da ONU⁵⁰. E, em casos em crescendo, com portas (ou janelas) abertas aos indivíduos, mediante adesão a Protocolos opcionais.⁵¹

Vide, a propósito, «*Treaty-based complaints procedures (individual and inter-state communications) are an important means to monitor compliance of states parties with their obligations and to develop the law under the respective treaty. Importantly, and exceptionally as compared to other areas of international law, individual complaints procedures provide victims of human rights violations with a remedy at the international level. This is in contrast to related areas, such as international refugee law and international humanitarian law, where no comparable treaty bodies and procedures exist.*

⁴⁸ Na falta de melhores expressões poderemos imaginar o Direito, todo o Direito (interno, internacional, Europeu, etc.) como o Universo, constituídos por essas várias galáxias, e, dentro da galáxia do Direito Internacional, vários sistemas solares, como o do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e dentro de cada sistema solar, os diversos planetas (os tais self-contained regimes).

⁴⁹ Cfr., RUTH MACKENZIE, CESARE P R ROMANO, YUVAL SHANY, PHILIPPE SANDS, *The Manual on International Courts and Tribunals*, OUP, 2010 incluindo, com naturalidade, neste acervo, ao lado dos verdadeiros tribunais internacionais permanentes, *The Human Rights Committee e Other UN Treaty Bodies*.

⁵⁰ GEIR ULFSTEIN, *Individual complaints*, in HELEN KELLER/GEIR ULFSTEIN, *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, CUP, 2012, páginas 73 – 74, «*while the function of the treaty bodies in deciding individual complaints is comparable to that of courts, they are formally designated ‘Committees’, not courts; they receive ‘Communications’ rather than cases; they are composed of experts and not judges; their procedure is confidential and the proceedings are written, with no oral elements; and their decisions are termed ‘Views’ (or comparable denominations) rather than judgments. Thus their decisions in such cases are not ‘judicial decisions’ under article 38(1)(d) of the ICJ Statute. Neither are such Views mentioned in articles 31–3 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) on the interpretation of treaties. Finally, the treaty bodies are not formally international organisations and their decisions do not carry weight comparable to, for example, UN General Assembly resolutions.*».

⁵¹ ILIAS BANTEKAS/LUTZ OETTE, *International Human Rights Law and Practice*, CUP, 2020, página 216, informam: «*By April 2019 eight treaty bodies had the competence to receive individual communications. Individual complaints mechanisms are either provided for in the respective treaty, such as ICERD, CAT, ICRMW (procedure not in force as of April 2019) and CPED, 114 or in an optional protocol, as is the case with the ICCPR and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). The Optional Protocols to the CEDAW (1999), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) (2008) and the Convention on the Rights of the Child (CRC) (on complaints procedure) (2011).*».

However, UN human rights treaty bodies are not vested with the automatic competence to consider communications. They can only deal with individual cases where states parties make a declaration to this effect or become parties to an optional protocol. The lack of a compulsory complaints procedure reflected the reluctance of states to expose themselves to any scrutiny other than the reporting procedure. This has slowly changed as many states (with some significant exceptions, see further below) have now recognised the competence of treaty bodies to consider complaints of alleged human rights violations.»⁵²

Daqui resultando uma constante evolução no entendimento e densificação material dos direitos humanos, mas também ao nível procedimental, e mesmo quanto à delimitação expansiva das competências destes órgãos monitores.

Estes tribunais e comités, mister relembrar e sublinhar, acabam por, *by the end of the day*, nos casos concretos, deter a última palavra. Basta pensar-se na questão das reservas ou da denúncia: quem tem a palavra final sobre se a reserva A⁵³ ou a denúncia X são aceites é o competente tribunal ou comité – e não o Estado contratante e parte. Ao menos no mundo do Direito, que não necessariamente da política internacional.

H) Ao nível da interpretação das suas normas descobrem-se particulares demandas, *pro homine*, por exemplo, entre outras.

Com efeito, parece claro que *«There is today a trend to interpret the rules found in human rights treaties in a special manner, often in teleological and evolutionary terms, notably by the respective monitoring bodies, among which the ECtHR and the IACtHR stand out, so as to give a more favourable meaning to individuals and, in general, to the protection of the human person. A similar trend concerns also constituent treaties of IOs. Both trends, though in different contexts, aim to erode state sovereignty (...) and to frame international law as ‘less consensual’ than in the past in the name of the ‘global values’, above all humanitarian values, that international law pursues or is expected to pursue.»⁵⁴*

No entanto, é preciso entender que haverá relevantes regras e princípios gerais sobre a interpretação dos tratados estabelecidos na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969⁵⁵ (e na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, 1986) que deverão merecer aplicação aos tratados de Direitos Humanos. Um desses casos é óbvio: o princípio de que um tratado

⁵² ILIAS BANTEKAS/LUTZ OETTE, *International Human Rights Law and Practice*, CUP, 2020, página 214.

⁵³ Basta recordarmos o Caso Belilos v. Switzerland, European Court of Human Rights, 1988.

⁵⁴ CARLO FOCARELLI, *International Law*, Edward Elgar, 2019, página 174.

⁵⁵ Recorde-se, regime geral estatuído nos artigos 31.º a 33.º

deve ser interpretado de boa fé⁵⁶; e bem assim como ter em mente o objeto e a finalidade destes tratados de Direitos Humanos.

A hermenêutica destes tratados de Direitos Humanos contém, como inicialmente apontado, elementos específicos próprios os quais visam, nomeadamente, manter a sua integridade própria enquanto, precisamente, tratados de direitos humanos; adopção de um princípio bem conhecido em muitos sistemas de direito constitucional, qual seja o da interpretação restritiva das normas que permitem restrições; não olvidar que se lida com obrigações de carácter objectivo e não sinalagmático; tendo em conta a dita *garantia colectiva* subjacente a estes tratados internacionais e, na maior parte dos casos, a sua ligação íntima ou a sua vinculação a uma determinada Organização Internacional (e aos seus próprios órgãos judiciais ou quase-judiciais criadores de um vero sistema); visando a realização de seu objeto e propósito especiais; e, todos considerados, consequentemente, estabelecendo, quando adequado, limites à posição ou doutrina tradicional do outrora dominante voluntarismo do Estado⁵⁷.

Como se afirmou, «*The special nature of human rights treaties has an incidence—and it could not be otherwise—in their process of interpretation: they all seek the realization of the ultimate goal of the protection of the rights inherent to the human person. There is nowadays a jurisprudence constante to that effect.*»⁵⁸.

Regressando à sobredita interpretação *pro homine*, Steven Wheatley, afirma numa síntese, «*On the issue of interpretation, whilst the approach in general international law tends to prioritize the ordinary meaning of words, which are presumed to reflect the intention of the parties, a pro homine ('in favour of the individual') method is considered more appropriate in the case of human rights treaties, focused on the object and purpose of the treaty as an instrument for the promotion of human rights.*»⁵⁹.

Aqui se devendo sublinhar ainda a mui relevante doutrina (e prática) da *evolutionary interpretation*, a qual pode caracterizar-se do seguinte modo: «*is the hallmark of interpretation in international human rights law. Human rights provisions being rather general and aphoristic, need to be fleshed out through judicial interpretation.*

⁵⁶ Cfr., «Artigo 31.º

Regra geral de interpretação

1 — Um tratado deve ser interpretado de boa-fé (...).

⁵⁷ Cfr., CANÇADO TRINDADE, *The European Convention on Human Rights and General International Law: Concluding Reflections on the 2015 Strasbourg Conference*, in Anne Van Aaken/Iulia Motoc, *The European Convention on Human Rights and General International Law*, OUP, 2018, *passim*.

⁵⁸ CANÇADO TRINDADE, *The European Convention on Human Rights and General International Law: Concluding Reflections on the 2015 Strasbourg Conference*, in Anne Van Aaken/Iulia Motoc, *The European Convention on Human Rights and General International Law*, OUP, 2018, página 296.

⁵⁹ STEVEN WHEATLEY, *The Idea of International Human Rights Law*, OUP, 2019, página 194.

The judge's role therefore is key in this branch of international law and human rights law would certainly not be as effective as it is today without dynamic and evolutionary judicial (or quasijudicial) interpretations (...) The strength of evolutionary interpretation is not however limited to the European system of human rights protection. It is a human rights specificity that can be equally found at the universal and regional levels.»⁶⁰.

Note-se que esta interpretação assume, mais e mais, um lugar de destaque no Direito Internacional dos Direitos Humanos, seja no domínio universal, seja no domínio, mormente na Europa e nas Américas. Pode-se afirmar que todos os direitos, ou quase todos, foram, ou podem ser, interpretados de forma dinâmica para responder às exigências que vão surgindo nas sociedades actuais. Até mesmo a competência dos tribunais internacionais de direitos humanos vem sendo ela própria interpretada por recurso a esta *evolutionary interpretation*.

Como se afiança, e bem, «*The strength of evolutionary interpretation in this field is due to certain specificities of human rights law, notably because of the types of treaties and norms, the humanitarian objective fulfilled by human rights treaties, the regular monitoring by multiple courts and expert bodies.*»⁶¹.

Haverá, todavia, limites a esta *interpretação evolutiva*, não constituindo, pois, um novo mantra, que tudo o resto abafa em matéria de interpretação de normas jus-convencionais.⁶²

⁶⁰ GLORIA GAGGIOLI, *The Strength of Evolutionary Interpretation in International Human Rights Law*, in *Evolutionary Interpretation and International Law*, Edited by Georges Abi-Saab, Kenneth Keith, Gabrielle Marceau and Clément Marquet, Hart Publishing, 2019, página 103. No mesmo texto pode ler-se, com benefício e prospectiva e enfoque alargado, «*In brief, evolutionary interpretation is particularly vigorous in the field of human rights law because of the characteristics and specificities of human rights treaties, but it is in no way reserved to this body of international law. On the contrary, it is our conviction that given the accelerating pace of technological and other changes in our societies and the evolving needs of the international community, combined with the increasing difficulty to adopt new treaties – at least in certain branches of international law – evolutionary interpretation is the sine qua non condition to ensure the continued relevance and effectiveness of treaties. For instance, while international humanitarian law does not have the same features as human rights law and is traditionally less prone to dynamic and evolutionary interpretations given the sensitivities that are inherent to armed conflict situations, interpreting the 1949 Geneva Conventions in the same way as 60 years ago would make little sense. At the same time, evolutionary interpretation cannot part outright with the classical rules of interpretation and should have some defined limits to be meaningful and acceptable to States.*», páginas 109 – 110.

⁶¹ GLORIA GAGGIOLI, *The Strength of Evolutionary Interpretation in International Human Rights Law*, in *Evolutionary Interpretation and International Law*, Edited by Georges Abi-Saab, Kenneth Keith, Gabrielle Marceau and Clément Marquet, Hart Publishing, 2019, página 114.

⁶² Por exemplo, «*limits to evolutionary interpretation derive first and foremost from general rules of interpretation. This is not to say that human rights bodies should strictly abide by the text of Articles 31–33 of the VCLT but rather that general principles of interpretation equally apply under human rights law.*», página 111 e, «*two additional limits to the evolutionary interpretation of human rights treaties from the structural characteristics or inherent features of human rights law: (1) The competence of human rights supervisory bodies*

I) Reservas a tratados multilaterais – especialidades dos tratados de Direitos Humanos em face do regime geral da Convenção de Viena. Esta é uma das matérias mais controversas, e mais discutidas, nesta temática e que justificaria, por si só, uma monografia.

É também um dos elementos de diferenciação que mais se plasma em termos verdadeiramente normativos. Pode um Estado parte por uma dada reserva a um dado tratado multilateral? Basta conferir e respeitar a respectiva Convenção de Viena? Ou, pelo contrário, em tratados de direitos humanos, ou seja, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, esta matéria tão importante e tão ligada à soberania estadual tem soluções distintas? Limitações mais profundas e constringentes? O fundamento de las reservas é a soberania dos Estados permitindo-lhes determinar concretamente a medida das obrigações que estão dispostos a adquirir.

Deixamos antes aqui já algumas observações e referências bibliográficas⁶³ e, de ora em diante, procuraremos encapsular o essencial da questão.

*is circumscribed by their founding treaties. Such treaty bodies do not have a general competence, unlike the International Court of Justice. They cannot apply customary law or a foreign body of international law, such as international humanitarian law. They may – and should – obviously take into account other bodies of law but they cannot apply them directly. As aptly recognised by the Inter-American Court of Human Rights in the Las Palmeras case, in relation to the competence of the Court and Commission to apply international humanitarian law, the Convention ‘has only given the Court competence to determine whether the acts or the norms of the States are compatible with the Convention itself, and not with the 1949 Geneva Conventions’. In practice, though, there might be a thin line between taking into account other bodies of law, in consonance with Article 31(1)(c) of the VCLT, and applying them. (2) In principle, human rights bodies cannot create additional rights, which do not exist in the founding treaty, through evolutionary interpretation. Another limit, which appears very clearly in the case law of the ECtHR, but less so in the Inter-American system, is related to the existence of a ‘consensus’ among States parties to the relevant treaty. The notion of consensus does not equate unanimity, but there needs to be a sufficient common denominator, a convergence, or in other words a clear trend in the law or even in mere mentalities. The ECtHR has at times rejected an evolutionary interpretation and justified a margin of appreciation in favour of Member States in the absence of consensus.», *idem*, páginas 112 e 113.*

⁶³ Recorde-se, INETA ZIEMELE (Ed), *Reservations To Human Rights Treaties And The Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony Or Reconciliation*, Springer, 2004, INETA ZIEMELE/LÄSMA LIEDE, *Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6*, *The European Journal of International Law* Vol. 24 no. 4, 2013, páginas 1135 e seguintes, W. A. SCHABAS, *Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform*, 32 *Canadian YIL*, 1994, páginas 39 e seguintes ou, em modo marcadamente limitativo, que não surpreende considerando a sua posição de reconciliação entre o direito internacional geral e o nosso ramo, e o seu contributo na International Law Commission (ILC) sobre esta *vexata quaestio*, procurando abordar todos os argumentos possíveis, rebater posições demasiado *independentistas* ou de alforria do nosso ramo do direito, ALAIN PELLET, *Reservations to treaties and the integrity of human rights*, in *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, 2013, Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley (eds), páginas 323 e seguintes (ver também a sua crítica, com exageros, em ALAIN PELLET, “Human rightism” and

Note-se, em sinal de aviso, que «*human rights treaties are among the international treaties most heavily subjected to RUDs (Reservations, understandings, and declarations)* ». ⁶⁴.

Há uma evidente tensão dialética entre a afirmação da soberania dos Estados, por um lado, e a prossecução de interesses da comunidade global plasmado na ampla protecção dos direitos humanos. ⁶⁵

Por outro lado «*There is no general rule that says when a reservation runs counter to a treaty's object and purpose. However, the practice of states and treaty bodies provides ample illustration and guidance. To begin with, states parties cannot derogate from jus cogens norms and non-derogable rights that are fundamental to a treaty. Reservations in relation to other rights may be incompatible with general principles, such as equality, or may undermine the very rationale of the treaty concerned. An example of this kind is the reservation entered by the government of Kuwait to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) according to which it 'reserves its right not to implement the provision contained in article 9, paragraph 2, of the Convention, inasmuch as it runs counter to the Kuwaiti Nationality Act, which stipulates that a child's nationality shall be determined by that of his father'. Beyond this, human rights treaty bodies and states have frequently raised concerns about general*

international law, UN, 2000). Incontornável é, consabidamente, o HUMAN RIGHTS COMMITTEE General Comment No. 24: *Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*, 1994. Ainda, ERIC NEUMAYER, *Qualified Ratification: Explaining Reservations to International Human Rights Treaties*, Journal of Legal Studies, vol. 36, June 2007, AISTE AUGUSTAUSKAITE, *Consequences of Reservations To International Human Rights Treaties, Concluded In The Aftermath Of WWII*, International Comparative Jurisprudence, 2017, Volume 3, Issue 1, ILIAS BANTEKAS/LUTZ OETTE, *International Human Rights Law and Practice*, CUP, 2020, mormente páginas 57-58.

⁶⁴ ERIC NEUMAYER, *Qualified Ratification: Explaining Reservations to International Human Rights Treaties*, Journal of Legal Studies, vol. 36, June 2007.

⁶⁵ «Reservations to human rights treaties essentially constitute a compromise that seeks to address the fundamental dilemma between sovereignty and the pursuit of collective goals. A categorical position, i.e. prohibiting states from making reservations, risks having fewer states parties, while placing no limits on entering reservations may defeat the object and purpose of a treaty. Reservations are in this light a pragmatic device that allows states to overcome potential stumbling blocks to becoming a party, namely obligations that are not agreeable. However, this pragmatism comes at the price of fragmentation because the fact that not all states have the same obligations may undermine the integrity of a treaty and frustrate its objectives. Reservations therefore raise a series of questions. What are the acceptable limits to making reservations? What should be the consequence of impermissible reservations? And who should decide on the validity of reservations and their consequences? Some treaties prohibit the making of reservations, whereas others apply the general rule, whether explicitly stated or not, that reservations must not run counter to the object and purpose of the treaty. This rule was developed by the ICJ and incorporated in the VCLT, replacing the previous purely consent-based system under which states could make reservations that other parties were free to accept or reject.», ILIAS BANTEKAS/LUTZ OETTE, *International Human Rights Law and Practice*, CUP, 2020, página 57.

and vague statements that do not provide a sufficiently clear indication of how they affect a state party's obligations and may effectively nullify them»⁶⁶.

Uma panorâmica sobre esta *vexata quaestio* aponta-nos, por um lado, que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, supostamente conteria um sistema e uma ordenação completos sobre a matéria das reservas⁶⁷. Todavia, «*it became clear in the 1980s that the system was difficult to apply particularly as regards the compatibility of reservations to human rights treaties with 'their object and purpose'*» dado que, entre outras razões, «*Human rights treaties are not contractual in nature and do not create rights and obligations between States on the traditional basis of reciprocity; they establish relationships between States and individuals*».⁶⁸

Alain Pellet, não sendo propriamente uma voz isenta e *afastada* nesta questão, apresenta todavia, uma boa introdução à *problemática*, «*Curiously there are probably few subjects in classical general international law which ignite such impassioned debates as the apparently extremely technical subject of reservations to treaties. One is 'pro' or 'contra' reservations for reasons which clearly come closer to a 'religious war' than to rational considerations: for some, reservations are an absolute evil because they cause injury to the integrity of the treaty; for others, to the contrary, they facilitate a broader adhesion and, thus, universality. This debate – which has principally surfaced with regard to human rights treaties – is fixed since the 1951 International Court of Justice (ICJ) Advisory Opinion and its terms and scope are clearly represented by the opposition between the majority and the dissenting judges in that case. While not exclusively unfolding in the field of human rights, these are at the very heart of the classic dialectic according to which, on the one hand, reservations, in a way, 'bilateralise' the relations between the parties to multilateral treaties and therefore 'fragment' the treaty regime, while, at the same time, they facilitate a wider acceptance of the core elements of the treaties in question and, therefore serve the global community interest. Although reservations*

⁶⁶ ILIAS BANTEKAS/LUTZ OETTE, *International Human Rights Law and Practice*, CUP, 2020, páginas 57-58.

⁶⁷ Veja-se, desde logo, o artigo 19.º:

«*Formulação de Reservas*

Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva, a não ser que:

a) a reserva seja proibida pelo tratado;
b) o tratado disponha que só possam ser formuladas determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou
c) nos casos não previstos nas alíneas a e b, a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.». E depois vários mais se seguem, como se sabe.

⁶⁸ MALGOSIA FITZMAURICE, *The practical working of the law of treaties*, in Malcolm Evans (ed), Oxford UP, 2003.

strengthen ‘the universality of human rights’, the dominant view among human rights activists is that they endanger the ‘unity of human rights’ and therefore constitute an absolute evil. They are not – nor are they a threat to the global consistency of human rights treaty regimes, at least when the rules applicable to reservations are correctly perceived and applied. These rules are now embodied in the Guide to Practice on Reservations to Treaties (...) in 2011.»⁶⁹.

Pois bem, atualmente, quanto a esta questão, existem basicamente duas abordagens opostas.

Uma ilustrada pelo Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas (PIDCP)⁷⁰ e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁷¹. Basicamente,

⁶⁹ ALAIN PELLET, *Reservations to treaties and the integrity of human rights*, in Routledge Handbook of International Human Rights Law, 2013, Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley (eds), página 323.

⁷⁰ No General Comment 24, 1994 e no caso Rawle Kennedy, 1999.

⁷¹ Conforme escrevemos noutra local, PAULO CARDINAL, *Human Rights Brief Notes*, UMAC, 2024: «Namely in the following cases: *Belilos*, *Weber*, and *Loizidou*. In the first case (1988) the ECHR severed the reservation made by Switzerland and therefore decided that this State was still bound by the European Convention in its entirety. See, on the complexities and challenges, «the ECtHR and the HRCtee have simply excluded invalid reservations with the effect that a state party is bound by the treaty (provision) in question. This is problematic because treaty bodies assume the right effectively to overrule the lack of state consent. As a result, a state that makes a reservation to a human rights treaty faces the risk of being fully bound even if this outcome runs counter to its intention. From the perspective of an effective multilateral regime, severing reservations is preferable to the exclusion of a state party or the de facto acceptance of an incompatible reservation. However, it carries the risk that a state may choose not to become a party where it expects that its reservation may be invalidated. A state that is already a party may oppose the interpretation and question the right of the treaty body to impose an obligation it has not consented to, which may potentially result in a standoff or even the denunciation of a treaty», ILIAS BANTEKAS/LUTZ OETTE, *International Human Rights Law and Practice*, CUP, 2020, p 59. In *Belilos*, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22ite mid%22:\[%22001-57434%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22ite mid%22:[%22001-57434%22]}), a Swiss woman was punished for demonstrating. The municipal police board imposed a fine on her in her absence. Hence, *Belilos v Switzerland* concerned a fine of 200 Swiss Francs imposed on the applicant by the municipal police board, for allegedly participating in an illegal demonstration and since *Belilos* brought a claim before the Court arguing that the failure to provide an adequate appeal from an administrative decision was contrary to art 6(1) of the European Convention, which guaranteed the right to the right to a fair trial. The Swiss Government relied on its interpretative declaration purported to limit Switzerland’s obligations under art 6(1) to ensuring a review of the lawfulness of the decision of the tribunal of original jurisdiction. Having struck down the interpretative declaration on grounds of invalidity, the European Court then held that Switzerland was still bound by the European Convention, regardless of above-mentioned unilateral position from the State.

As for the *Loizidou v. Turkey*, <https://www.refworld.org/cases,ECHR,402a07c94.html>, this is a case regarding the rights of refugees wishing to return to their former homes and properties and the European Court of HR ruled that Titina Loizidou, and consequently all other refugees, have the right to return to their former properties. The ECHR ruled that Turkey had violated Loizidou’s human rights under Article I of Protocol I of the European Convention on Human Rights that she should be allowed to return to her home and that Turkey should pay damages to her. Turkey initially ignored this ruling, so Loizidou filed

afirmando que as disposições da Convenção de Viena que atribuem um papel às objecções dos Estados em relação às reservas no contexto dos tratados sobre direitos humanos são inadequadas, as reservas eventualmente feitas devem ser consideradas nulas e sem efeito, indicando claramente que as normas sobre direitos humanos devem prevalecer sobre as preocupações dos Estados soberanos.

Exemplos com algum detalhe: «*The normal assumption will be that the ratification or accession is not dependent on the acceptability of the reservation and that the unacceptability of the reservation will not vitiate the reserving state's agreement to be a party to the Covenant. However, this assumption cannot apply when it is abundantly clear that the reserving state's agreement to becoming a party to the Covenant is dependent on the acceptability of the reservation. The same applies with reservations to the Optional Protocol.*»⁷².

E: «*The normal consequence of an unacceptable reservation is not that the Covenant will not be in effect at all for a reserving party. Rather, such a reservation will generally be severable, in the sense that the Covenant will be operative for the reserving party without benefit of the reservation.*».⁷³

Do outro lado, a outra abordagem distinta considera que o sistema da Convenção de Viena é absolutamente satisfatório. Nas palavras do próprio e criticado Comité dos Direitos do Homem: «*Não é segredo que esta abordagem do Comité foi alvo de sérias críticas. Muitos especialistas em direito internacional consideram que a abordagem é inconsistente com as premissas básicas de qualquer regime de tratado, que é o facto de as obrigações de um Estado decorrentes do tratado serem uma função do seu consentimento em assumir essas obrigações. Se uma reserva for incompatível com o objeto e a finalidade de um tratado, argumentam os críticos, o Estado que faz a reserva não se torna parte do tratado, a menos que retire essa reserva. De acordo com o ponto*

an application against Turkey to the European Court of Human Rights and the Court ruled in favour of Loizidou in spite of Turkey claims and use of domestic norms on several issues: «The Court further notes that Article 64 (art. 64) of the Convention enables States to enter reservations when signing the Convention or when depositing their instruments of ratification. The power to make reservations under Article 64 (art. 64) is, however, a limited one, being confined to particular provisions of the Convention “to the extent that any law then in force in [the] territory [of the relevant Contracting Party] is not in conformity with the provision”. In addition, reservations of a general nature are prohibited. In the Court's view, the existence of such a restrictive clause governing reservations suggests that States could not qualify their acceptance of the optional clauses thereby effectively excluding areas of their law and practice within their “jurisdiction” from supervision by the Convention institutions.».

⁷² HUMAN RIGHTS COMMITTEE, Decision declaring a communication admissible No. 845/1999 *Rawle Kennedy v. Trinidad and Tobago*.

⁷³ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment No. 24.

de vista dos críticos, não há nenhuma boa razão para se afastar dos princípios gerais do direito dos tratados quando se trata de reservas ao Pacto.»⁷⁴.

Vários Estados, incluindo os EUA, o Reino Unido, a França, opuseram-se firmemente à primeira abordagem e defenderam a continuação da aplicação *in toto* da Convenção de Viena⁷⁵ aos Tratados em matéria de direitos humanos. Também o segundo relatório do relator especial da Comissão de Direito Internacional, Alain Pellet, defendeu, em essência, mas buscando um certo «meio-caminho», a manutenção do sistema da Convenção de Viena, considerando-o adequado para tratar estas questões.

O estado da arte desta controvérsia pode ser resumido da seguinte forma: «*The ILC upholds the position that the Human Rights Committee should be responsible only for monitoring how the states implement the treaties and to leave the other responsibilities (including the determination of the validity of reservations) to member states of international treaties. The author considers that this position is not the most eligible taking into account the nature of human rights. Different states might have different interests and express their will by objecting to reservations or not. Therefore, the monitoring bodies should have greater role while deciding the validity of reservations to human rights treaties.*»⁷⁶.

A controvérsia e a procura de uma solução proporcional, adequada e capaz de equilibrar os vários princípios e valores em causa prossegue.⁷⁷

Daí que a polémica esteja – *rectius*, continue – instalada. No entanto, não se pode esquecer que, onde e quando existe um Tribunal Internacional competente num determinado sistema, como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ou o Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem (ou mesmo um órgão quase-judicial competente, como o Comité dos Direitos do Homem que actua ao abrigo do Protocolo Facultativo do PIDCP), cabe-lhes a eles fun-

⁷⁴ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Decision declaring a communication admissible No. 845/1999 Rawle Kennedy v. Trinidad and Tobago*.

⁷⁵ Vide, por exemplo, logo após, MALGOSIA FITZMAURICE, *The practical working of the law of treaties*, in Malcolm Evans (ed), Oxford UP, 2003, páginas 194 e 195.

⁷⁶ AISTÈ AUGUSTAUSKAITĖ, *Consequences of Reservations to International Human Rights Treaties, Concluded In The Aftermath Of WWII*, International Comparative Jurisprudence, 2017, Volume 3, Issue 1.

⁷⁷ Cfr., «*The ILC's Guide on Reservations to Treaties, whose adoption followed a series of discussions involving treaty bodies and states, provides for a compromise solution according to which states shall take a treaty body's assessment of the permissibility of a reservation into consideration. Notably, according to the Guide, an impermissible reservation is null and void. A state entering an invalid reservation is bound by the treaty unless it has 'expressed a contrary intention' or expresses its intention not to be bound. It has to do so within twelve months where the treaty body concerned declares that it considers a reservation invalid. The ILC's approach therefore combines respect for state consent with a qualified severance provision whose application depends on the state's response to a treaty body's declaration that its reservation is invalid.*», ILIAS BANTEKAS/LUTZ OETTE, *International Human Rights Law and Practice*, CUP, 2020, páginas 59 – 60.

damentalmente decidir as questões relativas à autorização ou não de reservas aos Tratados de Direitos do Homem. O Tribunal Europeu já disse não, em termos vistos anteriormente.

Donde, concluirmos pela existência de requisitos normativos distintos, ou potencialmente distintos, para a aposição de reservas em tratados de direitos humanos, isto é, no seio do ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, há um regime parcialmente distinto⁷⁸.

J) Denúncias a tratados multilaterais – também se descortinam especialidades em face do regime geral da supracitada Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969.

Ou seja, recorta-se um desvio à concepção voluntarista, e a soberania estadual é limitada nestes sistemas jus-internacionais dos Direitos Humanos.

Vejamos o que o Human Rights Committee, no seu General Comment 26 (61), lidando particularmente com o PIDCP afirmou, ao que se julga quando a Coreia do Norte manifestou vontade nessa denúncia⁷⁹:

«1. The International Covenant on Civil and Political Rights does not contain any provision regarding its termination and does not provide for denunciation or withdrawal. Consequently, the possibility of termination, denunciation or withdrawal must be considered in the light of applicable rules of customary international law which are reflected in the Vienna Convention on the Law of Treaties. On this basis, the Covenant is not subject to denunciation or withdrawal unless it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal or a right to do so is implied from the nature of the treaty.

(...)

3. Furthermore, it is clear that the Covenant is not the type of treaty which, by its nature, implies a right of denunciation. Together with the simultaneously prepared and adopted International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Covenant codifies in treaty form the universal human rights enshrined in the Universal Declaration of Human Rights, the three instruments together often being referred to as the “International Bill of Human Rights”. As such, the Covenant does not have a temporary character typical of treaties where a right of denunciation is deemed to be admitted, notwithstanding the absence of a specific provision to that effect.

(...)

⁷⁸ É de não olvidar, no entanto, que tal conclusão não é pacífica na doutrina porquanto não é merecedora de um acolhimento generalizado; por mero exemplo, e analisando algum case law anteriormente citado, afirma-se ser difícil *«to see the Belilos jurisprudence as (...) evidence of the ‘special character’ of human rights treaties»*, CARLO FOCARELLI, *International Law*, Edward Elgar, 2019, página 171.

⁷⁹ Cfr., por exemplo, STEVEN WHEATLEY, *The Idea of International Human Rights Law*, OUP, 2019, página 194.

5. *The Committee is therefore firmly of the view that international law does not permit a State which has ratified or acceded or succeeded to the Covenant to denounce it or withdraw from it.*».

Donde, «*In part in reliance on the Committee's analysis, most commentators have concluded that human rights treaties that lack an express exit clause—including the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3; Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (adopted 18 December 1979, entered into force 3 September 1981) 1249 UNTS 13; International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (adopted 20 December 2006, entered into force 23 December 2010) [2007] 4 IHRR 582, and the Second Optional Protocol to the ICCPR Aiming at the Abolition of the Death Penalty (adopted 15 December 1989, entered into force 11 July 1991) 1642 UNTS 414—are not susceptible to unilateral denunciation or withdrawal.*»⁸⁰.

Também pertinente, «*Although denunciations of human rights treaties are not common, the possibility of denunciation continues to hang like the Sword of Damocles over the treaty monitoring bodies. Because of the necessity of safeguarding the integrity of its constituent instrument, the HRCttee has responded to the incidents of denunciation of the ICCPR and the first Optional Protocol thereto in a resolute manner, although it failed to make an instant impact on the denouncing States.*».⁸¹.

Note-se que entorses ao normal regime de denúncias de tratados multilaterais também ocorre no seio do Direito Internacional Humanitário, e por razões que bem se compreendem, sendo que a denúncia só produz efeito após cessação do conflito armado.⁸²

⁸⁰ LAURENCE R. HELFER, *Terminating Treaties*, in *The Oxford Guide to Treaties*, Duncan Hollis ed., Oxford University Press, 2012, páginas 640 – 641. Ainda, YOGESH TYAGI, *The Denunciation of Human Rights Treaties*, *British Yearbook of International Law* 2009–jan 01 vol. 79 iss. 1, PAULO CANELAS DE CASTRO, *Direito Internacional na era da globalização: mudanças de paradigmas no sistema internacional e na ordem jurídica internacional*, in *Direito Constitucional – Diálogos em Homenagem ao 80. aniversário de J.J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte: Forum Ed., 2021, GINO J. NALDI/KONSTANTINOS MAGLIVERAS, *Human Rights and the Denunciation of Treaties and Withdrawal from International Organisations*, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33, 2014.

⁸¹ YOGESH TYAGI, *The Denunciation of Human Rights Treaties*, *British Yearbook of International Law* 2009–jan 01 vol. 79 iss. 1, página 192.

⁸² Cfr., *Convenção de Genebra (IV) relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra*, artigo 158.º. De novo se afirma uma ideologia de protecção da pessoa humana em sacrifício da sacrossanta soberania estadual. Vide: «*Cada uma das Altas Partes contratantes terá a faculdade de denunciar a presente Convenção. A denúncia será notificada por escrito ao Conselho Federal Suíço. Este comunicará a notificação aos Governos de todas as Altas Partes contratantes.*».

L) Cláusula do indivíduo mais favorecido – este princípio, conhecido por outras designações, como princípio da protecção máxima⁸³, significa muito simplesmente que o Direito Internacional, isto é este ramo do Direito Internacional, se apresenta despidendo *motu* próprio o clássico e horizontal princípio da auto-primazia assumido pelo Direito Internacional e pelos órgãos e entidades internacionais que aplicam esse Direito.

Não vamos aqui discutir a questão da primazia do Direito Internacional tal como ele é encarado pelos actores desse sistema⁸⁴, tão somente sublinhar que é uma constância do Direito Internacional esta sua afirmação de primazia.⁸⁵ Com efeito, o estudo da questão da primazia do Direito Internacional pressupõe sempre uma dupla perspectiva de análise, *i.e.*, por um lado, importa averiguar a solução mantida no âmbito do Direito Internacional, e, pelo outro, as soluções postuladas por cada ordem jurídica interna em dado momento temporal. O Direito Internacional proclama, de forma irredutível, a sua primazia absoluta sobre o direito interno.

A denúncia produzirá os seus efeitos um ano depois da sua notificação ao Conselho Federal Suíço. Contudo, a denúncia notificada quando a Potência denunciante estiver envolvida num conflito não produzirá qualquer efeito senão depois de a paz ter sido concluída, e, em qualquer caso, enquanto as operações de libertação, repatriamento e instalação das pessoas protegidas pela presente Convenção não estiverem terminadas.

A denúncia somente terá validade em relação à Potência denunciante. Não terá qualquer efeito sobre as obrigações que as Partes no conflito serão obrigadas a desempenhar em virtude dos princípios do direito das gentes, tais como resultam dos usos estabelecidos entre os povos civilizados, das leis de humanidade e das exigências da consciência pública.», destacados nossos. Conforme se afirma, «*This clause is the counterpart of the preceding Article; it, too, is dictated by the best interests of the victims of war.*», ICRC, Commentary of 1958, at <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949/article-158/commentary/1958?activeTab=> .

⁸³ *Saving clauses*, também é nomenclatura usada, por exemplo, LUDOVIC HENNEBEL/HÉLÈNE TIGROUDJA, *The American Convention on Human Rights: A Commentary*, OUP, 2022, páginas 834 e seguintes, aí se lendo, por exemplo, «*Saving Clauses (Article 29- b, c, d) – Articles 29- b, c, and d are saving clauses that aim at ensuring the best protection of human rights offered by the legal instruments applicable to a State Party. In comparison with Article 5- 2 of the ICCPR and Article 53 of the ECHR, the saving clauses of the ACHR are broader and more protective given that they prohibit the States to restrict human rights that are guaranteed by domestic law or domestically applicable norms of international law, but also other rights and guarantees inherent to the human personality or to the representative democracy and the rights provided under the American Declaration. The saving clauses of the ACHR are therefore extensive and cover virtually any other rights or freedoms protected by any other binding or nonbinding, universal, regional, or domestic instrument.*».

⁸⁴ Fizemo-lo em *A Primazia do Direito Internacional em Macau*, in, *Direito, Transição e Continuidade – Escritos Dispersos de Direito Público de Macau*, 2017, páginas 101- 126, e que seguimos de perto no próximo par de parágrafos.

⁸⁵ Diferente questão é o modo como todo e cada um dos ordenamentos jurídicos se posiciona face ao Direito Internacional.

Com efeito, «*A submissão da lei interna à norma internacional constitui uma exigência inelutável e um sólido princípio do direito internacional*»⁸⁶. Nem de outro modo poderia ser. De um ponto de vista de simples lógica jurídica, a ordem jus-internacional, tal como qualquer ordem normativa, terá que afirmar a sua superioridade face aos seus sujeitos destinatários.⁸⁷ No âmbito da ordem jurídica internacional, este primado manifesta-se, indiferentemente, face às normas constitucionais, às normas ordinárias, às medidas administrativas e às decisões judiciais. E, indiferentemente da natureza da norma internacional, comum ou geral ou convencional. A primazia sobre as normas constitucionais é afirmada, sem hesitações, em três sedes: a nível arbitral⁸⁸, a nível judicial⁸⁹, a nível jus-convencional⁹⁰.

Esta é, pois, uma trave mestra do Direito Internacional. Uma constante. Um princípio absoluto. E, todavia ... quando entramos no ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, as coisas não são bem assim. Bem pelo contrário.

Pois neste domínio impera a regra básica da ressalva das disposições mais favoráveis de Direito interno⁹¹. Ou seja, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, atira borda fora a sua primazia, retira-se de cena e admite que determinado direito seja, afinal, regulado por normas de direito interno, porquanto o que se pretende, a ideologia que lhe está imanente, é a protecção máxima possível (independentemente das fontes que seriam, *prima facie*, aplicáveis) da pessoa humana. O importante, para o nosso ramo do Direito, é fazer aplicar a norma que oferece um melhor nível de garantia, mesmo que seja de origem nacional.

Tratamos, com algum detalhe e densificação o assunto noutra local para efeitos didáticos e aí identificamos uma plêiade de instrumentos de Direito Internacional dos Direitos Humanos que expressamente estabelecem esta cláusula do indivíduo mais favorecido, logo, por potencial consequência, impondo o *desfavor* e a inaplicabilidade do próprio direito internacional face ao direito interno.

⁸⁶ JOÃO MOTA DE CAMPOS, *As relações da ordem jurídica portuguesa com o direito internacional e o direito comunitário à luz da revisão constitucional de 1982*, Lisboa, 1985, página 42.

⁸⁷ PAULO CARDINAL, *A Primazia do Direito Internacional em Macau*, in, *Direito, Transição e Continuidade – Escritos Dispersos de Direito Público de Macau*, 2017, *passim*.

⁸⁸ O caso Alabama, 1872, o caso Montijo, 1875, o caso Pinson, 1928.

⁸⁹ *V.g.*, o Caso do tratamento dos nacionais polacos em Dantzig, 1932, parecer do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, série A/B, nº 44.

⁹⁰ A Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, particularmente os seus artigos 27.º e 26.º.

⁹¹ JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Princípios, 2002, página 285.

Este tipo de cláusulas surge-nos quer em sistemas universais, quer em sistemas regionais e estende-se para sistemas próximos ou parentes como os da Organização Internacional do Trabalho e da União Europeia.

Assim, o paradigmático artigo 5.º, n.º 2 do PIDCP: *Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.*

E, muitas vezes com diferenças de estilo, de redação, de formulação, muitos mais casos. O PIDESC, também artigo 5.º, n.º 2. O artigo 19.º da Constituição da OIT, artigo 23.º da CEDAW, artigo 41.º, da Convenção dos Direitos da Criança, artigo 1.º, n.º 2 da Convenção que proíbe a tortura, artigo 81.º da Convenção sobre a protecção dos Migrantes, artigo 4.º da convenção relativa às pessoas com deficiência, artigo 37.º da convenção de 2010 sobre a Protecção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado.

Ao nível regional, por exemplo, o artigo 29.º da Pacto de São José, preceitos da magna Convenção Europeia dos Direitos Humanos, artigo 17.º, da Convenção Europeia para a prevenção da tortura.

Na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁹², artigos 52.º e 53.º.

Como se afirmou, a propósito de uma dada convenção mas aplicável em geral na compreensão deste princípio, *«the Convention cannot be interpreted so as to limit or derogate from rights recognized by other sources in national or international law. The text was based on a British proposal in the United Nations Commission on Human Rights that, as modified, became article 5(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights. According to article 5(2) of the Covenant: ‘There shall be no restriction upon or derogation from any of the fundamental human rights recognised or existing in any State Party to the present Covenant pursuant to law, conventions, regulations or custom on the pretext that the present Covenant does not recognize such rights or that it recognizes them to a lesser extent.’ Similar provisions are also present in other international treaties. For example, article 1 of the 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment states: ‘This article is without prejudice to any international instrument or national legislation which does or may contain provisions of wider application.’ According to article 23 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: ‘Nothing in the present Convention shall affect any provisions that are more conducive to the achievement of equality between men and women which may be contained: (a) In the legislation of a*

⁹² PAULO CARDINAL, *Human Rights Brief Notes*, UMAC, 2024.

State Party; or (b) In any other international convention, treaty or agreement in force for that State.’ (...) By virtue of article 53, the Convention cannot be interpreted so as to prejudice the protection of human rights enshrined in the national law of a State Party or as a result of agreements to which it is a party.»⁹³

Como noutro local escrevemos, «*when it comes to Human Rights, the international law norms explicitly allow for its non-application if and when (and always) the domestic norm or other norm provides a better protection, enables a more pro homine solution, thus choosing to step aside – in frontal opposition to its position of principle in general – and give way to domestic norms enabling its application. Antonio Cançado Trindade⁹⁴, when referring to the monist and dualist theses about the relations between domestic law and international law point out that «the supremacy is that of the most favorable norm to the victims, whether it is a norm of international law or domestic law. Both systems interact in favor of the protected beings»⁹⁵.*

Esta característica do Direito Internacional dos Direitos Humanos é deveras mui relevante, claramente excepcional em face do Direito Internacional geral e aporta soluções normativas concretas muito diferentes. É um dos traços diferenciadores, e verdadeiramente autonomizadores, de um verdadeiro ramo do Direito.

IV Conclusões

Assim concluímos este nosso percurso, num passo estugado que visa somente uma panorâmica de inventariação de elementos diferenciadores – e alguma discussão nem sempre densificada – com vista a respaldar tecnicamente a nossa conclusão de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui verdadeira e cientificamente um ramo autónomo dentro do universo do Direito Internacional geral.⁹⁶

⁹³ WILLIAM A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, OUP, 2015, pp 902 – 903.

⁹⁴ «ANTONIO CANÇADO TRINDADE, *Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, Colección Cuadernos de Derechos Humanos 3/95, p 36.».

⁹⁵ PAULO CARDINAL, *Human Rights Brief Notes*, UMAC, 2024.

⁹⁶ Cfr. a seguinte síntese «*International human rights law has emerged in the past two decades as an academic discipline in its own right, connected to, but also different from, general international law.*», STEVEN WHEATLEY, *The Idea of International Human Rights Law*, OUP, 2019, página 202.

É, destarte, bem mais do que uma mera divisão propedêutica, uma arrumação de estudo e pesquisa⁹⁷. Daí resultando, consequentemente, que há princípios distintivos e *desnormalizados* em face do Direito Internacional geral, há divergências várias, e algumas profundas⁹⁸.

Vários elementos, de diversa natureza, atestam esta nossa conclusão:

- O Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui, conjuntamente com, *v.g.*, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Penal Internacional, a (tentativa) de superação do paradigma assente no modelo de Vestefália e a recentração do indivíduo enquanto sujeito co-principal ou co-primordial do direito internacional.
- É profundamente impactante na desconstrução da visão clássica da soberania estadual, vazando e dentando esse perímetro outrora inexpugnável.
- A estrutura dos tratados (multilaterais) dedicados aos Direitos Humanos não é contratual. As obrigações contidas nas suas cláusulas são objectivas e verifica-se a inexistência de sinalagma. Lidamos com *tratados-leis* e não com *tratados-contratos*. Não estamos a lidar nestes tratados com obrigações recíprocas, *do ut des*, mas, outrossim, com a estatuição de direitos apondo a objectivos comuns à comunidade.
- É o ramo do Direito Internacional que poderá justamente ser apelidado como sendo o doador privilegiado no acervo do *Jus Cogens*.
- Estatui um conjunto de obrigações *erga omnes*. Em contraste com o que se passa na globalidade dos casos no Direito Internacional geral.
- É um ramo do Direito Internacional assente, no essencial, no suporte institucional de organizações internacionais.
- É intensificadamente judicializado ou quasi-judicializado, como nenhum outro ramo ou sector do Direito Internacional.
- Ao nível da interpretação das suas normas descobrem-se particulares demandas, *pro homine*, por exemplo, aqui se devendo sublinhar ainda a mui relevante doutrina (e prática) da *evolutionary interpretation*.

⁹⁷ Cfr., por exemplo, a significância de um *regime especial* «often lies in the way its norms express a unified object and purpose. Thus, their interpretation and application should, to the extent possible, reflect that object and purpose», *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006, para. 251(13).

⁹⁸ Numa imagem fácil e nada científica, sendo Direito Internacional, o nosso ramo é distintivo como o é o dos Direitos Reais em face do Direito das Obrigações e em face do Direito Civil comum. Ou, em regresso a uma das citações de entrada, e refazendo-a, à luz do que antecedeu, *one should not be afraid to «exaggerate» the autonomy of the international regime on the protection of human rights*.

- Detêm especialidades no domínio das reservas a tratados multilaterais em face do regime geral da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, constituindo um evidente critério distintivo.
- Denúncias a tratados multilaterais – também se descortinam especialidades em face do regime geral da supracitada Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.
- O princípio da Cláusula do indivíduo mais favorecido o qual significa muito simplesmente que o Direito Internacional, isto é este ramo do Direito Internacional, se apresenta despidendo *motu* próprio o clássico e horizontal princípio da auto-primazia assumido pelo Direito Internacional.

Bibliografia⁹⁹

- ALAIN PELLET, “*Human rightism*” and international law, UN, 2000
- ALAIN PELLET, *Reservations to treaties and the integrity of human rights*, in Routledge Handbook of International Human Rights Law, 2013, Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley (eds)
- AISTĖ AUGUSTAUSKAITĖ, *Consequences of Reservations to International Human Rights Treaties, Concluded in the Aftermath Of WWII*, International Comparative Jurisprudence, 2017, Volume 3, Issue 1
- AMADEU GUERRA DA FONSECA, *Protecção Internacional dos Direitos Humanos*, AAFDL, 2022
- ANNE VAN AAKEN/IULIA MOTOC, *The European Convention on Human Rights and General International Law*, OUP, 2018
- ANTONIO CASSESE, *International Law*, OUP, 2005
- BENEDETTO CONFORTI, *The Specificity of Human Rights and International Law*, in, From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma, Ulrich Fastenrath (ed.) et al., 2011, OUP
- BERTRAND G. RAMCHARAN, *The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law*, Brill, 2011
- CANÇADO TRINDADE, *Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, Colección Cuadernos de Derechos Humanos 3/95
- CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, The Hague Academy of International Law Monographs, Martinus Nijhoff, 2010
- CANÇADO TRINDADE, *The Construction of a Humanized International Law*, Brill, 2017

⁹⁹ Optamos por apresentar uma ordem alfabética que segue o primeiro nome de cada Autor, e não o último. Optamos por não incluir nesta listagem de referências quaisquer decisões judiciais (as quais vão sendo identificadas ao longo do texto que precede).

- CANÇADO TRINDADE, *The European Convention on Human Rights and General International Law: Concluding Reflections on the 2015 Strasbourg Conference*, in Anne Van Aaken/Iulia Motoc, *The European Convention on Human Rights and General International Law*, OUP, 2018
- CARLO FOCARELLI, *International Law*, Edward Elgar, 2019
- DANIEL ZOVATTO GARETTO, *En torno al derecho internacional de los derechos humanos*, Revista De Ciencias Jurídicas, (62), 1989
- DINAH SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, OUP, 2015
- ERIC NEUMAYER, *Qualified Ratification: Explaining Reservations to International Human Rights Treaties*, Journal of Legal Studies, vol. 36, June 2007
- FÁTIMA PACHECO, *Vários sistemas e várias respostas para a proteção internacional dos direitos humanos: a interação do indivíduo com as organizações internacionais*, Revista Jurídica Portucalense N.º 23, 2018
- GEIR ULFSTEIN, *Individual complaints*, in Helen Keller/Geir Ulfstein, *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, CUP, 2012
- GERMANO MARQUES DA SILVA, *Introdução ao Estudo do Direito*, UCE, 2012
- GINO J. NALDI/KONSTANTINOS MAGLIVERAS, *Human Rights and the Denunciation of Treaties and Withdrawal from International Organisations*, Polish Yearbook of International Law, vol. 33, 2014
- GLORIA GAGGIOLI, *The Strength of Evolutionary Interpretation in International Human Rights Law*, in *Evolutionary Interpretation and International Law*, Edited by Georges Abi-Saab, Kenneth Keith, Gabrielle Marceau and Clément Marquet, Hart Publishing, 2019
- GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, 2007
- HANS Kelsen, *Principles of International Law*, The Johns Hopkins University, Holt, Rinehart, 1966
- HENRY WHEATON, *Elements of International Law*, A Literal Reproduction of the 1866 Edition of Richard Henry Dana, Jr., edited by George Grafton Wilson
- HERST LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, Archon Books, 1968
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*, Adopted at the Fifty-second Session of the Human Rights Committee, on 4 November 1994
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment 26 (61), General Comments under article 40, paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights*, November, 1997
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Decision declaring a communication admissible No. 845/1999 Rawle Kennedy v. Trinidad and Tobago*, 5 November 1999
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment No. 31 [80] The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant* Adopted on 29 March 2004
- HURST HANNUM, *Rescuing Human Rights: a radically moderate approach*, CUP, 2019
- ILIAS BANTEKAS/LUTZ OETTE, *International Human Rights Law and Practice*, CUP, 2020

- INETA ZIEMELE (Ed), *Reservations to Human Rights Treaties and The Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony Or Reconciliation*, Springer, 2004
- INETA ZIEMELE/LĀSMA LIEDE, *Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6*, The European Journal of International Law Vol. 24 no. 4, 2013
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, UN Doc. A/ CN.4/ L.682, 13 April 2006
- J. DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, PF, 1994
- JAMES CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, OUP 2019
- JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, PF, 1994
- JOÃO MOTA DE CAMPOS, *As relações da ordem jurídica portuguesa com o direito internacional e o direito comunitário à luz da revisão constitucional de 1982*, Lisboa, 1985
- JOHN WESTLAKE, *International Law*, Part I, Peace, Part II, War, Cambridge, 1910 e 1913
- JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional – do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, Coimbra Editora, 2006
- JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, 2023
- JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Princípiá, 2002
- JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito Civil Como O Direito Comum Do Homem Comum*, RIDB, Ano 1, 2012, nº 1
- KAREL VASAK, *Por um direito internacional específico dos direitos do homem*, Dimensões Internacionais Dos Direitos Humanos, Karel Vasak, redactor geral, Editora Portuguesa de livros técnicos e científicos/UNESCO, 1983
- KATE PARLETT, *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, CUP, 2011
- LAURENCE R. HELFER, *Terminating Treaties*, in The Oxford Guide to Treaties, Duncan Hollis ed., Oxford University Press, 2012
- LUDOVIC HENNEBEL/HÉLÈNE TIGROUDJA, *The American Convention on Human Rights: A Commentary*, OUP, 2022
- MALCOLM N. SHAW, *International Law*, CUP, 2021
- MALGOSIA FITZMAURICE, *The practical working of the law of treaties*, in Malcolm Evans (ed), Oxford UP, 2003
- MARIANNE LAMOUR, *Are Human Rights Law Rules “Special”? Study on Interactions Between Human Rights Law Rules and Other International Law Rules*, in, Norman Weiß/ Jean-Marc Thouvenin, Editors, The Influence of Human Rights on International Law, Springer, 2015
- MENNO T. KAMMINGA, *Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law*, in, The Impact of Human Rights Law on General International Law, Menno T. Kamminga (ed.), Martin Scheinin (ed.), OUP, 2009
- MENNO T. KAMMINGA/MARTIN SCHEININ, *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, OUP, 2009

- NORMAN WEISS/JEAN-MARC THOUVENIN, Editors, *The Influence of Human Rights on International Law*, Springer, 2015
- OLIVIER DE SCHUTTER, *International Human Rights Law – Cases, Materials, Commentary*, CUP, 2019
- ORIOI CASANOVAS/ÁNGEL J. RODRIGO, *Compendio De Derecho Internacional Público*, Tecnos, 2022
- PAULO CANELAS DE CASTRO, *Direito Internacional na era da globalização: mudanças de paradigmas no sistema internacional e na ordem jurídica internacional*, in *Direito Constitucional – Diálogos em Homenagem ao 80.º aniversário de J.J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte, Fórum Ed., 2022
- PAULO CANELAS DE CASTRO, *The Dramatis Personae of International Law in the Era of Globalisation – Rethinking International Legal Personality*, in, *Advancing the Method and Practice of Transnational Law Building Bridges Across Disciplines*, Julien Chaisse (Anthology Editor), Oana Stefan (Anthology Editor), Bloomsbury, 2023
- PAULO CARDINAL, *Human Rights Brief Notes*, UMAC, 2024
- PAULO CARDINAL, *A Primazia do Direito Internacional em Macau*, in, *Direito, Transição e Continuidade – Escritos Dispersos de Direito Público de Macau*, 2017
- RUTH MACKENZIE, CESARE P. R. ROMANO, YUVAL SHANY, PHILIPPE SANDS, *The Manual on International Courts and Tribunals*, OUP, 2010
- SAMANTHA BESSON, *The Sources of International Human Rights Law: How General is General International Law?*, Samantha Besson/ Jean d’Aspremont, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, OUP, 2017
- SCOTT SHEERAN, *The relationship of international human rights law and general international law: hermeneutic constraint, or pushing the boundaries?*, in *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, 2013, Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley (eds)
- STEVEN WHEATLEY, *The Idea of International Human Rights Law*, OUP, 2019
- T.J. LAWRENCE, *The Principles of International Law*, C. Heath & CO., 1910
- THEODOR MERON, *The Humanization of International Law*, Brill, 2006
- W. A. SCHABAS, *Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform*, 32 Canadian YIL, 1994
- W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, OUP, 2015
- WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *The Law of International Human Rights Protection*, OUP, 2019
- W.E. HALL, *Treatise on International Law*, Oxford, 1890
- WLADIMIR BRITO, *Direito Internacional Público*, Almedina, 2008
- YOGESH TYAGI, *The Denunciation of Human Rights Treaties*, *British Yearbook of International Law* 2009, 01 vol. 79 iss. 1

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Entre a aparência e a realidade negocial – A simulação absoluta e os limites probatórios da sua arguição entre simuladores

Anotação à Sentença do Juízo Local Cível de Marco de Canaveses do Tribunal Judicial da Comarca do Porto Este, de 04 de outubro de 2019,
Processo n.º 390/19.1T8MCN

MIGUEL OSÓRIO DE CASTRO*

SUMÁRIO: *I. Introdução; 1. Enquadramento do litígio; 2. A Sentença do Juízo Local Cível de Marco de Canaveses; 3. Objeto da Análise; II. Análise Jurídica; 1. A Simulação; 2. A Simulação Absoluta e a Simulação Relativa; 3. O Regime de Prova da Simulação pelos Simuladores; 4. Breves Notas sobre os Terceiros no Regime da Simulação; III. Conclusões.*

RESUMO: A presente anotação analisa a sentença do Juízo Local Cível de Marco de Canaveses, de 4 de outubro de 2019, relativa à invocação de simulação absoluta de um contrato de compra e venda por um dos próprios simuladores. O problema jurídico central incide sobre o regime probatório da simulação quando arguida entre simuladores, em especial a inadmissibilidade da prova testemunhal prevista no artigo 394.º, n.º 2, do Código Civil, bem como sobre a sua articulação com a força probatória dos documentos autênticos e com a segurança do tráfego jurídico. A metodologia adotada é predominantemente dogmática, com análise do regime legal da simulação (artigos 240.º e seguintes do Código Civil), da doutrina relevante e da fundamentação da decisão judicial. Conclui-se que a decisão é juridicamente fundada, porquanto o documento autêntico junto aos autos titula negócio diverso do invocado — uma divisão de coisa comum, e não a compra e venda alegadamente simulada — e a demonstração do acordo simulatório apenas poderia

* Assistente da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona, Centro Universitário do Porto, Advogado e Mestre em Direito.

<https://orcid.org/0009-0005-9249-4443>

assentar em prova testemunhal, meio legalmente inadmissível quando a simulação é arguida pelos próprios simuladores.

PALAVRAS-CHAVE: Simulação; Simulação absoluta; Regime probatório; Prova testemunhal; Documento autêntico; artigo 394.º do Código Civil

ABSTRACT: This note analyses the judgment of the Local Civil Court of Marco de Canaveses, dated 4 October 2019, concerning the invocation of absolute simulation of a contract of sale by one of the simulators themselves. The central legal issue concerns the evidentiary regime governing simulation when invoked between simulators, in particular the inadmissibility of witness evidence under Article 394(2) of the Portuguese Civil Code, as well as its interaction with the evidentiary value of authentic instruments and the requirements of legal certainty in legal transactions. The methodology adopted is predominantly doctrinal, based on a systematic analysis of the legal framework governing simulation (Articles 240 et seq. of the Civil Code), the relevant legal scholarship, and the reasoning of the decision under review. It is concluded that the decision is legally sound on two distinct grounds: first, because the authentic instrument produced in the proceedings evidences a transaction different from the one alleged — a division of common property, and not the purportedly simulated contract of sale — so that the very object of the alleged simulation is absent; and second, because proof of the simulatory agreement could only rest on witness evidence, a means legally inadmissible where simulation is invoked by the simulators themselves. The outcome is therefore consistent with the protection of documentary evidence and the stability of legal relations.

KEYWORDS: Simulation; Absolute simulation; Evidentiary regime; Witness evidence; Authentic instruments; Article 394(2) of the Civil Code

Decisão: Do Conhecimento Imediato do Mérito da Causa:

“Os Réus invocaram, na contestação, a inviabilidade da presente ação, o que configuram como uma exceção perentória, insuprível, de conhecimento oficioso e imediato, nos termos dos arts. 571.º, n.º 2 e 579.º do Código de Processo Civil, importando a absolvição dos Réus do pedido (art. 576.º, n.º 3 do Código de Processo Civil); ou, no caso de assim não se entender, para a hipótese de se entender que a «inviabilidade da ação» não constitui «figura de direito substantivo do âmbito do fundo da causa», se declare a nulidade insanável do processo (art. 186.º, n.º 1 e n.º 2, alínea a) do Código de Processo Civil), por a causa de pedir não existir (arts. 576.º, n.º 1 e 2, 577.º, alínea b) e 578.º do Código de Processo Civil), absolvendo-se os Réus da instância.

Neste momento processual, importa, de facto, conhecer das exceções dilatórias e nulidades processuais que hajam sido suscitadas pelas partes, ou que, face aos elementos constantes dos autos o Tribunal deva apreciar oficiosamente; e/ ou conhecer imediatamente do mérito da causa, sempre que o estado do processo permitir, sem necessidade de mais provas, a apreciação, total ou parcial, do ou dos pedidos deduzidos ou de alguma exceção perentória.

Em primeiro lugar, discorda-se do entendimento dos Réus no sentido da ausência de causa de pedir, na petição inicial apresentada.

De facto, foi alegado um conjunto de fundamentos de facto e de direito que constituem a pretensão alegada pelo Autor, e integram a norma ou as normas alegadas.

No entanto, tendo em consideração o disposto no art. 394.º, n.º 2, do Código Civil, os autos fornecem já todos os elementos para que se apreciem os pedidos formulados pelo Autor. Resulta, assim, provado por documento que:

- 1) Por escritura pública de 19 de junho de 1987, lavrada no cartório Notarial do Marco de Canaveses, J. e A. e a mulher M., procederam à divisão de coisa comum, por não estarem interessados em continuar na indivisão e devido ao falecimento da mãe de J. e A., que ocorrera no dia 08 de janeiro do mesmo ano (cfr. art. 1.º da petição inicial);
- 2) O Autor e os Réus eram donos em comum, em partes iguais, de um terço indiviso dos imóveis deixados pelo pai do Autor e do Réu marido, A. S., falecido em 17 de março de 1952, no lugar de Fandinhães, na freguesia de Paços de Gaiola (cfr. art. 2.º da petição inicial);
- 3) O Autor e os Réus procederam à divisão de coisa comum, relativamente prédio rústico de cultura e videiras, sito no lugar de Quintã, descrito na Conservatória do Registo Predial deste concelho sob o número nove mil setecentos e setenta e quatro, a folhas trinta e oito, do livro B-trinta e quatro, e inscrito na matriz sob o artigo 597 (que corresponde ao atual 1140) e o prédio urbano composto de casa de dois pavimentos, sito no lugar de Quintã, descrito sob a ficha zero zero zero cinquenta e cinco, de onze de junho de mil novecentos e oitenta e sete, da freguesia de Paços de Gaiola e inscrito na mesma Conservatória, a favor dos interessados, em comum e sem determinação de parte ou direito, pela cota G-um, inscrito na matriz sob o artigo 120 (que corresponde ao atual 2503).
- 4) Ao Autor foi-lhe adjudicado o usufruto dos referidos imóveis (cfr. art. 8.º da petição inicial).

Contudo, atendendo à mesma prova documental, não está provado que:

- a) Na mesma escritura pública onde o Autor e os Réus procederam à divisão de coisa comum, o primeiro tenha feito uma venda aos segundos do prédio rústico de cultura e videiras, sito no lugar de Quintã, descrito na Conservatória do Registo Predial deste concelho sob o número nove mil setecentos e setenta e quatro, a folhas trinta e oito, do livro B-trinta e quatro, e inscrito na matriz sob o artigo 597 (que corresponde ao atual 1140) e o prédio urbano composto de casa de dois pavimentos, sito no lugar de Quintã, descrito sob a ficha zero zero zero cinquenta e cinco, de onze de junho de

mil novecentos e oitenta e sete, da freguesia de Paços de Gaiolo e inscrito na mesma Conservatória, a favor dos interessados, em comum e sem determinação de parte ou direito, pela cota G-um, inscrito na matriz sob o artigo 120 (que corresponde ao atual 2503) – cfr. arts. 6.º e 7.º da petição inicial; nem que:

- b) O Autor e os Réus acordaram a celebração aparente um contrato de compra e venda – cfr. primeira parte do art. 9.º da petição inicial.*

No aludido documento, que acompanha a petição inicial e é intitulado por “ Divisão de Coisa Comum” (contrariando, de resto, a denominação que consta do art. 24.º da petição inicial), consta expressamente que o Autor e os Réus:

«(...) procedem à divisão da seguinte forma:

Ao primeiro outorgante, J. é adjudicado o usufruto dos imóveis referidos em primeiro e quatro lugares que, atenta a sua idade, de quarenta e nove anos, tem o valor fiscal de cinquenta por cento, no valor total de cinco mil e setenta e um escudos, pelo que já recebeu, de tornas, dos segundos, a quantia de mil e sessenta e sete escudos, e fica pago.

Aos segundos outorgantes, A. e esposa é adjudicada a raiz ou nua propriedade das mesmas verbas uma e quatro e ainda as verbas dois e três, em propriedade plena, tudo no valor de sete mil duzentos e cinco escudos, pelo que já pagaram, de tornas, a quantia de mil e sessenta e sete escudos.

Que a divergência entre as atuais inscrições rústicas e as constantes do título de aquisição, resulta de alteração superveniente da matriz.

Assim o disseram e outorgaram.»

Por conseguinte, não existe qualquer “aparente celebração um contrato de compra e venda” entre o Autor e os Réus.

Tudo o que assim se refere leva-nos a concluir que é manifestamente improcedente o pedido de declaração de nulidade do “negócio de compra e venda celebrado por escritura datada de 19.06.1987 no Cartório Notarial a cargo do Licenciado António Gomes Teixeira que teve por objeto os imóveis descritos em 6. e 19. desta petição inicial”, sem necessidade de mais provas.

Os restantes pedidos formulados pelo Autor são dependentes da procedência daquele primeiro pedido, ficando assim prejudicados.

Pelo exposto, e nos termos da alínea b) do n.º 1 do art. 595.º do Código de Processo Civil, conhecendo desde já do mérito da causa, julgo improcedente, por não provada, a presente ação, absolvendo os Réus A. e M. do peticionado pelo Autor J.”

Marco de Canaveses, 04 de outubro de 2019. – Magda Silva Teixeira

ANOTAÇÃO

I – Introdução

1. Enquadramento do litígio

A sentença em análise versa sobre o regime da simulação, em particular a simulação absoluta e a possibilidade de arguição pelos próprios simuladores. A ação foi proposta por J. contra A. e M., sustentando o autor que uma escritura pública de divisão de coisa comum de 1987 encerrava, na realidade, um contrato de compra e venda simulado.

O Tribunal entendeu que os autos já forneciam todos os elementos necessários para decidir, dispensando produção adicional de prova. Julgou improcedente, por não provada, a ação, absolvendo os réus.

Ora, em virtude do falecimento da mãe de J. e A., que ocorreu no dia 08 de janeiro de 1987, e do desinteresse em continuarem na indivisão, J. e A. e a mulher M., procederam à divisão de coisa comum, por escritura pública de 19 de junho do mesmo ano.

Resulta, de facto, que o Autor e os Réus eram donos em comum, em partes iguais, de um terço indiviso dos imóveis deixados pelo pai do Autor e do Réu marido, A. S., falecido em 17 de março de 1952. Por intermédio da referida escritura pública, o Autor e os Réus procederam à divisão de coisa comum, nomeadamente:

- a) Prédio Rústico de cultura e videiras, sito no lugar de Quintã, descrito na Conservatória do Registo Predial deste concelho sob o número nove mil setecentos e setenta e quatro, a folhas trinta e oito, do livro B-trinta e quatro, e inscrito na matriz sob o artigo 597 (que corresponde ao atual 1140), e
- b) Prédio Urbano composto de casa de dois pavimentos, sito no lugar de Quintã, descrito sob a ficha zero zero zero cinquenta e cinco, de onze de junho de mil novecentos e oitenta e sete, da freguesia de Paços de Gaiolo e inscrito na mesma Conservatória, a favor dos interessados, em comum e sem determinação de parte ou direito, pela cota G-um, inscrito na matriz sob o artigo 120 (que corresponde ao atual 2503).

Da mesma escritura pública decorre que ao Autor, J., foi adjudicado o usufruto dos imóveis melhor descritos *supra*, enquanto aos Réus, A. e M., foi

adjudicada a raiz ou nua propriedade dos mesmos imóveis, em propriedade plena, com a devida regularização de tornas pelos Réus ao Autor.

Sucedo que, na sua petição inicial, vem o Autor invocar que a escritura pública encerra, de facto, um *contrato de compra e venda* dos imóveis melhor identificados *supra*, mais alegando a simulação (absoluta) de tal negócio jurídico. Na mesma peça processual, defende o Autor o conluio entre si e os Réus no sentido de defraudar os interesses dos seus credores e “*por pensar que não tinha filhos*”. Em suma, defende que nunca as partes tiveram a intenção de contratar (o contrato de compra e venda, atente-se), tanto que os Réus nunca pagaram qualquer preço pela aquisição da nua propriedade dos imóveis.

Amparam-se os Réus na invocação de uma exceção de “*inviabilidade da petição inicial*” configurada como exceção perentória, insuprível, de conhecimento oficioso e imediato, importando a absolvição dos Réus do pedido. Sem prescindir, os Réus propugnam pela declaração de nulidade insanável do processo, por a causa de pedir não existir, absolvendo-se os Réus da instância. Por fim, igualmente sem escusar os meios de defesa previamente arguidos, peticionam os Réus que a ação seja julgada improcedente, por não provada, e, em consequência, sejam os Réus absolvidos do pedido.

Esclarecidos os factos essenciais que deram origem à causa, importa, seguidamente, explicitar a decisão do Juízo Local Cível de Marco de Canaveses do Tribunal Judicial da Comarca do Porto Este, assinalando o seu mérito.

2. A sentença do Juízo Local Cível de Marco de Canaveses do Tribunal Judicial da Comarca do Porto Este

Chamado a pronunciar-se sobre a questão que *supra* se identificou, o Juízo Local Cível de Marco de Canaveses do Tribunal Judicial da Comarca de Porto entendeu que os autos já forneciam todos os elementos necessários à apreciação da causa. Assim, ultrapassando as exceções invocadas pelos Réus – exceção perentória de “*inviabilidade da petição inicial*” e exceção dilatória de inexistência de causa de pedir –, o Tribunal proferiu um despacho saneador-sentença, no âmbito do qual julgou improcedente, por não provada, a ação proposta pelo Autor, J., absolvendo os Réus, A. e M.

Para tanto, considerou provado, por documento, que: as partes procederam à *divisão de coisa comum*, por escritura pública de 19 de junho de 1987, lavrada no cartório Notarial do Marco de Canaveses; as partes eram donas em comum, em partes iguais de um terço indiviso dos imóveis deixados pelos pai do Autor e do Réu marido, melhor identificados nas duas alíneas do ponto anterior desta exposição; a divisão de coisa comum incidiu sobre os referidos imóveis;

ao Autor foi-lhe adjudicado o usufruto dos imóveis. Não ficaram provadas as alegações do Autor de celebração de um contrato de compra e venda daqueles imóveis, titulado pela escritura pública de 19 de junho de 1987 e de acordo entre as partes quanto à celebração aparente de um contrato de compra e venda.

De excerto da escritura pública em crise, transcrito pelo Tribunal na douda sentença, resulta, aliás, que as partes acordam na divisão dos imóveis comuns no sentido da atribuição de usufruto ao Autor e da nua propriedade aos Réus, mediante o pagamento – já efetuado – das devidas tornas pelos Réus ao Autor. Como resulta da sentença, “*não existe qualquer “aparente celebração de um contrato de compra e venda” entre o Autor e os Réus*” – a prova documental assim o atesta, “*sem necessidade de mais provas*”.

Em suma, basta-se o Tribunal com a prova documental junta aos autos para julgar improcedentes todos os pedidos do Autor, já que os restantes pedidos formulados eram dependentes da procedência daquele primeiro pedido – aparente celebração de um contrato de compra e venda entre as partes –, ficando assim prejudicados. Importa, desde já, assinalar – ponto que retomaremos adiante – que a fundamentação da sentença se move em dois planos distintos: num primeiro plano, o Tribunal serve-se da força probatória plena da escritura pública para fixar o que foi efetivamente declarado pelas partes, concluindo que o negócio documentado é uma divisão de coisa comum e não a compra e venda alegada, pelo que falha o próprio objeto da simulação invocada; num segundo plano, e só então, convoca o artigo 394.º, n.º 2, do Código Civil para concluir que a demonstração do acordo simulatório, contra o teor do documento, não poderia fazer-se por prova testemunhal, sendo, por isso, inútil o prosseguimento dos autos.

3. Objeto da análise

Concordamos com a decisão, que aplica de forma rigorosa o regime da simulação previsto nos artigos 240.º e seguintes do Código Civil, com especial incidência no artigo 394.º, n.º 2 (doravante, CC). A questão central reside na (in)admissibilidade da prova testemunhal quando a simulação é invocada pelos próprios simuladores. Importa, desde já, assinalar — ponto que retomaremos adiante – que a fundamentação da sentença se move em dois planos distintos: num primeiro plano, o Tribunal serve-se da força probatória plena da escritura pública para fixar o que foi efetivamente declarado pelas partes, concluindo que o negócio documentado é uma divisão de coisa comum e não a compra e venda alegada, pelo que falha o próprio objeto da simulação invocada; num segundo plano, e só então, convoca o artigo 394.º, n.º 2, do Código Civil para concluir

que a demonstração do acordo simulatório, contra o teor do documento, não poderia fazer-se por prova testemunhal, sendo, por isso, inútil o prosseguimento dos autos.

No nosso entendimento, o Juízo Local Cível de Marco de Canaveses do Tribunal Judicial da Comarca de Porto decidiu corretamente a causa que lhe foi submetida, que, apesar de aparentemente singela, levanta diversas questões jurídicas, todas elas enlaçadas no regime da simulação, previsto nos artigos 240.º e segs., bem como no n.º 2 do artigo 394.º, todos do CC – este último especialmente relevante para o caso em apreço.

A análise jurídica que nos propomos a efetuar prender-se-á com o regime da simulação, com especial enfoque na modalidade de simulação absoluta. Dentro deste regime interessa a hipótese de arguição da simulação entre simuladores e as restrições legais ao recurso à prova testemunhal (n.º 2 do artigo 394.º do CC) e, por inerência, à prova por presunções judiciais (artigo 351.º do CC). Interessa, ainda, e de forma preliminar, a delimitação do alcance da força probatória plena do documento autêntico (artigos 371.º e 372.º do CC), na medida em que a exata compreensão da decisão anotada pressupõe a distinção entre o plano da prova plena das declarações documentadas e o plano da admissibilidade dos meios de prova do acordo simulatório.

Acresce que a presente anotação não se limita à apreciação da correção técnico-jurídica da decisão, pretendendo, antes, expor criticamente o alcance dogmático e sistemático do regime probatório aplicável à simulação quando esta é arguida pelos próprios simuladores, em particular no confronto entre a letra do artigo 394.º, n.º 2, do Código Civil e as soluções interpretativas que vêm sendo sustentadas pela doutrina dominante. Visa-se, assim, aferir em que medida a leitura restritiva do preceito, que admite a prova testemunhal apenas como complemento de um início de prova documental, se revela compatível com a função de tutela da segurança do tráfego jurídico e com a proteção da força probatória dos documentos.

Por outro lado, a análise será igualmente desenvolvida à luz da articulação do regime da simulação com a posição jurídica de terceiros, designadamente no que respeita ao regime da inoponibilidade da simulação a terceiros de boa-fé, previsto no artigo 243.º do Código Civil, e à distinção entre a disciplina aplicável à arguição da simulação por simuladores e a que rege a sua arguição por terceiros. Nesta perspetiva, pretende-se evidenciar a coerência interna do sistema, bem como os critérios dogmáticos que devem presidir à delimitação dos respetivos regimes probatórios e de tutela da confiança, tal como resultam da interpretação conjugada dos artigos 394.º, 243.º e 291.º do Código Civil.

II – Análise Jurídica

1. A simulação

O caso *sub judice* inscreve-se no âmbito do regime jurídico da simulação, instituto nuclear da teoria geral do negócio jurídico, densificado nos artigos 240.º e seguintes do Código Civil, e cuja disciplina probatória assume particular relevo no contexto da presente decisão, em especial à luz do disposto no artigo 394.º, n.º 2, do mesmo diploma. A presente anotação incide, por isso, sobre a estrutura dogmática da simulação e sobre o respetivo regime jurídico, tomando como ponto de partida a decisão do Juízo Local Cível de Marco de Canaveses, e visando proceder a uma análise sistemática do instituto, indispensável ao correto enquadramento normativo e dogmático das soluções adotadas pelo Tribunal.

A simulação reflete-se numa das modalidades de divergência entre a vontade e a declaração, podendo tal desvio decorrer “tanto do facto de ele – leia-se, o autor da declaração – não querer efetivamente o negócio consubstanciado na declaração – podendo querer ou não negócio diverso do celebrado –, como de não ter adotado o comportamento adequado à revelação da sua vontade”¹. Note-se que a simulação inserir-se-á, inevitavelmente, no primeiro grupo apontado de divergências entre a vontade e a declaração. De qualquer modo, sempre importará determinar qual o destino a dar ao negócio.

Apesar da formulação genérica apresentada *supra*, é certo que as divergências entre a vontade e a declaração podem categorizar-se segundo diversos critérios, interessando-nos, sobretudo, a distinção entre divergências *intencionais* e *não intencionais* e, dentro das divergências intencionais, a diferenciação entre divergências *não enganosas* e *enganosas*. Nesta última categoria de desvios entre a vontade e a declaração, podemos ainda distinguir entre divergências *inocentes* e *fraudulentas*.

Nas divergências intencionais, “a vontade do declarante dirige-se à própria divergência; ele quer (psicologicamente) uma coisa, mas declara intencionalmente querer outra”². Todas as outras divergências que não se enquadrem nesta descrição subjetiva serão categorizadas como não intencionais. No âmbito das divergências intencionais, pode ou não existir *animus decipiendi*, ou seja, pode o declarante ter ou não em vista enganar outrem, dizendo-se, então, que a divergência pode ser enganosa ou não enganosa. A simulação corresponderá, forçosamente,

¹ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3.ª edição revista e atualizada, Lisboa, 2001, p. 277

² *Ibidem*, p. 278

a uma divergência *intencional enganosa*. Por fim, paralela à intenção de enganar outrem pode subsistir a intenção de prejudicar, sendo a divergência intencional enganosa, igualmente, fraudulenta, por revestida de *animus nocendi*. Não existindo tal intenção fraudulenta, a divergência diz-se inocente. Apesar de intencional e enganosa, poderá, então, a simulação ser inocente ou fraudulenta³.

Feita esta categorização inicial, importa definir o que se entende por simulação. Numa adaptação à definição do legislador, Carvalho Fernandes⁴ define a simulação como o “*acordo (ou conluio) entre o declarante e o declaratário, no sentido de celebrarem um negócio que não corresponde à sua vontade real e no intuito de enganarem terceiros*”. Desta definição, e segundo a doutrina tradicional, decorre que, para existir simulação, devem encontrar-se três requisitos em presença: a divergência entre a vontade real e a declarada; acordo ou conluio (*pactum simulationis*) entre as partes e intenção de enganar terceiros (*animus decipiendi*)⁵.

Segundo esta corrente doutrinal, e transpondo os dados do caso em análise para esta exposição jurídica, para que estivéssemos em face de uma simulação, teríamos, então, de cumular a existência de uma divergência entre a vontade real (nada contratar) e a vontade declarada (segundo o Autor J., efetuar um contrato de compra e venda) a um *pactum simulationis* entre declarante e declaratários, ou seja, entre Autor e Réus, tendo, ainda, de ser identificável uma intenção de enganar (e já não de prejudicar, como vimos *supra*) terceiros – sendo que, no caso presente, na tese do Autor, haveria mesmo a intenção de prejudicar os seus credores.

Carlos Ferreira de Almeida, por sua vez, e prosseguindo a análise jurídica, considera o primeiro requisito apontado pela doutrina tradicional “*pre-conceituoso*”, já que a referência à vontade é “*irrealista*”, porque não é suscetível de reproduzir corretamente a realidade que pretende descrever⁶. Segundo o mesmo autor, a tónica da simulação está na “*divergência*”, na “*incompatibilidade*” e na “*contradição*” entre declarações negociais, uma “*ostensiva ou externa*” e outra “*oculta ou interna*”, resolvendo-se a contradição “*pela prevalência que o pacto simulatório (ou contradecaração) confere à declaração interna*”⁷.

O requisito do pacto ou acordo simulatório levanta diversas questões. Desde logo, pretende-se saber qual a sua natureza: “*acordo, mas não negócio jurí-*

³ No mesmo sentido, vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07 de maio de 2009, proferido no âmbito do processo n.º 6092/05.9TBOER-8, disponível em www.dgsi.pt

⁴ *Ibidem*, p. 280

⁵ No mesmo sentido, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de outubro de 2003, proferido no âmbito do processo n.º 03B2536, disponível em www.dgsi.pt

⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos V, Invalidade*, 2.ª edição, Coimbra, 2020, pp. 98 e 99.

⁷ *Ibidem*, p. 99

dico; ato jurídico preparatório não vinculante; contrato declarativo”⁸. Carlos Ferreira de Almeida defende que o acordo simulatório pode reconduzir-se a um “contrato (modificativo), visto ser um acordo com efeitos jurídicos, performativo e reflexivo, isto é, com efeitos para as partes conformes ao seu significado (...) A inexistência de obrigatoriedade não exclui a natureza contratual, apenas o efeito obrigacional”⁹.

Levanta-se, ainda, uma segunda questão quanto ao requisito do *pactum simulationis*, que se prende com a questão de saber se poderemos estar em presença de uma simulação no âmbito de negócios unilaterais (em particular não recipiendos), já que o conluio exige, tipicamente, a existência de duas partes, como sucede nos negócios bilaterais. No caso presente, esta segunda questão não se coloca, uma vez que nos encontramos perante a alegação de um contrato de compra e venda simulado, que compreende um negócio bilateral. Porém, num esforço de enquadramento da questão subjacente à decisão que ora se comenta, referenciaremos a questão.

O tema não é totalmente líquido, porém, entende a doutrina maioritária, encabeçada por Galvão Telles¹⁰, que, tendo a simulação, de facto, o seu campo de aplicação máxima nos contratos, não existirá qualquer real impedimento à verificação do instituto em negócios jurídicos unilaterais¹¹, onde se concebe a presença de um acordo simulatório entre declarante e destinatário final, ou até mero beneficiário, da declaração, com a intenção de enganar terceiros¹². Por conseguinte, na hipótese de simulação no domínio dos negócios unilaterais recipiendos, este segundo requisito do pacto simulatório deverá ser substituído pela declaração do declarante¹³. Em sentido diverso, Rodrigues Bastos delimita a simulação ao domínio dos contratos e aos negócios bilaterais receptícios.

Relativamente a este ponto da nossa análise cumpre, igualmente, apontar que Carlos Ferreira de Almeida entende que existem pelo menos dois acordos envolvidos na simulação, sendo eles, o contrato simulado e o pacto simulatório, aos quais acresce o contrato dissimulado na simulação relativa. Mais nos diz que “a existência de uma pluralidade de acordos não consonantes implica (mais uma tautologia) que, em cada um dos acordos contraditórios, sejam divergentes as declarações de cada

⁸ *Ibidem*, p. 100

⁹ *Ibidem*, p. 100

¹⁰ UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA, FACULDADE DE DIREITO, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa, 2014, p. 554

¹¹ No mesmo sentido, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do processo n.º 2936/07.9TTBCL.G1.S1, disponível em www.dgsi.pt

¹² CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3.ª edição revista e atualizada, Lisboa, 2001, p. 281

¹³ UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA, FACULDADE DE DIREITO, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa, 2014, p. 554

um dos intervenientes. Também se pode, pois, dizer que a simulação se caracteriza por divergência entre acordos”¹⁴.

Por fim, note-se que o n.º 1 do artigo 240.º do CC refere, expressamente, o terceiro requisito da simulação apontado pela doutrina tradicional, ou seja, o “*intuito de enganar terceiros*”. Escreveu Beleza dos Santos que “*a prova da simulação é muitas vezes difícil, porque os simuladores ocultam as suas intenções, esforçando-se por tornar verosímil o que há de fictício no ato que praticam.*”¹⁵ Neste seguimento, Carlos Ferreira de Almeida coloca a hipótese, quanto a este requisito do *animus decipiendi*, de, numa determinada ação judicial, o autor conseguir provar os restantes requisitos da simulação (que, para este autor, se refletirá apenas na prova do pacto simulatório) mas nada lograr provar quanto à intenção de enganar dos simuladores. Nesta conjectura, considera o autor que o Tribunal deverá julgar procedente o pedido, aplicando diretamente o regime da simulação, “*interpretando o «intuito de enganar terceiros» como «ocultação», porque a finalidade mais comum para ocultar é enganar*”¹⁶. Tal solução permite, também, aceitar que haja simulação quando a pessoa prejudicada é um dos contraentes.

Afigura-se-nos, desde logo, que a tripartição clássica dos requisitos da simulação – divergência entre vontade real e declarada, pacto simulatório e intenção de enganar terceiros – deve ser compreendida não de forma estanque, mas como elementos funcionalmente conexos. A leitura meramente formal destes requisitos corre o risco de reduzir o instituto a um exercício dogmático pouco sensível à *sua ratio*: a tutela da confiança negocial e da boa fé no tráfego jurídico. Assim, mais do que aferir isoladamente a presença de cada requisito, importa ponderar o modo como, no caso concreto, esses elementos concorrem para a criação de uma aparência enganosa objetivamente apta a induzir terceiros em erro.

Concordando com Carlos Ferreira de Almeida quanto ao caráter “*irrealista*” de uma reconstrução centrada na vontade interna, parece-nos, contudo, que a solução não pode passar por uma eliminação completa do requisito da divergência psicológica. A exigência de uma discrepância intencional entre o que se declara e o que se quer continua a ser a pedra angular que distingue a simulação de outras figuras próximas, como o erro ou a reserva mental. A posição que nos parece razoável é, pois, intermédia: reconhecemos a insuficiência de uma abordagem puramente volitiva, mas mantemos que a intencionalidade da divergência não pode ser descartada sob pena de se perder a identidade conceptual da simulação.

¹⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos V, Invalidade*, 2.ª edição, Coimbra, 2020, pp. 100 e 101.

¹⁵ *Ibidem*, p. 102

¹⁶ *Ibidem*, p. 103

Relativamente ao *pactum simulationis*, entendemos que a sua caracterização como contrato declarativo, conforme propõe Carlos Ferreira de Almeida, oferece uma explicação convincente do fenómeno. Contudo, não acompanhamos a extensão ilimitada dessa construção a todo o domínio dos negócios unilaterais. A nosso ver, admitir a simulação em negócios unilaterais não recipiendos levanta sérias dificuldades, pois falta aqui a base mínima de acordo intersubjetivo que justifica a categoria da simulação. A simulação unilateral corre o risco de confundir-se com a reserva mental, instituto com regime e consequências distintos.

Por fim, no que toca ao *animus decipiendi*, julgamos que este requisito deve ser preservado na sua formulação clássica. A mera ocultação não é, a nosso ver, suficiente para caracterizar a simulação: é necessário que a conduta seja objetivamente dirigida a enganar outrem, ainda que o grau de concretização dessa intenção varie. Entendemos que uma solução diversa abriria espaço a uma excessiva elasticidade do instituto, tornando-o suscetível de aplicação a situações em que está ausente a dimensão de fraude negocial que justifica a sua sanção. Assim, preferimos manter uma interpretação exigente do *animus decipiendi*, reforçando a coerência sistemática do regime.

2. A simulação absoluta e a simulação relativa

Outro modo de categorizar a simulação, prende-se com o tipo de divergência verificada, podendo, então, a simulação classificar-se em *absoluta* ou *relativa*.

Na simulação absoluta, as partes celebram um negócio, mas, na realidade, não querem celebrar qualquer tipo de negócio – nem o simulado, nem qualquer outro¹⁷. É o caso com que nos presenteiam as alegações do Autor, na sua petição inicial, ao defender a existência de um contrato de compra e venda simulado, sem qualquer intuito de celebrar qualquer outro negócio. Já na simulação relativa as partes declaram querer um determinado negócio, quanto, de facto, querem outro¹⁸ – dá-se, assim, a circunstância do negócio simulado encobrir um outro, o negócio dissimulado, que é aquele que as partes efetivamente querem celebrar¹⁹.

¹⁷ Neste sentido, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16 de janeiro de 2018, proferido no âmbito do processo n.º 1094/14.7TBLRA.C1, disponível em www.dgsi.pt

¹⁸ Neste sentido, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 15 de novembro de 2018, proferido no âmbito do processo n.º 2544/16.3T8BRG.G1, disponível em www.dgsi.pt

¹⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos V, Invalidade*, 2.ª edição, Coimbra, 2020, p. 103

A configuração legal da simulação relativa (n.º 1 do artigo 241.º do CC), à qual adere a doutrina dominante, faz intuir a existência de dois negócios distintos (o simulado e o dissimulado) que devem merecer tratamento autónomo.

Porém, segundo alguma doutrina minoritária, encabeçada por Cunha Gonçalves, “*não há, na realidade, dois negócios, não sendo a chamada convenção aparente mais do que «o meio» de realizar a secreta*”²⁰. Para estes autores, existe uma conceção unitária do negócio, em que “*a reconstituição do negócio dissimulado só se torna possível a partir dos elementos de forma e de substância do simulado*”²¹. Carvalho Fernandes e Beleza dos Santos, por sua vez, integram a doutrina majoritária, que, tal como já se disse *supra*, defende a existência de dois negócios jurídicos, tendo mesmo defendido o segundo autor que “*na simulação não há um ato que se transforma, há um ato aparente que é nulo e um ato real que foi querido pelas partes e que não é a transformação do primeiro*”²². Por conseguinte, “*por detrás do negócio simulado, ou aparente, fictício ou ostensivo, há um negócio dissimulado, ou real, latente ou oculto («colorem habet, substantiam vero alteram»)*”²³.

Carlos Ferreira de Almeida, por sua vez, defende que, salvo situações excecionais, em que os simuladores se tenham munido de contradecaração, “*o contrato dissimulado compõe-se idealmente a partir do contrato simulado com as alterações constantes do pacto simulatório, do qual resultam os elementos que não valem no contrato simulado e aqueles outros que os substituem ou que são aditados. O texto do contrato dissimulado reconstitui-se pois pela justaposição integrada de enunciados, retirados uns da remissão para o contrato simulado e outros do pacto simulatório*”²⁴.

Esta distinção entre simulação absoluta e simulação relativa é particularmente relevante aquando da fixação dos efeitos da simulação. Se na simulação absoluta bastamo-nos com a análise do negócio simulado – que não trará grandes dificuldades –, na simulação relativa teremos de nos ater a dois negócios jurídicos, sendo especialmente desafiante a definição dos efeitos da simulação sobre o negócio dissimulado.

O legislador prevê a nulidade *tout court* do negócio simulado, no n.º 2 do artigo 240.º do CC – valendo tal nulidade tanto para o negócio simulado na simulação absoluta como na simulação relativa. Mota Pinto defende ser esta

²⁰ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3.ª edição revista e atualizada, Lisboa, 2001, p. 283

²¹ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3.ª edição revista e atualizada, Lisboa, 2001, p. 284

²² BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, 1921, p. 352

²³ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005, p. 468

²⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos V, Invalidade*, 2.ª edição, Coimbra, 2020, p. 104

a única solução razoável, já que os interesses do declaratário não devem ser atendidos, posto que este interveio no “*pactum simulationis*”.²⁵ Merecendo ponderação os interesses de terceiros de boa fé, “*o tratamento daqueles interesses não exige mais do que a inoponibilidade, em relação aos seus titulares, da nulidade e não vai ao ponto de reclamar para a situação a forma menos grave de invalidade: a anulabilidade*”²⁶.

Na perspetiva de Carvalho Fernandes e de Mota Pinto²⁷, o regime de arguição da nulidade da simulação pode ser resumido nos seguintes pontos²⁸: nos termos do disposto no artigo 286.º do CC, para o qual remete o artigo 242.º do CC, qualquer interessado pode invocar a nulidade, podendo o tribunal declará-la oficiosamente; na senda do Assento de 10 de maio de 1950, que fixou o regime segundo o qual “*os próprios simuladores podem invocar em juízo, um contra o outro, a simulação, embora fraudulenta*”, o n.º 1 do artigo 242.º do CC continua a prever que “*a nulidade do negócio simulado pode ser arguida pelos próprios simuladores entre si, ainda que a simulação seja fraudulenta*; a simulação pode ser invocada tanto por via de ação, como por via de exceção (n.º 2 do artigo 287.º do CC); por fim, a nulidade pode ser arguida a todo o tempo, nos termos do disposto no artigo 286.º do CC, quer o negócio tenha sido cumprido ou não. Em sentido diverso, Menezes Cordeiro considera não se tratar aqui de uma nulidade arguível nos termos gerais, já que “*«não se trata de verdadeira nulidade», pelo facto de não poder ser invocada por qualquer interessado nem poder ser declarada oficiosamente pelo tribunal*”²⁹. De igual modo, defende que a circunstância da simulação não poder ser arguida contra terceiros de boa fé contribui para conferir à nulidade prescrita o caráter de nulidade atípica³⁰. Defende-se, no entanto, que o que está verdadeiramente em causa no artigo 243.º do CC é a previsão de uma forma específica de ineficácia relativa, ou seja, a inoponibilidade³¹.

Já o valor do negócio dissimulado, questão que apenas se levanta na simulação relativa, como já vimos, é definido pelo legislador nos seguintes termos:

²⁵ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005, p. 468

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA, FACULDADE DE DIREITO, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa, 2014, p. 557

²⁸ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005, p. 468 e 469

²⁹ UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA, FACULDADE DE DIREITO, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa, 2014, p. 557

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

“Artigo 241.º
(Simulação relativa)

1. Quando sob o negócio simulado exista um outro que as partes quiseram realizar, é aplicável a este o regime que lhe corresponderia se fosse concluído sem dissimulação, não sendo a sua validade prejudicada pela nulidade do negócio simulado.

2. Se, porém, o negócio dissimulado for de natureza formal, só é válido se tiver sido observada a forma exigida por lei.”

A solução legal vai ao encontro da apreciação autónoma do negócio dissimulado³², como se não tivesse havido simulação. Por conseguinte, “o negócio dissimulado não é prejudicado, no seu valor, pela simulação, mas pode sê-lo, naturalmente, por nele ocorrerem outros vícios”³³. Poderá, então, “o negócio jurídico latente ser plenamente válido e eficaz ou poderá ser inválido, consoante as consequências que teriam lugar, se tivesse sido abertamente concluído”³⁴.

O n.º 2 do transcrito artigo 241.º do CC pretende acautelar os previsíveis vícios de forma que possam ocorrer, determinando que o negócio dissimulado de natureza formal apenas é válido se se verificar a forma legalmente exigida³⁵. O negócio será, então, nulo por vício de forma, mesmo que as formalidades exigidas para o negócio ostensivo tenham sido acauteladas³⁶. De igual modo, se forem acautelados os formalismos legalmente exigidos para o negócio dissimulado, este será válido, ainda que a forma mais exigente do negócio aparente não seja observada. Se, em paralelo ao negócio simulado, houver uma contradecaração que preencha os requisitos formais exigidos para o negócio latente, dúvidas não restam de que este último negócio é válido³⁷.

Os problemas levantam-se quando não existe contradecaração, sendo, todavia, observados os formalismos exigidos para o negócio dissimulado, apesar da documentação apenas atestar o negócio aparente e não o negócio latente.

A doutrina tem vindo a dividir-se na procura de solução para este problema. A doutrina maioritária defende a obrigatoriedade de existência de uma contradecaração com a forma legalmente exigida para o negócio dissimulado,

³² Neste sentido, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 2019, proferido no âmbito do processo n.º 2544/16.3T8BRG.G1.S2, disponível em www.dgsi.pt

³³ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3.ª edição revista e atualizada, Lisboa, 2001, p. 290

³⁴ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005, p. 471

³⁵ Neste sentido, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 2002, proferido no âmbito do processo n.º 03A1565, disponível em www.dgsi.pt

³⁶ *Ibidem*, p. 473

³⁷ *Ibidem*.

para que este possa ser considerado válido. Já a doutrina minoritária, “*considerando que a razão de exigência de forma não abrange a causa da transmissão (o facto de esta se dar a título de doação ou de venda), admite a validade formal da venda ou da doação ocultas, apesar de apenas constarem do documento autêntico, respetivamente, a doação ou a venda aparentes (dispensando, portanto, a existência de uma contradecaração formalmente bastante)*”³⁸. Visto está que este segmento doutrinal apoia-se, sobretudo, nas razões inerentes à exigência legal de forma para aferir da validade do negócio dissimulado, sendo tais razões de três ordens: “*i) proporcionar às partes uma reflexão e uma ponderação acerca do alcance do negócio jurídico a celebrar; ii) permitir uma prova segura do negócio celebrado; iii) assegurar um controlo da legalidade da transação negocial*”³⁹.

Carvalho Fernandes, na senda de Manuel de Andrade, preconizador da doutrina minoritária mencionada *supra* e que sustentou semelhante solução no anteprojeto do Código Civil⁴⁰, entende que “*sendo, por definição, o negócio dissimulado formal, importa apurar primariamente quais as razões determinantes da exigência de forma. De seguida, cabe perguntar se essas razões valem para a generalidade das estipulações do negócio ou apenas para algumas, e quais. Apurados estes pontos, o negócio dissimulado formal é válido, desde que no documento onde se consubstancia o simulado, ou em qualquer outro (que revista as formalidades exigidas por lei), constem os elementos para os quais seja determinante a exigência de forma legal*”⁴¹. Carlos Ferreira de Almeida defende solução semelhante, explicitando, por sua vez, que os elementos do contrato abrangidos pela exigência de forma legal serão, por regra, todos aqueles que não revistam a natureza de estipulações acessórias, nos termos do disposto no artigo 221.^o⁴². Por sua vez, Mota Pinto defende que o preceito do n.º 2 do artigo 241.^o do CC segue a solução preconizada por Beleza dos Santos, reconhecida no Assento de 23 de julho de 1952 e que rejeita a visão de Manuel de Andrade, em prol de uma maior segurança na aplicação da lei, nomeadamente do n.º 2 do artigo 241.^o do CC⁴³.

³⁸ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005, p. 474

³⁹ UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA, FACULDADE DE DIREITO, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa, 2014, p. 559

⁴⁰ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005, p. 475

⁴¹ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3.^a edição revista e atualizada, Lisboa, 2001, pp. 293 e 294

⁴² CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos V, Invalidade*, 2.^a edição, Coimbra, 2020, p. 105

⁴³ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005, pp. 474 e 475

Podemos, ainda, apontar uma terceira vertente doutrinária que, quanto a esta questão da validade formal do negócio dissimulado, defende que será de validar *in totum* o negócio latente, desde que a sua forma tenha sido observada aquando da celebração do negócio simulado. Como bem assinala Carlos Ferreira de Almeida, “*esta orientação, além de ser contra legem, porque ignora a distinção legal entre o negócio simulado nulo e o negócio dissimulado eventualmente válido, tem como consequência absurda premiar a simulação, que é ato ilícito, por ser menos exigente quanto à forma de negócios jurídicos dissimulados do que seria para os correspondentes negócios jurídicos transparentes*”⁴⁴.

Do ponto de vista da presente anotação, e à luz do enquadramento dogmático exposto, entendemos que a distinção entre simulação absoluta e simulação relativa continua a assumir um papel estruturante na determinação do regime jurídico aplicável, não apenas quanto aos efeitos do negócio aparente, mas, sobretudo, quanto à própria função da disciplina da simulação no sistema do negócio jurídico. Na simulação absoluta, a solução legal de nulidade do negócio simulado apresenta-se como linear e inteiramente coerente com a inexistência de qualquer vontade negocial real, ao passo que, na simulação relativa, a autonomização do negócio dissimulado, nos termos do artigo 241.º do Código Civil, constitui uma opção sistematicamente fundada, por permitir salvaguardar, na medida do possível, a vontade efetivamente prosseguida pelas partes, sem, contudo, desvalorizar a ilicitude da criação da aparência negocial.

Por outro lado, acompanhamos a orientação maioritária segundo a qual a apreciação da validade do negócio dissimulado deve ser efetuada de forma autónoma e rigorosa, em especial no plano dos requisitos formais, rejeitando soluções que, direta ou indiretamente, acabem por premiar a simulação enquanto comportamento juridicamente censurável. Neste sentido, afigura-se-nos decisivo que a solução acolhida pelo intérprete respeite a distinção legal entre o negócio simulado, necessariamente nulo, e o negócio dissimulado, apenas eventualmente válido, nos termos do artigo 241.º do Código Civil, devendo a exigência de forma legal ser apreciada à luz das razões que a justificam, mas sem flexibilizações que comprometam a função de controlo, de segurança e de certeza que o legislador pretendeu assegurar através do formalismo negocial.

O enquadramento da simulação arguida pelo Autor, na sua petição inicial, não traz qualquer tipo de dificuldade, sendo certo que nos deparamos com uma alegação de simulação absoluta. Nos termos *supra* explanados, tal implicaria a nulidade do alegado contrato de compra e venda celebrado entre as partes, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 240.º do CC. Mesmo fraudulenta, pode

⁴⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos V, Invalidade*, 2.ª edição, Coimbra, 2020, p. 107

a simulação ser invocada em juízo pelos simuladores, como fez, alegadamente, o Autor, podendo fazê-lo por via de ação e a todo o tempo.

3. O regime de prova da simulação pelos simuladores

O artigo 394.º, n.º 2, CC estabelece a inadmissibilidade da prova testemunhal (e, por arrastamento, das presunções judiciais – artigo 351.º CC) quando a simulação é invocada pelos próprios simuladores. Apenas a prova documental ou a confissão são admitidas.

A doutrina (Vaz Serra, Mota Pinto, Pinto Monteiro, Carvalho Fernandes) admite, de forma restritiva, a prova testemunhal como *complemento de prova documental*, nunca como meio autónomo.

No caso analisado, o autor pretendia sustentar as suas alegações exclusivamente com prova testemunhal, o que se mostra legal e doutrinariamente inadmissível.

Na arguição da simulação pelos simuladores, é indiferente, na letra da lei, se a invocação é feita entre si ou em relação a terceiros. Porém, sempre teremos de nos ater às limitações constantes dos n.ºs 1 e 2 do artigo 394.º do CC, que dispõem o seguinte:

“Artigo 394.º

(Convenções contra o conteúdo de documentos ou além dele)

1. *É inadmissível a prova por testemunhas, se tiver por objeto quaisquer convenções contrárias ou adicionais ao conteúdo de documento autêntico ou dos documentos particulares mencionados nos artigos 373.º a 379.º, quer as convenções sejam anteriores à formação do documento ou contemporâneas dele, quer sejam posteriores.*

2. *A proibição do número anterior aplica-se ao acordo simulatório e ao negócio dissimulado, quando invocados pelos simuladores.”*

Indiretamente, a prova da simulação pelos simuladores sofre a restrição constante do artigo 351.º do CC, que determina que “*as presunções judiciais só são admitidas nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal*”.

Quer isto significar que os simuladores apenas poderão recorrer livremente à prova por confissão e à prova documental, quando pretendam arrogar-se da simulação, porquanto a prova pericial revestirá diminuta importância neste domínio.

Note-se que “*a existência de pactos contrários ou adicionais ao conteúdo de documentos suscita, em primeiro lugar, a questão da sua validade ou eficácia. Apenas quando essas convenções possam ser consideradas válidas (cfr. artigo 221.º e 222.º) justificar-se-á*

analisar quais os meios de prova que podem ser convocados para fazer prova dos mesmos”⁴⁵. Sendo válidas, levanta-se, então, a questão da (in)admissibilidade do recurso à prova testemunhal.

Não obstante o teor literal das disposições referenciadas *supra*, a doutrina, onde se incluem Vaz Serra, Mota Pinto, Pinto Monteiro e Carvalho Fernandes, tem vindo a defender uma interpretação restritiva daqueles preceitos⁴⁶. Os autores desta corrente doutrinária aceitam “*em casos particulares, o recurso à prova testemunhal, em complemento da prova documental, mas não são inteiramente coincidentes os termos em que a admitem*”⁴⁷.

Vaz Serra efetuou um estudo destinado aos trabalhos preparatórios do atual Código Civil, no âmbito do qual formulou um preceito que “*admitiria os simuladores a fazer uso, a título excecional, da prova por testemunhas nos seguintes dois casos: existência de começo de prova escrita, «proveniente daquele contra quem a ação é dirigida ou do seu representante», ou quando, por efeito «da qualidade das partes, da natureza do contrato ou de outra circunstância, seja verosímil que tenham sido feitas» contradecarações; impossibilidade moral ou material de obtenção de prova escrita*”⁴⁸. Em adição a estas duas exceções previstas no âmbito do seu estudo, Vaz Serra ainda veio a defender uma terceira exceção: a perda não culposa do documento que servia de meio de prova.⁴⁹

Mota Pinto e Pinto Monteiro defendem solução parecida. Admitem, pois, o recurso à prova testemunhal, pelos simuladores, desde que exista um princípio de prova por escrito. Especificamente, “*admitem o recurso à prova por testemunhas para interpretar o contexto dos documentos que titulem a simulação (com fundamento no n.º 3 do art.º 393.º do C. Civ.) e, ainda, para completar a prova documental existente, desde que esta «constitua, por si só, um indício que torne verosímil a existência de simulação»*”⁵⁰.

São dois os argumentos que presidem a esta tese: as injustiças que uma interpretação rígida do n.º 2 do artigo 394.º do CC pode propiciar – urgindo

⁴⁵ UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA, FACULDADE DE DIREITO, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa, 2014, p. 891

⁴⁶ Neste sentido, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de maio de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 82/04-6TCFUN-A.L1.S2, disponível em www.dgsi.pt

⁴⁷ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3.ª edição revista e atualizada, Lisboa, 2001, p. 287

⁴⁸ CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a Simulação*, Lisboa, 2004, pp. 48 e 49

⁴⁹ Entendeu Vaz Serra, porém, que esta última exceção apenas teria lugar num ordenamento jurídico que não permitisse a reforma de documentos.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 50.

uma maleabilidade interpretativa do preceito⁵¹ – e o facto da pressuposição de um princípio de prova documental instar à formação da convicção do Tribunal sobretudo com base nessa prova, antes servindo a prova testemunhal apenas como um reforço probatório do facto, afastando-se, assim, os perigos inerentes à prova testemunhal⁵².

Partindo da interpretação do n.º 3 do artigo 393.º do CC, que não restringe o recurso à prova testemunhal para a “*simples interpretação do contexto do documento*” com força probatória plena, Carvalho Fernandes defende que a razão de ser do n.º 2 do artigo 394.º do CC não se prende, por maioria de razão, com a força probatória do documento, não o corroborasse o n.º 3 deste último preceito⁵³, ao permitir aos terceiros o recurso à prova testemunhal para provar a simulação.

Não se tratando, igualmente, de penalizar os simuladores – o que envolveria a total proibição de invocação da simulação, sobretudo quando ela fosse fraudulenta –, “*a razão de ser da proibição do art. 394.º, como a doutrina em geral reconhece, reside na necessidade de afastar os riscos próprios da falibilidade e fragilidade da prova testemunhal, que poderia conduzir à prova de uma simulação efetivamente não existente, contra a prova documental mais segura*”⁵⁴.

Ao admitir o recurso à prova testemunhal pelos simuladores, o legislador estaria a facilitar o ataque a um negócio jurídico verdadeiramente querido pelas partes mas que, por qualquer razão, se tinha tornado indesejável para uma delas que, então, simula a simulação.⁵⁵ A fragilidade e insegurança da prova testemunhal, por relação à prova documental, comanda esta solução.

Por outro lado, não sendo expectável que os simuladores deem a conhecer os seus verdadeiros intentos a terceiros, à prova testemunhal não caberia um papel de relevo na prova da simulação.⁵⁶ Os simuladores mais cautelosos socorrem-se de prova mais segura e menos intrusiva quanto às suas intenções, a contradecção⁵⁷. Mais uma razão para não se vislumbrar uma grande aplicabilidade prática do recurso à prova testemunhal por estes atores da simulação. Note-se que este último apontamento, “*seria tanto mais relevante quanto é certo que com ela anda ligada a razão que levou o legislador a não estender a terceiros*

⁵¹ Neste sentido, vide Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12 de novembro de 2013, proferido no âmbito do processo n.º 243/1999.G1, disponível em www.dgsi.pt

⁵² *Ibidem*, p. 50

⁵³ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3.ª edição revista e atualizada, Lisboa, 2001, p. 288

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a Simulação*, Lisboa, 2004, p. 53

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a Simulação*, Lisboa, 2004, pp. 53 e 54

a proibição do n.º 2 do art.º 394.º. é que estes não só não podem munir-se desse meio probatório escrito, como podem não ter acesso a ele, nomeadamente por ignorarem a sua existência”⁵⁸.

Entende Carvalho Fernandes que uma fria análise do preceito tenderia a um entendimento estrito das limitações de prova impostas aos simuladores. Porém, os interesses em causa rogam por solução diferente. Note-se que aqui os interesses prementes são os dos simuladores que pretendem arguir a simulação e não já os dos terceiros, que veem a sua posição acautelada pelo preceito do artigo 243.º do CC. De facto, “o conluio simulatório cria a favor de um dos simuladores uma aparente titularidade de situações jurídicas, de que este pode ser tentado a tirar partido”⁵⁹. Daí advém uma atitude duplamente censurável da parte de um dos simuladores, intensificada no caso de não existir contradecaração que possa salvaguardar a posição do simulador ludibriado⁶⁰.

Vejamos, então, a posição adotada por Carvalho Fernandes.

O autor principia por esclarecer que a sua posição resulta da harmonização da contraposição entre a motivação do legislador, ao proibir o uso da prova testemunhal e a necessidade de acautelar a posição de um dos simuladores contra o benefício que o outro simulador retira da arguição da simulação. Começando a sua exposição com uma conclusão: “o recurso exclusivo à prova testemunhal ou por presunções judiciais, na arguição da simulação pelos simuladores, não pode deixar de se ter como reprovado pela lei. A tais meios de prova só pode ser atribuída, nesta matéria, uma tarefa complementar, de segundo plano”⁶¹.

Desta conclusão, retira-se, forçosamente, o afastamento de duas das três exceções apontadas por Vaz Serra: a da impossibilidade moral ou material de obtenção de prova escrita e a da perda não culposa do documento que podia servir de meio de prova.

Na primeira hipótese, que assenta na falta de posse de qualquer elemento escrito relativo à simulação, tanto a demonstração da impossibilidade moral ou material de obtenção de prova escrita como a existência da simulação teriam de assentar na prova testemunhal, o que inutilizaria o preceito do n.º 2 do artigo 394.º do CC⁶². O único fundamento assinalável quanto a esta exceção assentaria no facto da obrigação legal de apresentação de prova escrita supor a possibilidade de obtenção desse mesmo meio de prova; não se verificando tal possibi-

⁵⁸ *Ibidem*, p. 54

⁵⁹ *Ibidem*, p. 55

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*, p. 57

⁶² *Ibidem*.

lidade, “*seria uma violência manter essa exigência – ad impossibilia nemo tenetur*”⁶³. Porém, tal seria conceder quanto ao risco de desvalorização de melhor e mais segura prova (prova documental) por outra mais volátil (prova testemunhal).

Na segunda hipótese, o relevo atribuído à prova testemunhal também seria primacial, pelo que a frontalidade da sua oposição ao preceito em causa não aconselha a admissão de tal exceção. Não roga por distinta consideração do caso o requisito de ausência de culpa na perda do documento, “*pois o que sobretudo está em causa é a situação objetiva da falta de documento e não o motivo da sua perda*”⁶⁴.

Já no que concerne à hipótese de verificação de um começo de prova titulado por documento, que vem a ser reforçado pelo recurso à prova testemunhal, cumpre esclarecer que “*não se exige que o documento «crie no espírito do julgador a convicção da existência» da simulação, pois isso equivaleria, como dizem Antunes Varela e outros, a fazer prova bastante ou suficiente desse facto. (...) O que se exige é que o documento ou o conjunto de documentos disponíveis no processo torne plausível ou razoável admitir a verosimilhança dos factos que, segundo a parte que os alega, qualificam a simulação*”⁶⁵.

Por tudo o que vem *supra* explanado, conclui-se que, na perspetiva de Carvalho Fernandes, os simuladores não poderão lançar mão da prova testemunhal e da prova por presunções judiciais como meios probatórios exclusivos da simulação, mas antes, só e apenas, como meios complementares da prova da simulação, primacialmente apoiada documentalmente⁶⁶. Esta posição é diretamente assumida pelos outros autores referenciados, apesar de não o ser em exclusivo, como vimos *supra*, sendo Carvalho Fernandes, sem dúvida, o menos complacente na interpretação dos preceitos em causa.

Aderimos, assim, à orientação perfilhada por Carvalho Fernandes, por nos parecer ser a única que preserva, de modo coerente, a função sistemática do artigo 394.º, n.º 2, do Código Civil no quadro da disciplina da simulação. Com efeito, a admissibilidade da prova testemunhal apenas como meio complementar de um suporte documental mínimo constitui uma solução equilibrada entre, por um lado, a necessidade de evitar a cristalização de situações injustas entre simuladores e, por outro, a exigência de proteção da segurança do tráfico jurídico e da força probatória dos documentos autênticos e particulares com força probatória plena. Uma leitura mais permissiva do preceito conduziria, inevitavelmente, à erosão da sua própria razão de ser, transformando a exceção num

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 58

⁶⁵ *Ibidem*, p. 59

⁶⁶ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3.ª edição revista e atualizada, Lisboa, 2001, p. 288

regime praticamente geral de admissibilidade da prova testemunhal na arguição da simulação.

Não pode ignorar-se que o n.º 2 do artigo 394.º do Código Civil visa, antes de mais, prevenir o risco estrutural de instrumentalização da prova testemunhal por quem participou no pacto simulatório, permitindo a posterior reconstrução oportunista de uma realidade negocial diversa da que foi formalmente declarada. Admitir que a impossibilidade moral ou material de obtenção de prova escrita, ou a perda não culposa do documento, bastariam para legitimar o recurso autónomo à prova testemunhal significaria, na prática, subverter o princípio normativo estabelecido pelo legislador, fazendo recair sobre o julgador um ónus probatório particularmente frágil em matérias marcadas, por definição, pela opacidade e pela concertação entre os próprios intervenientes no negócio.

Acresce que, a solução defendida por Carvalho Fernandes apresenta ainda a virtude de compatibilizar, de forma particularmente rigorosa, o regime da simulação com o princípio da autorresponsabilidade negocial. Quem participa num acordo simulatório e opta por não acautelar documentalmente a sua posição jurídica – designadamente através de contradecaração ou de outro suporte escrito minimamente idóneo – deve suportar as consequências dessa opção. A admissibilidade da prova testemunhal apenas em função complementar de um começo de prova documental constitui, assim, uma expressão adequada do equilíbrio entre a tutela da confiança na documentação negocial e a possibilidade, residual e excecional, de correção de situações de manifesta injustiça entre os próprios simuladores, sem comprometer a coerência e a credibilidade do sistema probatório civil.

Já vimos que o Autor J. direciona a sua ação à invocação de uma compra e venda simulada entre as partes. Ora, para além das suas parcas alegações virem acompanhadas de prova documental que em nada as corrobora – posto que o Autor junta aos autos escritura pública de divisão de coisa comum, ao invés do invocado contrato de compra e venda –, o Autor pretende socorrer-se de prova testemunhal para contrariar o conteúdo de documento autêntico, neste caso uma escritura pública de divisão de coisa comum. Ora, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 394.º do CC, o legislador proíbe, expressamente, o recurso à prova testemunhal *“se tiver por objeto quaisquer convenções contrárias ou adicionais ao conteúdo de documento autêntico”*, estendendo tal inadmissibilidade *“ao acordo simulatório e ao negócio dissimulado, quando invocados pelos simuladores”*, no n.º 2 do mesmo artigo.

Não obstante a proibição contida nos n.ºs 1 e 2 do artigo 394.º do CC, aderimos à orientação doutrinária onde se incluem autores como Vaz Serra, Mota Pinto, Pinto Monteiro e Carvalho Fernandes. Como já vimos *supra*, estes autores defendem um ponto comum que se prende com a admissibilidade do

recurso à prova testemunhal, nos casos em que esta venha complementar a prova documental trazida aos autos pelo simulador. Ora, no caso em apreço, tal não sucede, sendo certo que o Autor, arrogado simulador, pretende munir-se, única e exclusivamente, de prova testemunhal (e, no limite, de prova por presunções judiciais, que sofre as mesmas contingências da prova testemunhal, nos termos do disposto no artigo 351.º do CC) para fazer prova da simulação.

É o que defende a sentença comentada, ao referir que “*tendo em consideração o disposto no art. 394.º, n.º 2, do Código Civil, os autos fornecem já todos os elementos para que se apreciem os pedidos formulados pelo Autor*”. Ou seja, o Autor J., na configurada qualidade de simulador, jamais conseguiria, à partida, provar as suas alegações simulatórias, posto que apenas se apoiava na produção de prova testemunhal para as comprovar – o que é, legal, doutrinal e jurisprudencialmente, considerado inadmissível.

Acresce que, no caso concreto, a inadmissibilidade da prova testemunhal assume particular acuidade em virtude de o documento junto aos autos revestir a natureza de documento autêntico, dotado de especial força probatória quanto às declarações nele constantes e aos factos que o notário atesta como praticados na sua presença, nos termos do regime geral da prova documental. Permitir que o simulador pudesse, por via exclusivamente testemunhal, infirmar o conteúdo de uma escritura pública significaria esvaziar, em termos práticos, a função de certeza e de segurança jurídica que preside à intervenção do notário e à qualificação reforçada do documento autêntico no sistema probatório.

De igual modo, não pode deixar de salientar-se que a solução acolhida pelo Tribunal encontra pleno respaldo na finalidade normativa subjacente ao artigo 394.º do Código Civil, a qual se traduz na prevenção do risco de manipulação do meio probatório por quem participou ativamente no acordo simulatório. Com efeito, a simulação é, por definição, um fenómeno marcado pela concertação entre as partes e pela criação deliberada de uma aparência jurídica enganosa, razão pela qual a prova testemunhal, enquanto meio particularmente vulnerável à reconstrução subjetiva e à confluência de interesses, não pode ser erigida em instrumento autónomo de demonstração da realidade negocial oculta quando invocada pelos próprios simuladores.

Por fim, importa sublinhar que a solução adotada não representa qualquer compressão ilegítima do direito à prova nem do direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva, uma vez que o regime do artigo 394.º do Código Civil não elimina a possibilidade de demonstração da simulação, antes condiciona os meios probatórios admissíveis em função da posição subjetiva de quem a invoca. Ao exigir que a alegação de simulação por simuladores assente, pelo menos, num suporte documental mínimo, o legislador procede a uma ponderação constitucionalmente adequada entre o interesse individual do simulador

em ver reconhecida a realidade subjacente ao negócio e o interesse público na estabilidade das relações jurídicas e na preservação da credibilidade da prova documental.

4. Breves notas sobre os terceiros no regime da simulação

Embora o caso tenha sido configurado como simulação arguida pelo simulador, importa sublinhar que o regime é diverso quando a simulação é arguida por terceiros. Estes não sofrem as limitações probatórias do artigo 394.º, n.º 2, podendo lançar mão de qualquer meio de prova (artigo 394.º, n.º 3, e artigo 259.º CC). Além disso, a nulidade resultante da simulação é inoponível a terceiros de boa fé (artigo 243.º CC).

O caso *sub judice* é configurado, pelo próprio Autor, como uma situação de arguição da simulação por um dos simuladores, isto é, por uma das partes no acordo simulatório. Todavia, o Autor funda a alegada simulação na circunstância de o negócio ter sido celebrado com o propósito de prejudicar os seus credores, os quais assumem, para este efeito, a qualidade de terceiros relativamente ao pacto simulatório. Deste modo, embora a legitimidade ativa para a arguição da simulação seja, no presente processo, exercida por um simulador, a factualidade alegada convoca diretamente a posição jurídica de terceiros estranhos ao conluio negocial, designadamente no que respeita ao regime da prova e à tutela conferida aos terceiros de boa-fé. Justifica-se, por isso, uma breve incursão pelo regime jurídico aplicável aos terceiros no âmbito da simulação, em particular quanto à distinção entre a disciplina da arguição da simulação por simuladores e a disciplina própria da arguição por terceiros, bem como quanto ao alcance da inoponibilidade da simulação prevista no artigo 243.º do Código Civil.

O n.º 1 do artigo 242.º do CC contém uma ressalva do regime geral da nulidade, que, transposta para a questão que ora nos ocupa, permite a invocação da nulidade, na simulação, por quaisquer interessados⁶⁷. No entendimento de Manuel de Andrade, “*terceiros, para o efeito de arguírem a simulação, são, além dos simuladores e seus herdeiros, as pessoas titulares de situação jurídica afetada, seja embora apenas na sua consistência prática, pela validade do negócio simulado. A esta noção fazemos, todavia, a ressalva, já assinalada por Beza dos Santos, de os herdeiros dos simuladores deverem ser tido como terceiros quando se proponham defender*

⁶⁷ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3.ª edição revista e atualizada, Lisboa, 2001, p. 296

«um direito próprio contra os atos simulados do autor da herança»⁶⁸. Note-se que o critério determinante para a aferição da definição de terceiros, no regime da simulação, prende-se com a ignorância e não participação no conluio simulatório e já não a ausência de intervenção no negócio jurídico que foi celebrado de forma simulada⁶⁹.

Ainda no âmbito da arguição da simulação por terceiros, importa sublinhar que o legislador consagrou, de forma deliberada, um regime probatório substancialmente distinto daquele que vigora quando a simulação é invocada pelos próprios simuladores. Com efeito, nos termos expressos do n.º 3 do artigo 394.º do Código Civil, a limitação aos meios de prova estabelecida nos números anteriores – e, em particular, a proibição do recurso à prova testemunhal e às presunções judiciais prevista no n.º 2 – não é aplicável aos terceiros que pretendam demonstrar a existência de simulação.

Esta opção normativa encontra fundamento na posição estruturalmente diversa ocupada pelos terceiros relativamente ao acordo simulatório: não tendo participado no conluio negocial, nem podendo, em regra, dispor de meios documentais que revelem a realidade oculta do negócio, seria manifestamente excessivo sujeitá-los às mesmas restrições probatórias impostas aos simuladores. O legislador parte, assim, de uma presunção de desvantagem probatória objetiva dos terceiros, justificando-se, por razões de tutela da confiança e de efetividade da proteção jurisdicional, a plena admissibilidade de todos os meios de prova legalmente previstos, incluindo a prova testemunhal e a prova por presunções judiciais. Discute-se, ainda, neste contexto, a posição do representado quando o representante atua em conluio com a contraparte. A doutrina e a jurisprudência têm sustentado que, nesse caso, o representado deve ser considerado terceiro para efeitos do regime probatório da simulação, ficando afastadas, quanto a ele, as limitações constantes do artigo 394.º, n.ºs 1 e 2, do CC. Sobre a razão de ser desta solução é clara: não tendo o representado participado no pacto simulatório, nem podendo ser-lhe imputada a conduta fraudulenta do seu representante, deve ser-lhe reconhecida a posição de terceiro lesado pela simulação, com a consequente possibilidade de recorrer a todos os meios de prova adequados à demonstração do conluio e da divergência negocial subjacentes ao negócio aparente.

Este regime é densificado pelo disposto no artigo 259.º do Código Civil, do qual decorre que o representado deve ser considerado terceiro relativamente ao negócio jurídico celebrado pelo seu representante em conluio com a

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA, FACULDADE DE DIREITO, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa, 2014, p. 554

contraparte. Trata-se de uma qualificação particularmente relevante no plano probatório, pois permite estender ao representado o regime favorável aplicável aos terceiros na arguição da simulação, afastando, quanto a ele, as limitações constantes do artigo 394.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil. A razão de ser desta solução é clara: não tendo o representado participado no pacto simulatório, nem podendo ser-lhe imputada a conduta fraudulenta do seu representante, deve-lhe ser reconhecida a posição de terceiro lesado pela simulação, com a consequente possibilidade de recorrer a todos os meios de prova adequados à demonstração do conluio e da divergência negocial subjacentes ao negócio aparente.

Questão paralela à arguição da simulação por terceiros é o regime da inoponibilidade da simulação a terceiros de boa fé, previsto do seguinte modo no artigo 243.º do CC:

Artigo 243.º

(Inoponibilidade da simulação a terceiros de boa fé)

1. A nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa fé.
2. A boa fé consiste na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respetivos direitos.
3. Considera-se sempre de má fé o terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registo da ação de simulação, quando a este haja lugar.

A inoponibilidade consiste “*numa modalidade de ineficácia relativa e consiste na insusceptibilidade de projetar, na esfera jurídica de alguns sujeitos, os efeitos de certo ato jurídico. Na fórmula proposta por CARVALHO FERNANDES, 2010: 543: é a «situação de irrelevância de qualquer fenómeno jurídico perante certas pessoas»*”⁷⁰. O negócio simulado continua inquinado de invalidade e nulidade, somente sucede que tais efeitos não afetam as esferas jurídicas dos terceiros que estejam de boa fé, nos termos do disposto no n.º 2 do transcrito artigo 243.º do CC⁷¹.

Por comparação ao regime geral do artigo 291.º do CC, a tutela dos terceiros é mais forte na simulação⁷². Apesar da justificada tutela acrescida, tem-se colocado a questão de saber se este regime da inoponibilidade da simulação a

⁷⁰ *Ibidem*, p. 568.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² CARVALHO FERNANDES defende esta relação de especialidade entre o regime plasmado no artigo 243.º e no artigo 291.º, ambos do CC, ao contrário de Heinrich Hörster, que rejeita tal visão da questão.

terceiros apenas aproveita aos terceiros prejudicados pela simulação ou, igualmente, àqueles que beneficiem do negócio simulado.

Manuel de Andrade sustentou que “*só se consideravam terceiros para este efeito aquelas pessoas cujos direitos seriam prejudicados pela invalidação do negócio simulado, isto é, as que com isso sofreriam uma perda, mas não já as que apenas lucrariam com a validade do mesmo negócio*”⁷³. Na mesma senda, defende Carvalho Fernandes que a solução correta fundar-se-á na “*razão de ser da inoponibilidade e na adequada composição dos interesses em jogo*”⁷⁴. Segundo o mesmo autor, a inoponibilidade justifica-se por referência à boa fé do terceiro adquirente, que acredita na bondade do ato simulado e que, portanto, não deve ser prejudicado “*por o simulador invocar a sua própria torpeza*”⁷⁵. Tal motivação não preside no caso de o terceiro apenas beneficiar da inoponibilidade da simulação e da consequente manutenção do negócio simulado, já que a sua posição também não está desprovida de mácula.

Se atendermos à letra do artigo 243.º do CC – que não faz qualquer distinção ou categorização entre os terceiros de boa fé – e ao elemento histórico – posto que o anteprojeto da lei restringia a inoponibilidade da simulação a determinada categoria de terceiros –, concluiremos que a inoponibilidade aproveita a quaisquer terceiros, independentemente de saírem prejudicados ou lucrarem com a simulação.⁷⁶ Assinale-se que “*aqueles elementos interpretativos têm, porém, valor subalterno em relação ao elemento racional (presunção de que, dada a ratio do preceito, o legislador consagrou as soluções mais acertadas que tenham na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso – art. 9.º, n.ºs 2 e 3), dentro da conceção hermenêutica preferível e sancionada no Código Civil.*”⁷⁷ Dado que a proteção da confiança de terceiros corresponde ao fim visado pelo artigo 243.º do CC, a solução que parece ser de colher é a que vai ao encontro de apenas salvaguardar a posição dos terceiros que sofram prejuízos com a invocação da simulação e não daqueles que lucrem com a mesma, nada legitimando a sua posição.

Entendemos que a solução mais adequada – e dogmaticamente mais consistente – passa por uma leitura funcionalmente orientada do artigo 243.º do

⁷³ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005, p. 481

⁷⁴ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3.ª edição revista e atualizada, Lisboa, 2001, p. 303

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005, p. 482

⁷⁷ *Ibidem*.

Código Civil, centrada na finalidade específica do instituto da inoponibilidade da simulação. O fundamento material deste regime não reside na simples tutela abstrata da boa-fé subjetiva do terceiro, entendida como mera ignorância da simulação, mas antes na necessidade de proteger a confiança juridicamente relevante depositada na aparência negocial criada pelos próprios simuladores. É essa confiança, objetivamente digna de tutela, que justifica que o simulador fique impedido de opor a nulidade do negócio simulado contra quem, com base nessa aparência, estruturou ou adquiriu uma posição jurídica que seria efetivamente sacrificada pela destruição retroativa do negócio.

Deste modo, embora a letra do artigo 243.º do Código Civil não distinga expressamente entre categorias de terceiros de boa-fé, entendemos que a interpretação sistemática e teleológica do preceito impõe que a inoponibilidade apenas opere a favor dos terceiros que sofram um prejuízo juridicamente relevante em consequência da invocação da simulação: apenas nessa hipótese se verifica o conflito de interesses que o legislador pretendeu resolver: por um lado, a tutela da confiança do terceiro que acreditou legitimamente na realidade do negócio aparente; por outro, a pretensão do simulador em destruir, a posteriori, a situação jurídica que ele próprio contribuiu decisivamente para criar. Já quando o terceiro apenas beneficia da subsistência do negócio simulado, sem que a declaração de nulidade lhe causasse qualquer sacrifício da sua posição jurídica previamente consolidada, falta o pressuposto material que legitima a derrogação ao regime geral da nulidade. Uma extensão indiscriminada da inoponibilidade a tais situações traduzir-se-ia numa proteção excessiva e dificilmente conciliável com a *ratio* do artigo 243.º do Código Civil, na medida em que deixaria de estar em causa a salvaguarda da confiança negocial e passaria a tutelar-se, sem fundamento bastante, a manutenção de vantagens obtidas à sombra de um negócio reconhecidamente inquinado por simulação.

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 243.º do CC, “a boa fé consiste na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respetivos direitos”⁷⁸, estando aqui em causa uma boa fé subjetiva psicológica⁷⁹. O legislador basta-se, assim, com uma ignorância efetiva por parte do terceiro, não penalizando o desconhecimento culposos da simulação – mais um sinal de tutela acrescida do terceiro de boa fé no regime da simulação por comparação ao regime geral do

⁷⁸ Neste sentido, vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de setembro de 2007, proferido no âmbito do processo n.º 1509/2007-6, disponível em www.dgsi.pt

⁷⁹ UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA, FACULDADE DE DIREITO, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa, 2014, p. 570

artigo 291.º do CC⁸⁰. Galvão Telles e Menezes Cordeiro defendem, por sua vez, a exigibilidade de uma boa fé ética.

O regime do artigo 243.º do CC é apenas aplicável à arguição da simulação “*pelo simulador contra terceiro de boa fé*”, segundo a própria letra da lei. Para além da letra da lei, “*parece que só se justificará esta proteção especial quando a nulidade for invocada por quem intencionalmente criou a situação que agora pretende destruir: os simuladores, precisamente*”⁸¹. Sendo invocada por terceiros, a razão de ser da proteção especial atribuída pelo artigo 243.º do CC aos terceiros de boa fé deixa de se verificar, razão pela qual aplicar-se-á o regime geral do artigo 291.º do CC.

Poderia ainda levantar-se a questão dos conflitos que surgem entre terceiros perante a simulação, contudo consideramos que tal problemática extravasa largamente o âmbito da sentença que ora se comenta.⁸²

Acresce, ainda, que a opção do legislador por um conceito de boa fé assente na mera ignorância efetiva da simulação, tal como resulta do n.º 2 do artigo 243.º do Código Civil, deve ser compreendida à luz da função excecional deste regime. Com efeito, a inoponibilidade da simulação constitui uma derrogação expressa ao regime geral da nulidade e à lógica subjacente ao artigo 291.º do Código Civil, pelo que a definição legal de boa fé, embora menos exigente no plano subjetivo, não pode ser desligada do pressuposto material que legitima essa derrogação: a proteção da confiança do terceiro na aparência negocial criada pelos simuladores. Deste modo, mesmo aceitando-se que o legislador se basta com a ignorância psicológica da simulação, tal conceito não dispensa a verificação de uma situação de confiança objetivamente merecedora de tutela, sob pena de a inoponibilidade se transformar num mecanismo de estabilização acrítica de situações jurídicas fundadas num negócio reconhecidamente inválido.

Neste contexto, a posição que exige uma boa fé de natureza ética, defendida por Galvão Telles e por Menezes Cordeiro, revela-se particularmente relevante enquanto critério de densificação material do conceito legal de boa fé, permitindo evitar soluções excessivamente formalistas ou mecânicas. Com efeito, a exigência de uma conduta conforme à boa fé objetiva, ainda que não expressamente acolhida na letra do artigo 243.º do Código Civil, funciona como elemento corretivo indispensável quando se mostre que o terceiro, apesar de não conhecer efetivamente a simulação, se colocou numa situação de

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005, p. 481

⁸² Para maiores desenvolvimentos, vide CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3.ª edição revista e atualizada, Lisboa, 2001, p. 304 e ss.

indiferença censurável perante sinais evidentes de desconformidade negocial, incompatível com a tutela reforçada que o regime da inoponibilidade pretende conferir.

Por fim, a limitação expressa do âmbito de aplicação do artigo 243.º do Código Civil à hipótese de a nulidade ser arguida pelo próprio simulador deve ser sublinhada como elemento estruturante do sistema. A especial proteção conferida ao terceiro de boa fé não se justifica quando a nulidade é invocada por um terceiro estranho ao pacto simulatório, pois, nesse caso, desaparece o fundamento ético-jurídico central do regime – impedir que o simulador se prevaleça da sua própria torpeza para destruir a aparência que criou. Daqui decorre, com coerência sistemática, que, fora desse específico contexto, deve operar o regime geral do artigo 291.º do Código Civil, assegurando-se, assim, uma articulação equilibrada entre a disciplina especial da simulação e o regime comum da tutela dos terceiros em face da invalidade dos negócios jurídicos.

II – Conclusões

De forma sumária e atenta a exposição *supra*, tecemos as seguintes conclusões:

- A. Tal como a ação é configurada pelo Autor, estamos perante uma arguição de simulação deduzida por um dos próprios intervenientes no alegado pacto simulatório, fundada na invocação de um acordo de simulação celebrado entre o Autor J. e os Réus A. e M., o que determina, para efeitos da presente análise, a aplicação do regime jurídico da simulação previsto nos artigos 240.º e seguintes do Código Civil, bem como, de forma especialmente relevante, do regime específico da arguição da simulação entre simuladores.
- B. A simulação invocada pelo Autor consubstancia uma simulação absoluta de contrato de compra e venda, já que, alegadamente, as partes não intencionavam celebrar qualquer tipo de negócio.
- C. O Autor pretende apoiar-se na junção de prova documental aos autos, nomeadamente uma escritura de divisão de coisa comum, no âmbito da qual o Autor e os Réus procederam à divisão de:
 - i. Prédio Rústico de cultura e videiras, sito no lugar de Quintã, descrito na Conservatória do Registo Predial deste concelho sob o número nove mil setecentos e setenta e quatro, a folhas trinta e oito, do livro B-trinta e quatro, e inscrito na matriz sob o artigo 597 (que corresponde ao atual 1140), e

- ii. Prédio Urbano composto de casa de dois pavimentos, sito no lugar de Quintã, descrito sob a ficha zero zero zero cinquenta e cinco, de onze de junho de mil novecentos e oitenta e sete, da freguesia de Paços de Gaiolo e inscrito na mesma Conservatória, a favor dos interessados, em comum e sem determinação de parte ou direito, pela cota G-um, inscrito na matriz sob o artigo 120 (que corresponde ao atual 2503).
- D. Para além da prova documental junta aos autos, o Autor sugere a produção de prova testemunhal, de forma a atestar a veracidade das suas alegações de celebração de negócio simulado entre as partes.
- E. Ora, sucede que o artigo 394.º, nos seus n.ºs 1 e 2, proíbe, expressamente, o recurso à prova testemunhal *“se tiver por objeto quaisquer convenções contrárias ou adicionais ao conteúdo de documento autêntico”*, estendendo tal inadmissibilidade *“ao acordo simulatório e ao negócio dissimulado, quando invocados pelos simuladores”*, no n.º 2 do mesmo artigo.
- F. Não obstante esta proibição, existe uma corrente doutrinária, apoiada jurisprudencialmente, que admite o recurso à prova testemunhal, nos casos em que esta venha complementar a prova documental trazida aos autos, ou seja, se houver um *“princípio de prova”* documental, admite-se a produção de prova testemunhal.
- G. No caso em apreço nem esta interpretação restritiva daquele preceito aproveita ao Autor, já que este pretende munir-se, única e exclusivamente, de prova testemunhal (e, no limite, de prova por presunções judiciais, que sofre as mesmas contingências da prova testemunhal, nos termos do disposto no artigo 351.º do CC) para fazer prova da simulação.
- H. É esta a visão plasmada na sentença comentada, já que o Tribunal conhece imediatamente do mérito da causa, *“tendo em consideração o disposto no art. 394.º, n.º 2, do Código Civil”*.
- I. A fundamentação da sentença articula, assim, dois planos que importa distinguir: o da qualificação do negócio documentado, fixada ao abrigo da força probatória plena da escritura — do qual resulta que falha o próprio objeto da simulação alegada —, e o da inadmissibilidade legal da prova testemunhal do acordo simulatório quando invocado por um simulador, que torna inútil o prosseguimento dos autos e legitima o conhecimento imediato do mérito no despacho saneador (artigo 595.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Civil). O Autor J., na configurada qualidade de simulador, jamais conseguiria, à partida, provar as suas alegações simulatórias, posto que apenas se apoiava na produção

de prova testemunhal para as comprovar – o que é, legal, doutrinal e jurisprudencialmente, considerado inadmissível.

- J. Apoiando-se nesta argumentação, o Tribunal concluiu ser manifestamente improcedente “o pedido de declaração de nulidade do «*negócio de compra e venda celebrado por escritura datada de 19.06.1987 (...)*», *sem necessidade de mais provas*”, mais julgando improcedentes todos os outros pedidos do Autor que decorriam da procedência daquele pedido de declaração de nulidade.
- K. Entendemos que decidiu bem o Tribunal, numa reta aplicação dos preceitos que comandam o regime da simulação, mais especificamente, o regime de prova da simulação arguida pelos simuladores.
- L. A interpretação do artigo 394.º, n.º 2, do Código Civil deve ser efetuada em termos funcionalmente orientados, no sentido de que a admissibilidade da prova testemunhal na arguição da simulação pelos próprios simuladores apenas pode ocorrer, em termos excepcionais, como meio complementar de um suporte documental mínimo, solução que se revela a única compatível com a tutela da segurança do tráfego jurídico e com a força probatória dos documentos.
- M. Sufragamos, neste ponto, a posição perfilhada por Carvalho Fernandes, segundo a qual a proibição legal do recurso autónomo à prova testemunhal visa prevenir a instrumentalização do processo por quem participou no pacto simulatório, impedindo a reconstrução oportunista de uma realidade negocial diversa da que foi formalmente declarada.
- N. No que respeita ao regime dos terceiros, a inoponibilidade da simulação prevista no artigo 243.º do Código Civil deve ser interpretada de acordo com a sua *ratio*, restringindo-se à tutela da confiança dos terceiros de boa fé que sofram um prejuízo juridicamente relevante com a invocação da nulidade do negócio simulado pelo próprio simulador.
- O. A especial proteção conferida pelo artigo 243.º do Código Civil justifica-se apenas quando a nulidade é arguida por quem criou, de forma intencional, a aparência negocial que agora pretende destruir, não sendo extensível, por identidade de razão, às situações em que a invalidade seja invocada por terceiros, caso em que deve operar o regime geral do artigo 291.º do Código Civil.

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de Publicação n’O Direito

1. A publicação de textos na revista *O Direito* depende de parecer prévio favorável da Comissão de Revisão, para verificação do cumprimento dos correspondentes critérios de publicação.

2. Os artigos a publicar n’*O Direito* devem:

- (i) Cumprir os critérios de elevada qualidade científica, incluindo rigor, clareza e fundamentação científica, fixados no Estatuto Editorial da Revista;
- (ii) Ser inéditos;
- (iii) Cumprir o limite de 90.000 caracteres (cerca de 30 páginas), incluindo espaços e notas de rodapé;
- (iv) Incluir os nomes dos autores no corpo do texto em caracteres normais e os referidos em notas de pé-de-página em versalete;
- (v) Incluir os títulos de monografias, obras coletivas e revistas em itálico e os de textos inseridos em revistas e em obras coletivas entre aspas, em caracteres normais;
- (vi) Incluir resumos em português e em inglês, com 500 caracteres cada.

3. Os textos a incluir na secção “Breves Comentários”, incluindo breves anotações de jurisprudência e resenhas devem cumprir os critérios definidos para os artigos, salvo quanto ao limite de caracteres, que é de 25.000, e à extensão dos resumos, de 150 caracteres cada.

4. Os textos devem ser submetidos em versão final. Só há umas provas antes da publicação, na qual se admitem correções de gralhas, mas não a introdução de texto novo.

