

O DIREITO

Ano 155.º (2023), III

Diretor

JORGE MIRANDA

O DIREITO

Ano 155.º (2023), 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

Inocência Galvão Telles

Diretor

Jorge Miranda

Diretores-Adjuntos

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorão

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

Rua Fernandes Tomás n.ºs 76, 78, 80

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

3000-167 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

DOCTRINA

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES <i>As práticas comerciais desleais</i>	415
SOFIA WENGOROVIUS <i>Tribunais e Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a proteção de dados (RGPD)</i>	447
SIMÃO MENDES DE SOUSA <i>O Princípio da Proibição do Excesso e os Estados de Exceção</i>	483
RITA MARTINS CLÍMACO <i>A justificação notarial e o efeito presuntivo do registo predial</i>	541
JOÃO MARCELO BRITO DA SILVA <i>A Grundnorm e o problema da fundamentação última da normatividade jurídica</i>	565
GISELA ALEXANDRA RIBEIRO VASSALO <i>Prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo: em especial, os deveres dos advogados</i>	583
POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS	
Critérios de publicação	609

DOCTRINA

As práticas comerciais desleais

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

SUMÁRIO: §1 Noções Gerais: 1.1. *A Lei das Práticas Comerciais Desleais (LPCD)*; 1.2. *Projeções Interdisciplinares*. §2 *Âmbito de Aplicação*: 2.1. *Âmbito Objetivo*; 2.2. *Âmbito Subjetivo*; 2.3. *Âmbito Material*; 2.4. *Âmbito Espacial*. §3 *A Cláusula Geral de Proibição*: 3.1. *Noção*; 3.2. *Requisitos*. §4 *Práticas Enganosas*: 4.1. *Noção e Tipos*; 4.2. *A Lista Negra*. §5 *Práticas Agressivas*: 5.1. *Noção e Tipos*; 5.2. *A Lista Negra*. §6 *Consequências Jurídicas*.

§1 Noções Gerais

1.1. *A Lei das Práticas Comerciais Desleais (LPCD)*

I. Constitui uma marca distintiva da moderna contratação mercantil o recurso frequente dos empresários – na eterna busca pela maximização das vendas dos seus produtos e serviços e pela derrota dos seus concorrentes no mercado – a práticas comerciais suscetíveis de afetar a liberdade contratual dos clientes e consumidores: promover a venda de um produto a preço inferior a fim de vender outro, criar a ilusão de ofertas gratuitas ou prêmios associados ao ato da compra, exibir marcas de confiança sem autorização necessária, envolver o consumidor em esquemas de pirâmide, e enviar-lhe bens ou serviços não encomendados, são apenas alguns exemplos por todos nós conhecidos dessas *práticas comerciais desleais* (“unfair commercial practices”, “unlautere geschäftlichen Handlungen”, “pratiques commerciales déloyales”, “pratiche commerciali sleale”).¹

¹ Sobre tais práticas, vide CARDOSO, Elionora, *As Práticas Comerciais Desleais: Uma Proteção nas Relações com os Consumidores ou uma Limitação à Livre Concorrência e à Liberdade Contratual?*, Dissertação,

II. Tradicionalmente, a repressão destas práticas foi obtida exclusivamente através do instituto da concorrência desleal. Esta situação, todavia, mostrava-se insatisfatória, a vários títulos. Por um lado, este instituto visa classicamente a proteção dos interesses das empresas concorrentes e dos interesses gerais de organização do mercado, só reflexamente tutelando os interesses dos consumidores lesados por atos de concorrência desleal. Por outro lado, as legislações nacionais em matéria de práticas comerciais desleais exibem diferenças significativas entre si, criando assim um mosaico regulatório complexo e ineficaz no âmbito das relações comerciais transfronteiriças entre empresas e consumidores. Finalmente, à proteção dos interesses económicos dos destinatários finais de tais práticas (consumidores e clientes) mostravam-se insuficientes as normas gerais do direito contratual e delitual.

III. A fim de colmatar esta lacuna, o legislador português veio instituir um regime jurídico específico em matéria de *práticas comerciais desleais nas relações das empresas com os consumidores*: falamos da “Lei das Práticas Comerciais Desleais” (doravante LPCD), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março², que transpôs entre nós a Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio.³

Lisboa, 2014; CARVALHO, J. Morais, *Práticas Comerciais Desleais das Empresas Face aos Consumidores*, in: III “Revista de Direito das Sociedades” (2011), 187-219; LEITÃO, L. Menezes, *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo*, in: 71 “Revista da Ordem dos Advogados” (2011), 423-445; LIZ, J. Pegado, *Práticas Comerciais Desleais*, in: IV “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2014), 79-141; OLIVEIRA, E. Dias, *Práticas Comerciais Proibidas*, in: III “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2006), 147-173; SIMÃO, J. Carita, *A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores*, in: 4 “Revista de Direito das Sociedades” (2012), 1009-1045. Noutros quadranes, podem confrontar-se as obras de BOOM, Willem/GARDE, Amandine/AKSELI, Orkun (eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Routledge, New York, 2016; MINERVINI, Enrico/CARLEO, Liliana, *Le Pratiche Commerciali Sleali*, Giuffrè, Milano, 2007; KERGUELEN, Erwann/FOURGOUX, Jean-Louis/DJAVADI, Leyla, *Les Pratiques Commerciales Déloyales*, Éditions Concurrences, Paris, 2021; SCHMIDTKE, Stefan, *Unlautere geschäftliche Handlungen bei und nach Vertragsschluss*, H. Utz Verlag, München, 2011.

² A LPCD viria a ser posteriormente alterada pelos Decretos-Lei n.º 205/2015, de 23 de setembro, n.º 9/2021, de 29 de janeiro, e n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro, e ainda pela Lei n.º 10/2023, de 3 de março.

³ Sobre esta Diretiva – relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, alterada pela Diretiva 2019/2161/UE, de 27 de novembro –, vide ABRUNHOSA, C. Gomes, *Práticas Comerciais Desleais: Um Estudo da Directiva 2005/29/CE*, in: 61 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2010), 45-129; CRISTAS, Assunção, *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A Propósito da Directiva 2005/29/CE*, in: “Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos – Homenagem da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa”, 141-162, Almedina, Coimbra, 2007; LIZ, J. Pegado, *A «Lealdade» no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica da Directiva 2005/29/CE)*, in: 44 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2005), 17-93;

1.2. *Suas Projeções Multidisciplinares*

I. A regulação jurídica das práticas comerciais desleais possui projeções multidisciplinares no Direito Comercial – com particular destaque para o *Direito dos Contratos Comerciais*, o *Direito do Consumo*, o *Direito da Concorrência* e o *Direito da Publicidade*.

II. Com efeito, nos termos do seu art. 1.º, a LPCD estabelece “o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço” (n.º 1), bem como às “relações entre empresas no que respeita às ações enganosas previstas no n.º 3 do artigo 7.º” (n.º 2).

Tal significa, por uma banda, que se trata de uma regulação que, tendo por objeto genérico as “transações comerciais”, encontra *nos contratos comerciais* o seu terreno de eleição, abrangendo as práticas desleais ocorridas durante todo o período vital desses contratos (antes, durante e após a respetiva celebração)⁴. Por outra banda, tendo por objeto central as transações comerciais “com os consumidores”, é nos *contratos de consumo* que esta regulação possui o cerne da sua aplicação, visando primordialmente a proteção dos interesses dos consumidores contra as práticas comerciais agressivas e enganosas⁵. Por outra banda ainda, ao definir como prática comercial desleal aquela que seja “desconforme à diligên-

MARTINS, A. Soveral, *A Transposição da Directiva sobre Práticas Comerciais Desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março*, in: AA.VV., “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida”, vol. I, 569-585, Almedina, Coimbra, 2011; MAIA, Pedro, *Portugal: The Implementation of Directive 2005/29/EU from the Perspective of Portuguese Private Law*, in: 5 “Journal of European Consumer and Market Law” (2015), 143-176. Para outros países, vide CHRISTOFARO, Giovanni (dir.), *Le «Pratiche Commerciali Sleali» tra Imprese e Consumatori. La Direttiva 2005/29/CE e il Diritto Italiano*, Giappichelli, Torino, 2007; KOLB, Stefan, *Die Übergangsregelung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.

⁴ ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 216 e ss., 7.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2021. Segundo alguns, a Diretiva europeia em matéria das práticas comerciais desleais acabou por contribuir para o processo de “europeização do Direito dos Contratos”, vindo instituir de algum modo um dever geral de os empresários negociarem com lealdade e boa-fé em todas as fases das relações contratuais B2C (DUROVIC, Mateja, *The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/CE on Unfair Commercial Practices*, in: 23 “European Review of Private Law” (2015), 715-749).

⁵ ANTUNES, J. Engrácia, *Direito do Consumo*, 133 e ss., Almedina, Coimbra, 2019; ANTUNES, J. Engrácia, *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, 143 e ss., in: 2 “Anuário do Nova Consumer Lab – Yearbook of the Nova Consumer Lab” (2020), 123-163; CARVALHO, J. Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 231 e ss., 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022; FALCÃO, David, *Lições de Direito do Consumo*, 88 e ss., 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022; LEITÃO, A. Menezes, *Direito do Consumo*, 156 e ss., AAFDL, Lisboa, 2022.

cia profissional [e] distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico” do seu destinatário (art. 5.º, n.º 1 da LPCD), esta regulação visa assegurar a *lealdade da concorrência*, tutelando assim também os interesses dos concorrentes contra distorções do mercado (cf. ainda art. 7.º, n.º 3 da LPCD)⁶. Por fim, ao aplicar-se às práticas enganosas (arts. 7.º a 10.º-A da LPCD), ela evoca inequivocamente a proibição legal da *publicidade enganosa*.⁷

III. Esta dimensão pluridisciplinar pode suscitar *problemas de articulação*, já que são evidentes, mas também complexos, os contactos entre estes diferentes hemisférios normativos.

Pense-se assim, a título de exemplo, nas relações com o Direito da Concorrência. Dada a afinidade teleológica da realidade económica regulada – afinal, como já Eike VON HIPPEL sublinhara, “a concorrência é o melhor amigo do consumidor”⁸ –, as disciplinas jurídicas das práticas comerciais desleais e da concorrência desleal são disciplinas siamesas, que estão condenadas a viver numa relação quase simbiótica: a primeira, prevista na LPCD e destinada à proteção dos interesses económicos dos consumidores, acaba por tutelar indiretamente os interesses económicos dos concorrentes e do mercado, já que a proibição das práticas comerciais desleais também previne lesões patrimoniais para os empresários concorrentes (decorrentes do desvio de clientes e perda de quota de mercado resultantes de tais práticas) e assegura a integridade do mercado (promovendo a confiança geral na realização de transações comerciais, especialmente transfronteiriças, e no bom funcionamento do mercado interno); a última, prevista no Código da Propriedade Industrial e encontrando tradicionalmente nos concorrentes os titulares do interesse jurídico protegido, contribuirá necessariamente para a defesa dos interesses dos consumidores (colocando estes a salvo dos prejuízos e externalidades típicas dos atos de concorrência desleal)⁹. São por isso frequentes as zonas de intersecção e até sobreposição

⁶ CRISTAS, Assunção, *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A Propósito da Diretiva 2005/29/CE*, in: “Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos – Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa”, 141-162, Almedina, Coimbra, 2007.

⁷ ANTUNES, J. Engrácia, *O Direito da Publicidade*, 799 e ss., in: XCIII “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra” (2017), 771-848.

⁸ *Verbraucherschutz*, 151, 3. Aufl., Mohr, Tübingen, 1986.

⁹ Uma boa ilustração desta ligação umbilical pode ser encontrada na circunstância de a Diretiva 2005/29/CE, que instituiu um regime europeu harmonizado em matéria das práticas comerciais desleais, ter surgido justamente na sequência do fracasso da harmonização do regime da concorrência desleal, com o abandono de um projeto de diretiva sobre a matéria nos finais dos anos 80. Cf. SIMÃO, J. Carita, *A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores no Mercado Interno Europeu*, 1010, in: 4 “Revista de Direito das Sociedades” (2012), 1009-1045.

entre as normas de repressão da concorrência desleal e da proibição das práticas comerciais desleais: assim se explica que determinadas práticas comerciais desleais proibidas coincidam total ou parcialmente com alguns atos típicos de concorrência desleal (confronte-se, por exemplo, as práticas enganosas previstas no art. 7.º, n.º 1, b) e f) e n.º 2, a) da LPCD e os tipos de atos previstos no art. 311.º, n.º 1, a) e e) do Código da Propriedade Industrial).

Mas importa frisar que se trata de dois hemisférios autónomos, dotados de âmbitos, critérios e efeitos próprios. Desde logo, são diferentes os respetivos âmbitos de aplicação: ao passo que o Código da Propriedade Industrial se aplica a todo um variado espetro de sujeitos passivos (incluindo consumidores e concorrentes), a LPCD aplica-se apenas às relações que tenham como destinatários os consumidores (sem prejuízo da exceção prevista no seu art. 1.º, n.º 2): assim se compreende que alguns atos de concorrência desleal tipificados no Código da Propriedade Industrial não tenham correspondência nas práticas desleais proibidas (v.g., atos de descrédito, violação de segredos de negócio) ou, inversamente, algumas destas práticas não configurem atos de concorrência desleal (em especial, as práticas comerciais agressivas)¹⁰. Por outro lado, são também diversos os critérios subjacentes aos respetivos conceitos de “lealdade”: ao passo que para o Código da Propriedade Industrial o caráter desleal de uma prática comercial resulta da sua contrariedade às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica (art. 311.º, n.º 1), na LPCD aquele resulta da contrariedade à diligência profissional e da suscetibilidade de distorção do comportamento do consumidor (art. 5.º)¹¹. Finalmente, são também diferentes os seus efeitos: sem prejuízo de ambos espoletarem efeitos contraordenacionais, as normas relativas à concorrência desleal possuem uma natureza fundamentalmente delitual civil e até criminal (cf. arts. 318.º e segs. do Código da Proprie-

¹⁰ FUENTES, J. Massaguer, *Las Prácticas Agressivas como Acto de Competencia Desleal*, in: 27 “Actualidade Jurídica Uría Menéndez” (2010), 17-32. Questão que se pode colocar é a de saber qual o regime aplicável no caso de uma determinada prática comercial desleal preencher simultaneamente a previsão de ambos os diplomas legais. Conquanto “summo rigore” estejamos perante dois ilícitos contraordenacionais distintos, com processos autónomos e efeitos porventura diversos, seria decerto desejável uma harmonização nesta matéria. Cf. também CRISTAS, Assunção, *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A Propósito da Diretiva 2005/29/CE*, 158, in: “Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos – Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa”, 141-162, Almedina, Coimbra, 2007.

¹¹ Trata-se de pressupostos cumulativos: assim, se uma prática comercial for contrária à diligência profissional, mas não afetar materialmente o comportamento económico dos consumidores, ou, inversamente, afetar o comportamento destes mas for conforme à diligência profissional, ela não será, em princípio, regida pela LPCD, muito embora o possa ser pelo Código da Propriedade Industrial. Cf. também LEITÃO, A. Menezes, *Práticas Comerciais Desleais como Impedimento à Outorga de Direitos Industriais?*, 558 e s., in: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida”, 549-567, Almedina, Coimbra, 2011.

dade Industrial), ao passo que as normas relativas às práticas comerciais desleais possuem uma natureza fundamentalmente contratual (art. 14.º da LPCD).

IV. Por último, sublinhe-se ainda que são numerosas as interações da LPCD com outras leis, mercantis e não só.

É o caso da disciplina jurídica da publicidade enganosa, de que se ocupa o Código da Publicidade (arts. 10.º e 11.º). É certo que são hoje diferentes os âmbitos de aplicação da LPCD e deste Código em matéria de publicidade enganosa: com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, a LPCD passou a ocupar-se da publicidade enganosa nas relações entre empresários e consumidores (arts. 7.º a 10.º-A), tendo o Código da Publicidade ficado confinado exclusivamente às relações entre empresários (art. 43.º)¹². Todavia, continuam a subsistir zonas de charneira ou até de sobreposição parcial: assim sucede, por exemplo, no domínio de determinadas práticas comerciais enganosas interempresariais, onde continuam a concorrer as normas da LPDC (art. 7.º, n.º 3) e do Código da Publicidade (arts. 11.º e 43.º, “a contrario sensu”); além de que, num jogo de referências recíprocas, a LPDC qualifica como prática comercial desleal qualquer prática de promoção comercial, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços de empresas concorrentes (art. 7.º, n.º 2, a)) e o Código da Publicidade qualifica como publicidade comparativa toda a publicidade enganosa nos termos da LPCD (arts. 11.º e 16.º, n.º 2, a)).¹³

Do mesmo modo, apesar das zonas de sobreposição parcial, os requisitos de informação pré-contratual previstos pela LPCD (arts. 10.º e 10.º-A) são menos extensos e pormenorizados do que os previstos pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, para os contratos à distância e fora do estabelecimento comercial (arts. 4.º e 4.º-A) e mais extensos e pormenorizados do que os previstos pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, para os contratos eletrónicos (art. 28.º); e também os requisitos da indicação dos preços de bens nas vendas a retalho previstos no Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de abril (arts.

¹² O art. 43.º do Código da Publicidade determina que “o disposto nos artigos 10.º, 11.º e 16.º do presente Código aplica-se apenas à publicidade que não tenha como destinatários os consumidores”, preceito este que foi justamente introduzido pelo citado Decreto-Lei n.º 57/2008 e que coincidiu com a entrada em vigor da LPCD.

¹³ Sobre a interação entre as leis da publicidade enganosa e comparativa, vide os Acórdãos do TJUE de 13-III-2014 (*Posteshop SpA c. Autorità Garante della Concorrenza*), in: ECLI:EU:C:2014:150, e de 8-II-2017 (*Carrefour Hypermarchés c. ITM Alimentaire International*), in: ECLI:EU:C:2017:95.

5.º e segs.) não são totalmente coincidentes com os previstos na LPCD (arts. 7.º, n.º 1, d) e 10.º, c)).¹⁴

Em regra, estas e outras interações poderão ser resolvidas através da norma do art. 9.º, n.ºs 1, a) e 4 da LPCD, que considera como substanciais os requisitos de informação exigidos para as comunicações comerciais noutras leis. Nas situações em que tal solução não seja operante, deve entender-se que, em caso de conflito entre as disposições da LPCD e outras leis setoriais que regulem aspetos específicos das práticas comerciais desleais, estas últimas prevalecem: assim, por exemplo, apesar de as vendas associadas obrigatórias serem sempre proibidas à luz da LPCD, elas podem ser permitidas em certos casos no âmbito dos contratos de crédito imobiliário a consumidores (art. 11.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 74/A-2017, de 23 de junho, art. 8.º da Lei n.º 24/2023, de 29 de maio).¹⁵

§2 Âmbito de Aplicação

I. O âmbito de aplicação da LPCD está delimitado por aspetos de natureza subjetiva (relativos aos sujeitos ou destinatários), objetiva (relativos aos contratos e cláusulas contratuais), material (relativos à tutela legal) e espacial (relativos à lei aplicável).

2.1. Âmbito Subjetivo

I. O âmbito subjetivo do regime legal das práticas comerciais desleais encontra-se centrado nas relações entre *empresas e consumidores* (“business-to-consumer relationships” ou B2C) (art. 1.º, n.º 1 da LPCD). No comum dos casos, portanto, as suas normas encontram o respetivo epicentro na disciplina das relações entre um consumidor (sujeito ativo)¹⁶ e um empresário ou profis-

¹⁴ Sobre a interação entre as leis relativas às indicações de preços, vide o Acórdão do TJUE de 7-VI-2016 (*Citroën Commerce GmbH c. Zentralvereinigung des Kraftfahrzeuggewerbes*), in: ECLI:EU:C:2016:527.

¹⁵ Cf. Acórdão do STJ de 12-XI-2020 (M. PRAZERES BELEZA), in: www.dgsi.pt. Essa prevalência apenas respeita aos aspetos específicos da prática comercial regulados pela norma setorial, continuando a LPCD a ser aplicável e relevante nos demais aspetos (cf. Acórdão do TJUE de 16-VI-2015 (*Abcur AB c. Apoteket Farnaci AB*), in: ECLI:EU:C:2015:481). Sublinhe-se que, paralelamente a este regime geral, poderão existir regimes legais especiais, movidos por finalidades regulatórias particulares: veja-se assim, por exemplo, as práticas proibidas em sede de comercialização de livros (arts. 4.º e 4.º-A do Decreto-Lei n.º 176/96, de 16 de setembro).

¹⁶ O legislador define como «consumidor» “qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional” (art. 3.º, a) da LPCD).

sional (sujeito passivo)¹⁷ relativa ao fornecimento de bens, prestação de serviços ou transmissão de direitos (objeto) destinados a qualquer uso não profissional (fim).¹⁸

II. Tal não significa, todavia, que o regime legal seja irrelevante no domínio das relações *entre empresários* (“business-to-business relationships” ou B2B). Com efeito, tal regime é aplicável às relações interempresariais no que tange à proibição das práticas comerciais enganosas que contenham informação falsa ou informação verdadeira que induza ou seja suscetível de induzir em erro em relação a um conjunto de elementos informativos (arts. 1.º, n.º 2 e 7.º, n.º 3 da LPCD) além de aos empresários concorrentes ser lícito oporem-se a quaisquer das práticas comerciais desleais proibidas, seja perante autoridade judicial – mediante a propositura de ação inibitória, com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar estas (art. 16.º da LPCD, arts. 10.º e 11.º da Lei de Defesa do Consumidor) – seja perante autoridade administrativa – mediante solicitação de aplicação de medidas cautelares (art. 20.º, n.º 1 da LPCD). Finalmente, recorde-se que as práticas comerciais desleais entre empresários se encontram ainda sujeitas a disciplinas congêneres de natureza geral (v.g., as regras sobre práticas desleais previstas no Código da Publicidade ou no Código da Propriedade Industrial) ou setorial (v.g., o Decreto-Lei n.º 76/2021, de 7 de agosto, relativo às práticas comerciais desleais nas relações entre empresas na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar).

2.2. *Âmbito Objetivo*

I. O âmbito objetivo do regime legal possui uma *vocação genérica e transversal*, de um ponto de vista negocial, jurídico ou material.

II. Com efeito, como logo no seu preceito inaugural é referido expressamente, o referido regime é aplicável às “práticas comerciais desleais [...] ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço (...)” (art. 1.º, n.º 1 da LPCD). Tal significa que a proibição das práticas

¹⁷ O legislador define como «profissional» “qualquer pessoa singular ou coletiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, atue no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem atue em nome ou por conta desse profissional” (art. 3.º, b) da LPCD).

¹⁸ Sobre a noção de relação de consumo, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito do Consumo*, 45 e ss., Almedina, Coimbra, 2019.

comerciais desleais, prevista em sede geral no art. 4.º da LPCD, vale para a totalidade da *vida ou espectro das relações negociais* entabuladas entre empresas e consumidores, que afetem ou possam afetar o comportamento destes últimos, abrangendo as condutas relevantes no plano pré-contratual (“maxime”, promoção e negociação), contratual (“maxime”, formação, execução e extinção) e pós-contratual (“maxime”, efeitos).¹⁹

III. Depois ainda, o regime legal adotou um *conceito amplo de prática comercial*, definindo-a como “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor” (art. 3.º, d) da LPCD). Tal significa agora que a proibição legal vale, em princípio, para *todo o espectro de condutas dos empresários*, independentemente da sua natureza jurídica (ato material, declaração de vontade ou ciência, negócio), material (ação ou omissão), económica (v.g., promoção, publicidade, pontos de venda, feiras, exposições) ou suporte comunicacional (v.g., contacto pessoal, brochuras, “mass media”, “internet”, “outdoors”, redes sociais).²⁰

IV. Enfim, digno de nota é igualmente a consagração de uma *noção ampla de “produto”*. Com efeito, por força da alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro, tal conceito passou a abranger não apenas quaisquer bens ou serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações, mas também “conteúdos e serviços digitais” (art. 3.º, c) da LPCD). Sendo a LPCD uma lei tecnologicamente neutra, ela aplica-se também *às transações “em linha”* (“online”) entre empresas e consumidores, abrangendo assim, quer os bens e

¹⁹ Um exemplo são as *atividades de cobrança de dívidas*. Assim, no acórdão “Gelvora”, a jurisprudência europeia considerou que a relação jurídica entre uma agência de cobrança de dívidas e o devedor, que não cumpriu um contrato de crédito ao consumo e cuja dívida foi cedida a essa agência, é considerada como prática comercial pós-venda sujeita à aplicação do regime das práticas comerciais desleais (Acórdão do TJUE de 20-VII-2017 (*Gelvora UAB c. Valstybinė*), in: ECLI:EU:C:2017:573).

²⁰ Esta amplitude tem suscitado dúvidas particulares relativamente à aplicação da LPCD a determinados domínios específicos. Um exemplo recente são as “alegações ambientais” e “ecológicas”, que consistem em práticas das empresas no contexto das suas relações com o público e os consumidores relativas aos atributos ambientais dos seus bens ou serviços (v.g., “biodegradável”, “verde”, “amigo do ambiente”, “zero emissões”), as quais, quando inverídicas ou inverificáveis, são designadas “práticas de branqueamento ecológico (“green washing”). Apesar de a LPCD não conter regras específicas relativas a tais práticas, as cláusulas gerais dos seus arts. 5.º e 7.º, conjugadas com a copiosa legislação especial existente em matéria de ambiente (por exemplo, etiquetagem energética, rotulagem ecológica, economia de combustível, etc.), constitui já hoje uma base jurídica para a respetiva disciplina e controlo. Sobre esta nova praga, vide MARCATAJO, Gabriella, *Green Claims, Green Washing and Consumer Protection in the European Union*, in: 30 “Journal of Financial Crime” (2021), 143-153.

serviços pertencentes ao setor digital²¹, quer as práticas em ambiente digital (v.g., sítios “web”, plataformas em linha, mercados em linha, redes sociais, lojas virtuais de aplicações, motores de pesquisa, ferramentas digitais de comparação, tecnologias de inteligência artificial e algorítmicas, etc.)²². Em conformidade, foram ainda previstas disposições legais sobre as práticas comerciais relativas aos mercados e às pesquisas em linha (arts. 3.º, n), 8.º, n), 10.º, b) e f) e 10.º-A da LPCD).

2.3. *Âmbito Material*

I. O âmbito material do regime legal é constituído nuclearmente por uma “grande” *cláusula geral* – que define como “prática comercial desleal” toda aquela que seja “desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço” (art. 5.º, n.º 1 da LPCD) – e por duas “pequenas” cláusulas gerais e um catálogo casuístico das *práticas em especial* – ordenadas à luz de uma divisão fundamental entre “práticas enganosas” e “práticas agressivas” (arts. 6.º e segs. da LPCD).²³

²¹ Nos termos do art. 2.º, n.º 1, h) e r) do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de abril, são “conteúdos digitais” os dados produzidos e fornecidos em formato digital (v.g., programas e aplicações informáticas, ficheiros de vídeo, áudio ou música, jogos digitais, etc.) e são “serviços digitais” aqueles que permitem ao consumidor criar, tratar, armazenar ou aceder a dados em formato digital ou que permitem a partilha ou outra interação com os dados em formato digital criados ou carregados pelo consumidor ou outros utilizadores desse serviço (v.g., “software” de partilha de ficheiros, redes sociais, etc.). Cf. ANTUNES, J. Engrácia, *A Compra e Venda de Consumo*, 509, in: VIII “Revista de Direito Civil” (2023), 493-544; CARVALHO, J. Morais, *Compra e Venda e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais: Anotação ao Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro*, 22, Almedina, Coimbra, 2022.

²² COTEANU, Cristina, *Cyber Consumer Law and Unfair Trading Practices*, Routledge, New York, 2017. Para ilustrações jurisprudenciais, vide os Acórdãos do TJUE de 9-XI-2016 (*Sabrina Wathelet c. Garage Bietheres & Fils SPRL*), in: ECLI:EU:C:2016:840, e de 30-III-2017 (*Verband Sozialer Wettbewerb*), in: ECLI:EU:C:2017:243.

²³ Sublinhe-se que, para além destas duas categorias fundamentais, a lei previu ainda uma terceira categoria de prática especial: as práticas contra *consumidores particularmente vulneráveis*, os quais são assim objeto de um nível mais elevado de proteção (v.g., idosos, deficientes, adolescentes e crianças). Nos termos do art. 6.º, a) da LPCD), “são desleais em especial [...] as práticas comerciais suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era suscetível de provocar essa distorção”. Cf. RODRIGUES,

II. Além desta distinção entre prática comercial desleal em geral e práticas comerciais desleais em especial, é ainda necessário ter presente que o regime destas últimas se encontra também construído sobre a base de uma distinção entre cláusulas gerais – que definem genericamente o que se entende por “prática enganosa” (art. 7.º da LPCD) e por “prática agressiva” (art. 11.º da LPCD) – e um catálogo ou “lista negra” de práticas concretas que são consideradas em qualquer circunstância como “enganosas” (art. 8.º da LPCD) e “agressivas” (art. 12.º da LPCD). Estas listas negras contêm um total de 37 práticas comerciais proibidas – das quais 29 práticas enganosas e 8 práticas agressivas²⁴ –, possuindo uma natureza taxativa²⁵: trata-se de práticas que, pela sua gravidade e ocorrência frequente, gozam de um sistema probatório facilitado, sendo automaticamente consideradas desleais, dispensando a verificação do preenchimento dos requisitos da noção geral de prática “enganosa” ou “agressiva” no caso concreto.²⁶

III. Este sistema multinível ou de “matriosca” normativa é fundamental para perceber o sentido da aplicação e funcionamento *invertido* da LPDC, já que, para ser qualificada como desleal, enquanto tal proibida nos termos da lei, basta que uma prática comercial preencha os critérios de alguma destas cláusulas gerais ou previsões casuísticas. Assim, uma prática comercial será automaticamente havida como desleal caso seja subsumível a qualquer uma das condutas concretas constantes das “listas negras” dos arts. 8.º e 12.º (art. 6.º, c) da LPCD);

H. Rigor, *A Proteção dos Consumidores Particularmente Vulneráveis nas Práticas Comerciais Desleais*, in: 56 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2008), 83-118.

²⁴ Tais listas negras resultam da transposição da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio, onde se prevê um elenco de 31 práticas, das quais 23 práticas enganosas e 8 práticas agressivas (Anexo I).

²⁵ Essa taxatividade explica-se pela necessidade de atingir os objetivos de segurança jurídica no seio das transações transfronteiriças, justamente subjacente à filosofia de harmonização máxima da Diretiva: por essa razão, o Tribunal de Justiça da União Europeia já chegou a considerar contrárias ao direito europeu algumas legislações nacionais mais restritivas que proibem outras práticas comerciais não previstas no elenco do Anexo I da Diretiva: neste sentido, vide o Acórdão do TJUE de 13-IV-2009, nos processos apensos C-261/07 (*VTB-VAB NV c. Total Belgium NV*) e 299/97 (*Galatea BVBA c. Sanoma Magazines Belgium NV*), in: ECLI:EU:C:2009:244.

²⁶ Apesar de clara nos seus termos gerais, a distinção entre práticas enganosas e agressivas suscita algumas perplexidades nos casos concretos, tal como é bem ilustrado pelo confronto das respetivas listas negras. Assim, por exemplo, a prática de manipulação emocional do consumidor foi qualificada como enganosa (art. 8.º, o)), quando na verdade o seu elemento distintivo reside na agressividade da mesma (cf., v.g., art. 12.º, g)); inversamente, a prática de falsos prémios foi qualificada como agressiva (art. 12.º, h)), quando na realidade o seu elemento distintivo reside no engano (cf., v.g., art. 8.º, w), todos da LPCD). Cf. também, para a distinção entre ações e omissões, RASCHEL, Evan, *Evanescence de la Distinction des Pratiques Commerciales Trompeuses par Action et par Omission*, in: 3 “Actualité Juridique – Pénal” (2017), 129-130.

caso não seja enquadrável em nenhum dos eventos casuísticos previstos nestas listas, ela poderá ser também havida como desleal se preencher os requisitos do conceito geral de “prática enganosa” ou “prática agressiva” previstos respetivamente nos arts. 7.º e 9.º (art. 6.º, b) da LPCD); enfim, caso tal não se verifique, ela poderá ainda ser havida como desleal se for desconforme à diligência profissional e suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico de um consumidor médio (art. 5.º da LPCD).

2.4. *Âmbito Espacial*

I. Por fim, quanto ao âmbito espacial de aplicação, cumpre assinalar que a LPCD se aplica, não apenas às práticas comerciais nacionais, mas igualmente às práticas comerciais internacionais ou transfronteiriças, ou seja, às práticas comerciais intercedentes no âmbito de relações estabelecidas entre consumidores residentes em Portugal e empresários sediados em território nacional ou estrangeiro.

II. Relevantes, para estes efeitos, são as disposições do *Regulamento CE/864/2007*, de 11 de julho, relativo às obrigações extracontratuais em matéria civil e comercial (“Roma II”), muito em particular as regras contidas no seu art. 6.º: nos termos deste preceito, “a lei aplicável a uma obrigação extracontratual decorrente de um ato de concorrência desleal é a lei do país em que as relações de concorrência ou os interesses coletivos dos consumidores sejam afetados ou sejam suscetíveis de ser afetados” (n.º 1), a qual “não pode ser afastada por acordos [de escolha da lei aplicável]” (n.º 4). Tal significa que o empresário estrangeiro que, no âmbito de contrato celebrado com um consumidor português, praticar uma conduta proibida pela LPCD que seja suscetível de afetar os interesses deste último (ou até os interesses coletivos dos consumidores portugueses), ficará sujeito às consequências previstas naquela lei, independentemente de esta não ser a lei escolhida pelas partes para regular o respetivo contrato.²⁷

²⁷ Sobre os contratos e os litígios internacionais de consumo, e sua regulação, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Os Conflitos de Consumo*, in: 19 “Estudos de Direito do Consumidor” (2023), em curso de publicação; PINHEIRO, L. Lima, *Direito Aplicável aos Contratos com Consumidores*, in: 61 “Revista da Ordem dos Advogados” (2001), 155-170; TEIXEIRA, P. Nascimento, *A Questão da Proteção dos Consumidores nos Contratos Plurilocalizados*, in: 54 “Revista da Ordem dos Advogados” (1994), 181-262; VICENTE, D. Moura, *Lei Reguladora dos Contratos de Consumo*, 76 e ss., in: II “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2005), 75-101. Para maiores desenvolvimentos, vide HILL, John, *Cross-Border Con-*

§3 Cláusula Geral de Proibição

3.1. Noção e Requisitos

I. Os arts. 4.º e 5.º da LPCD preveem uma *cláusula geral de proibição de práticas comerciais desleais*: depois de cominar perentoriamente que “[s]ão proibidas as práticas comerciais desleais” (art. 4.º), o legislador estabeleceu que “é desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço” (art. 5.º). Pode assim dizer-se que a aplicação desta cláusula geral proibitiva está dependente do preenchimento cumulativo, nos casos concretos, de quatro pressupostos essenciais.²⁸

II. Em primeiro lugar, a existência de um *contrato de consumo*, “rectius”, de uma relação jurídica de consumo entre um empresário/profissional e um consumidor. Aspeto relevante é que o conceito de “profissional” abrange todo o tipo de pessoa singular ou coletiva ainda que não seja uma empresa (v.g., entidades públicas, organizações não lucrativas)²⁹ e também os terceiros que atuem em nome ou por conta dessa pessoa (v.g., intermediários, outras empresas, consumidores-vendedores, “influenciadores”) (art. 3.º, n.º 1, b) da LPCD).³⁰

III. Em segundo lugar, a existência de uma *prática comercial*, ou seja, qualquer conduta ativa ou omissiva do empresário/profissional relacionada diretamente com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao

sumer Contracts, Oxford University Press, Oxford, 2009; KLAUSNER, E. António, *Direito Internacional do Consumidor: A Proteção do Consumidor no Livre Comércio Internacional*, Jurua Editora, Curitiba, 2012; SACHSE, Kathrin, *Der Verbrauchervertrag in Internationalen Privat- und Prozessrecht*, Mohr, Tübingen, 2006.

²⁸ Sobre tal cláusula, vide SIMÃO, J. Carita, *A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores*, 1033 e ss., in: 4 “Revista de Direito das Sociedades” (2012), 1009-1045; CARVALHO, J. Morais, *Práticas Comerciais Desleais das Empresas Face aos Consumidores*, 188 e ss., in: III “Revista de Direito das Sociedades” (2011), 187-219; LEITÃO, L. Menezes, *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo*, 425 e ss., in: 71 “Revista da Ordem dos Advogados” (2011), 423-445; RODRIGUES, H. Rigor, *A Cláusula Geral das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores*, in: 758 “JusNet – Wolters Kluwer” (2009), 1-27.

²⁹ Acórdão do TJUE de 3-X-2013 (*BKK Mobil Oil*), in: ECLI:EU:C:2013:634 [§ 32].

³⁰ Sobre as práticas comerciais executadas por outras empresas, vide o Acórdão do TJUE de 17-X-2013 (*RLvS Verlagsgesellschaft c. Stuttgarter Wochenblatt GmbH*), in: ECLI:EU:C:2013:669 [§ 38]. Sobre as “vendas ocultas” efetuadas em nome de empresas por pessoas que aparentam ser consumidores, bem como os critérios para a distinção, vide o Acórdão do TJUE de 4-X-2018 (*Komisija za zashtita na potrobitelite c. Evelina Kamenova*), in: ECLI:EU:C:2018:808 [§§ 30 e ss.].

consumidor (arts. 3.º, d) e 5.º, n.º 1 da LPCD). Aspeto relevante é o de que se exige a existência de uma relação direta entre a prática e a promoção/venda/fornecimento³¹, sendo, todavia, irrelevante a natureza da prática comercial (reiterada ou pontual) ou o seu alcance (consumidores indeterminados ou um consumidor concreto)³², bem como o momento dessa prática (anterior, contemporâneo ou posterior à celebração de contrato de consumo, v.g., práticas pós-venda, atividades de cobrança de dívidas).³³

IV. Em terceiro lugar, a desconformidade da prática comercial com um critério de *diligência profissional* dessa prática, ou seja, com o padrão ou bitola de cuidado e competência especializada que se pode razoavelmente esperar de um empresário/profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e/ou com o princípio geral de boa-fé no âmbito da atividade profissional (arts. 3.º, h) e 5.º, n.º 1 da LPCD). Aspeto relevante é que se trata de conceitos gerais indeterminados conhecidos da Ordem Jurídica (“boa-fé”, “prática honesta de mercado”, “cuidado e competência”) que devem aplicados objetivamente, abstraindo da situação concreta de cada empresa ou consumidor, sem prejuízo de poderem ser densificados por códigos de conduta nacionais e internacionais (art. 17.º da LPCD) ou concretizados por normas legais setoriais (v.g., em sede de crédito hipotecário, de serviços financeiros, etc.).³⁴

V. Por último, um efeito de *distorção substancial (efetiva ou potencial) do comportamento económico do consumidor* relativamente a certo bem ou serviço, conduzindo aquele a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo (arts. 3.º, e) e 5.º, n.º 1 da LPCD)³⁵. Este último pressuposto é complexo, envolvendo a consideração simultânea de dois elementos. Por um lado, a existência de uma “decisão de transação”, ou seja, de uma deci-

³¹ Sobre o conceito de relação direta, vide os Acórdãos do TJUE de 19-XII-2013 (*Trento Sviluppo srl c. Autorità Garante della Concorrenza*), in: ECLI:EU:C:2013:859 [§§ 33 e ss.], de 16-IV-2015 (*UPC Magyarországi Kft*), in: ECLI:EU:C:2015:225 [§§ 35 e ss.], e de 4-VII-2019 (*Freddy Kirschstein e Thierry Kirschstein*), in: ECLI:EU:C:2019:563 [§§ 44 e ss.].

³² Acórdão do TJUE de 16-IV-2015 (*UPC Magyarországi Kft*), in: ECLI:EU:C:2015:225 [§§ 41, 42 e 60].

³³ Acórdão do TJUE de 20-VII-2017 (*Gelvora UAB c. Valstybinė*), in: ECLI:EU:C:2017:573.

³⁴ LUCHETTI, Luca, *Pratiche Commerciali Sleali e Diligenza Professionale: Profili Comparatistici e Diritto Europeo*, Dissertação, Macerata, 2012.

³⁵ Sobre a chamada “market manipulation”, que justamente explora as vulnerabilidades cognitivas do processo de decisão do consumidor, vide RAMOS, M. Vieira, *Psicologia e Direito do Consumo: A Proteção do Consumidor face aos Efeitos das Modernas Práticas Comerciais*, 9 e ss., Dissertação, Lisboa, 2018.

são tomada pelo consumidor “sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir” (art. 3.º, k da LPCD): estão aqui abrangidas, por conseguinte, todas as decisões sejam elas positivas ou negativas – v.g., o consumidor decide contratar quando sem a prática desleal não o faria, decide não contratar quando sem tal prática o faria, ou decide contratar em termos diferentes daqueles em que faria sem tal prática – e sejam elas anteriores, contemporâneas ou posteriores – isto é, não apenas a decisão de aquisição ou não de um bem ou serviço propriamente dita, mas também as decisões anteriores (v.g., deslocação a loja, visita de página “web”) ou posteriores (v.g., resolução do contrato, troca do prestador de serviço) com aquela relacionadas³⁶. Por outro lado, a remissão para um conceito de “consumidor médio” (art. 5.º, n.º 2 da LPCD)³⁷: a avaliação da qualidade distorciva da prática comercial toma como referente o paradigma de um consumidor médio em geral (ou, tendo como destinatário um grupo específico, o consumidor médio desse grupo), isto é, de um consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e advertido³⁸. Considerando o modelo vago, ficcionado e estereotipado que lhe subjaz, tal bitola legal pecará sempre por defeito – se o

³⁶ Acórdão do TJUE de 19-XII-2013 (*Trento Sviluppo srl c. Autorità Garante della Concorrenza*), in: ECLI:EU:C:2013:859 [§§ 35 e ss.]

³⁷ Sobre tal conceito – que já foi certamente qualificado de “perigosa abstração” (LIZ, A. Pegado, *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*, 271, Ed. Notícias, Lisboa, 1999) –, vide KRÜGER, M. Gálvez, *O Consumidor de Referência para Avaliar a Deslealdade da Publicidade e de Outras Práticas Comerciais*, in: AA.VV., “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida”, vol. I, 521–548, Almedina, Coimbra, 2011; RODRIGUES, H. Rigor, *O Conceito Consumidor Médio no Panorama Comunitário: Subsídios para a sua Compreensão*, in: 58 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2009), 15–42. Noutras latitudes, vide DUIVENVOORDE, Bram, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Studies in European Economic Law and Regulation (vol. 5), Springer, Cham, 2015; INCARDONA, Rossela/PONCIBÒ, Cristina, *The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution*, in: 30 “Journal of Consumer Policy” (2007), 21–38; MAK, Vanessa, *Standards of Protection: In Search of the “Average Consumer” of EU Law*, in: 1 “European Review of Private Law” (2011), 25–42; WILHELMSSON, Thomas, *The Average Consumer – A Legal Fiction?*, in: “Private Law and the Many Cultures of Europe”, 243–268, Kluwer Law International, Netherlands, 2007.

³⁸ Sobre tal conceito na jurisprudência europeia, já desenvolvido previamente à própria regulação das práticas comerciais desleais, vide sucessivamente os Acórdãos do TJUE de 6-VII-1995 (*Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln c. Mars GmbH*), in: ECLI:EU:C:1995:224 [§ 24], de 16-VII-1998 (*Gut Springenheide GmbH c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*), in: ECLI:EU:C:1998:369 [§ 31], de 13-I-2000 (*Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group*), in: ECLI:EU:C:2000:8 [§ 28], e de 24-IX-2002 (*Gottfried Linhart e Hans Biff*), in: ECLI:EU:C:2002:618 [§ 35]. Na jurisprudência portuguesa, embora com enfoque nas leis dos sinais distintivos do comércio, vide os Acórdãos

padrão for elevado, a lei será ineficaz, deixando sem proteção aqueles consumidores que mais dela necessitam – ou por excesso – se o padrão for reduzido, a lei nivelará por baixo e fomentará a irresponsabilidade do comportamento dos próprios consumidores.³⁹

3.2. *Sentido Geral*

I. Como sucede por vezes com algumas cláusulas gerais utilizadas pelo legislador, a cláusula proibitiva geral prevista no art. 5.º da LPCD será de aplicação relativamente rara na prática, atento o número, cumulatividade e complexidade dos respetivos pressupostos de aplicação, bem como as inerentes dificuldades probatórias.⁴⁰

II. O seu significado fundamental reside em constituir uma *disposição de “ultima ratio”*, ou seja, uma espécie de “carro-vassoura” destinado a assegurar que quaisquer práticas comerciais desleais que não possam subsumir-se em nenhuma das categorias especiais legalmente previstas (isto é, não possam ser qualificadas como enganosas ou agressivas ao abrigo dos arts. 6.º e segs. da LPCD) não escaparão ao crivo da lei e não ficarão por sancionar, além de permitir manter a abertura e eficácia do sistema legal perante o contínuo surgimento de novas práticas desleais.

III. A “grande” cláusula geral do art. 5.º da LPCD é *autónoma* relativamente às categorias específicas das práticas desleais previstas nos seus arts. 6.º e segs. – mormente, às “pequenas” cláusulas gerais destas últimas –, pelo que os respetivos pressupostos não são havidos como critérios ou requisitos adicionais

do STJ de 7-VII-2022 (FÁTIMA GOMES), de 5-VII-2018 (SOUSA LAMEIRA), de 9-VI-2016 (PIRES DE ROSA) e de 22-IV-2004 (ABÍLIO VASCONCELOS), todos in: www.dgsi.pt.

³⁹ Como sublinha Pedro MAIA, “a excessiva proteção acaba por induzir irresponsabilidade na atuação de alguns consumidores, cientes de que, mesmo não informados, mesmo não atentos, mesmo não advertidos, colherão da lei a mesma proteção”, além de assim “pouco estímulo terem para elevar o padrão do seu comportamento” (*Contratação à Distância e Práticas Comerciais Desleais*, 170, in: 9 “Estudos de Direito do Consumidor” (2013), 143-176).

⁴⁰ Liz, J. Pegado, *Práticas Comerciais Desleais*, 107, in: IV “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2014), 79-141. Um importante terreno de incidência do art. 5.º da LPCD são as cláusulas contratuais gerais, as quais poderão configurar uma prática comercial desleal: sobre o ponto, vide SANTOS, T. Moura, *A Tutela do Consumidor entre os Contratos de Adesão e as Práticas Comerciais Desleais*, espec. 13 e ss., in: 1 “Revista de Direito Eletrónica” (2016), 1-53; na jurisprudência, Acórdão do TJUE de 15-II-2013 (*Jana Pereničová e Vladislav Perenič c. SOS financ spol*), in: ECLI:EU:C:2012:144 [conclusões].

O Direito 155.º (2023), III, 415-446

da qualificação das práticas enganosas (arts. 7.º a 9.º) e das práticas agressivas (arts. 11.º e 12.º).⁴¹

§4 PRÁTICAS ENGANOSAS

4.1. *Noção e Tipos*

I. A primeira grande categoria das práticas comerciais desleais são as *práticas enganosas* (“misleading commercial practices”, “irreführend Geschäftspraktiken”, “pratiques commerciales trompeuses”, “pratiche commerciali ingannevoli”).⁴²

II. O sistema da LDPC regula estas práticas na base de duas distinções essenciais, que se podem ocasionalmente sobrepor ou entrecruzar: por um lado, a lei distingue entre *ações* enganosas (arts. 7.º e 8.º) e *omissões* enganosas (arts. 9.º a 10.º-A); por outro, no que respeita às práticas enganosas, a lei previu uma *noção geral* (que define genericamente o que se entende por “prática enganosa”: cf. art. 7.º) e uma “*lista negra*” ou catálogo casuístico de práticas concretas que são consideradas em qualquer circunstância como enganosas (cf. art. 8.º, todos da LPCD).

III. No que diz respeito às *práticas enganosas*, o legislador definiu-as como “a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente corretas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo” (art. 7.º, n.º 1 da LPCD).

Nestes termos, uma conduta ou ação (jurídica ou material) do empresário/profissional será enganosa quando se encontrem preenchidos os seguin-

⁴¹ Cf. também os Acórdãos do TJUE de 19-IX-2013 (*CHS Tour Services GmbH c. Team4 Travel GmbH*), in: ECLI:EU:C:2013:57 [§§ 45 e 46] e de 16-V-2015 (*Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*), in: ECLI:EU:C:2015:225 [§ 63].

⁴² Sobre a figura das práticas enganosas, vide FOURNIER, Stéphanie, *Pratiques Commerciales Trompeuses*, in: “JurisClasseur Pénal des Affaires” (2016), Fasc. 10; HINTERMAYR, Johannes/MAYER, Anna, *Zur Auslegung einer “irreführenden Geschäftspraxis”*, in: 2 “Zeitschrift für Informationsrecht” (2014), 142-149; PICCA, Tiziana, *Le Pratiche Commerciali Ingannevoli e le Diverse Manifestazioni dell’«Ingannevolezza» tra Codice del Consumo, Codice Civile e Codice Penale*, Dissertação, Roma, 2011; WILHELMSSON, Thomas, *Misleading Practices*, in: Howells, G./Micklitz, H.-W./Wilhelmsson, T. (eds.), “European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive”, 123-165, Routledge, Oxon/New York, 2016.

tes três pressupostos cumulativos. “Primus”, que ela seja suscetível de induzir o consumidor em erro, bastando essa mera suscetibilidade em abstrato (e não a sua verificação em concreto)⁴³ e podendo aquela resultar tanto de informações falsas como até objetivamente verdadeiras (v.g., “maxime”, no caso de publicidade enganosa em que, mercê da forma de apresentação da informação, o consumidor seja levado a interpretá-la erroneamente)⁴⁴. “Secundus”, que essa indução em erro recaia sobre algum aspeto ou elemento essencial do contrato celebrado, os quais, de resto, podem ser muito variados (art. 7.º, n.º 1, “in fine”, da LPCD): aqui se incluem, designadamente, o preço e respetiva forma de cálculo (v.g., práticas de fracionamento de preços)⁴⁵, as características do bem ou serviço (v.g., vantagens, riscos, acessórios, entrega, garantias de conformidade, serviços pós-venda), a natureza, atributos e direitos do empresário (v.g., alegação de autorização de venda de bem sujeito a distribuição seletiva) e os direitos do consumidor (v.g., em sede de direito de desistência contratual)⁴⁶. “Tertius”, que essa indução em erro seja suscetível de conduzir o consumidor

⁴³ No sentido da desnecessidade de uma avaliação em concreto, vide também CARVALHO, M. Morais, *O Conceito de Publicidade Enganosa*, 688, in: AA.VV., “Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais”, vol. III, 675-706, Coimbra Editora, Coimbra, 2007; LOK, K. Long, *A Tutela dos Consumidores nas Publicidades Enganosas*, 433, in: 12 “Estudos de Direito do Consumidor” (2017), 423-453; SIMÃO, J. Carita/SOARES, S. Assunção, *Práticas Comerciais Desleais em Geral e em Linha: A Diretiva (UE) 2019/2161, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de novembro, a sua Transposição Parcial para o Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro, e o Reforço da Proteção dos Direitos dos Consumidores*, 656, in: AA.VV., “Estudos de Direito do Consumo”, vol. I, 649-681, Almedina, Coimbra, 2023.

⁴⁴ Para uma ilustração, a respeito da campanha publicitária do operador de telecomunicações MEO relativa à oferta de chamadas ilimitadas, vide o Acórdão da Relação de Lisboa de 8-XI-2017 (AUGUSTO LOURENÇO), in: www.dgsi.pt. Sobre a publicidade enganosa, vide ANTUNES, J. Engrácia, *O Direito da Publicidade*, 799 e ss., in: XCIII “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra” (2017), 771-848; CARVALHO, M. Morais, *O Conceito de Publicidade Enganosa*, in: AAVV, “Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais”, vol. III, 675-706, Coimbra Editora, Coimbra, 2007; LOK, K. Long, *A Tutela dos Consumidores nas Publicidades Enganosas*, 429 e ss., in: 12 “Estudos de Direito do Consumidor” (2017), 423-453.

⁴⁵ Acórdão do TJUE de 26-X-2106 (*Canal Digital Danmark A/S*), in: ECLI:EU:C:2016:800 [§§ 47 e ss.]. Esta proibição da LPCD abrange também, com as necessárias adaptações, os negócios e práticas sujeitos a regimes legais especiais, v.g., vendas com reduções de preços (Decreto-Lei n.º 70/2007, de 26 de março).

⁴⁶ Nos termos do art. 7.º, n.º 2 da LPCD, são ainda especialmente relevantes as práticas comerciais que envolvam atividades de promoção comercial suscetíveis de criar confusão relativamente a bens, serviços, ou sinais distintivos de empresas concorrentes (“maxime”, publicidade comparativa: cf. ANTUNES, J. Engrácia, *O Direito da Publicidade*, 807 e ss., in: XCIII “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra” (2017), 771-848), de promoção comercial de bens como sendo idênticos aos comercializados noutros Estados-Membros (“maxime”, o chamado “dual quality marketing”: cf. VESELOVSKÁ, Venka, *Dual Quality of Products in Europe: A Serious Problem or a Marketing Opportunity?*, in: 33 “Total Quality Management & Business Excellence” (2022), 1146-1163) e de

a uma decisão de transação que ele não teria tomado de outro modo (cf. art. 3.º, k) da LPCD).⁴⁷

IV. No que diz respeito às *omissões enganosas*, o legislador determina que “tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, é enganosa, e portanto conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, a prática comercial [...] que omite uma informação com requisitos substanciais para uma decisão negocial esclarecida do consumidor [ou] em que o profissional oculte ou apresente de modo pouco claro, ininteligível ou tardio [essa] informação [ou] a intenção comercial da prática, se tal não se puder depreender do contexto” (art. 9.º, n.º 1 da LPCD).

Estão aqui assim abrangidas as omissões de “informação substancial”, entendendo-se por tal os requisitos de informação exigidos para as comunicações comerciais na legislação nacional decorrentes de regras comunitárias (arts. 9.º, n.ºs 3 e 4 da LPCD), incluindo, designadamente, relativas aos contratos de seguro (Lei do Contrato de Seguro), aos contratos financeiros (Código dos Valores Mobiliários), aos contratos de crédito ao consumo (Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho), aos contratos à distância e fora do estabelecimento (Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro), e aos contratos eletrónicos (Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro)⁴⁸. Existe ainda um vasto elenco de informações qualificadas como substanciais relativamente a propostas contratuais ou convites a contratar (art. 10.º da LPCD)⁴⁹ e ainda, quando aos

incumprimento de códigos de conduta (cf. Acórdão do TJUE de 19-IX-2018 (*Bankia SA c. Juan Carlos Merino e o.*), in: ECLI:EU:C:2018:735).

⁴⁷ Sobre tal aspeto, vide *supra* §3, 3.1 (V).

⁴⁸ Está aqui abrangida não apenas a omissão informativa pura e simples, mas também, e sobretudo, a prestação informativa deficiente, apresentada de forma obscura ou tardia: imagine-se, por exemplo, um empresário que informa os consumidores dos seus direitos mediante a divulgação nos seus formulários de adesão do texto integral da Lei de Defesa do Consumidor; ou que apresenta a informação relevante numa promoção comercial televisiva numa língua estrangeira, em letra muito pequena e apenas durante um breve segundo.

⁴⁹ Tais como as características principais do bem ou serviço, o endereço geográfico, a identidade do empresário e a sua firma, o preço (incluindo impostos e taxas) ou o modo como é calculado (bem como, se for caso disso, todos os custos suplementares de transporte, expedição, entrega e serviços postais), as modalidades de pagamento, de expedição ou de execução e o mecanismo de tratamento das reclamações, a existência dos direitos legais ou contratuais de resolução ou de anulação (qualquer que seja a denominação utilizada), e a identificação do terceiro que oferece produtos num mercado em linha (se é um particular ou um empresário/profissional). Para ilustrações jurisprudenciais destas informações em convites a contratar, vide o Acórdão do TJUE de 12-V-2011 (*Konsumentombudsmannen c. Ving Sverige AB*), in: ECLI:EU:C:2011:299.

consumidores de mercados em linha, relativamente aos parâmetros de classificações de produtos obtidos em resultado de pesquisas e avaliações (arts. 3.º, m) e n), 10.º-A da LPCD)⁵⁰. Além da falta de prestação de informação substancial, pode cair também no conceito de omissão enganosa a ocultação da “intenção comercial” subjacente, mormente através de atividades de “marketing” oculto⁵¹. Sublinhe-se finalmente, que, para avaliar se tais omissões ou ocultações são enganosas, isto é, suscetíveis de conduzir o consumidor a tomar diferentes decisões de transação, se deve ter em conta o contexto factual da sua ocorrência e as limitações de espaço e tempo do meio de comunicação utilizado (art. 9.º, n.º 2 da LPCD).⁵²

4.2. *A Lista Negra*

I. Paralelamente às noções gerais da prática e da omissão enganosas, o legislador veio prever no art. 8.º da LPCD uma verdadeira “*lista negra*” de práticas comerciais que, automaticamente e em qualquer circunstância, serão qualificadas como desleais: tal significa dizer que qualquer uma das práticas constantes deste elenco legal será havida como desleal (art. 6.º, c) da LPCD) – enquanto tal, proibida liminarmente (art. 4.º da LPCD) e sujeita às consequências previstas na lei (arts. 14.º, 16.º, 19.º e segs. da LPCD) –, independentemente das circunstâncias do caso concreto e sem necessidade do preenchimento da cláusula geral do art. 7.º da LPCD.

II. Esta “lista negra” é constituída por um extenso catálogo ou elenco fechado de 29 práticas comerciais, sendo aqui apenas possível enunciar as cate-

⁵⁰ Sobre a identificação dos terceiros intermediários, que atuam em nome e por conta de vendedores particulares, vide o Acórdão do TJUE de 9-XI-2016 (*Sabrina Wathélet c. Garage Biethères & Fils SPRL*), in: ECLI:EU:C:2016:840.

⁵¹ Suponha-se um empresário que distribuiu convites ao público para frequentar reuniões intituladas “Eu cuido da minha saúde”, onde oferece um controlo médico básico gratuito (v.g., medição de tensão arterial e nível de colesterol), mas não divulgou o facto de o principal objetivo dessas reuniões ser apresentar e vender os seus produtos aos consumidores. Sobre a publicidade oculta ou subliminar, vide ANTUNES, J. Engrácia, *O Direito da Publicidade*, 805 e ss., in: 93 “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra” (2017), 771-848.

⁵² Na jurisprudência europeia, vide os Acórdãos do TJUE de 12-V-2011 (*Konsumentombudsmannen c. Ving Sverige AB*), in: ECLI:EU:C:2011:299, e de 30-III-2017 (*Verband Sozialer Wettbewerb eV c. DHL Paket GmbH*), in: ECLI:EU:C:2017:243. O Acórdão do TJUE de 26-X-2016 (*Canal Digital Danmark A/S*) veio ainda determinar que, quando seja impossível incluir todas as informações substanciais relativas ao produto e serviço, devido a limitações do meio utilizado (v.g., televisão), o empresário poderá e deverá remeter para o seu sítio “web” (in: ECLI:EU:C:2016:800 [§§ 62-63]).

gorias mais relevantes ou frequentes na “praxis” dos negócios. Assim, serão sempre consideradas como proibidas e inválidas as seguintes práticas comerciais:

- *falsas alegações profissionais*: o empresário afirma ser signatário de um código de conduta quando não o seja ou possuir um código de conduta autorizado por organismo público ou privado quando tal não corresponda à verdade, quando ostente uma marca de qualidade, certificação ou equivalente sem autorização, ou quando alegue falsamente que a sua empresa ou práticas comerciais foram aprovados ou reconhecidos por organismo público ou privado (art. 8.º, a) e d) da LPCD);⁵³
- *publicidade-isco*: o empresário alicia o consumidor a adquirir determinado bem por um preço muito baixo sem que, todavia, disponha previsivelmente de “stocks” suficientes para corresponder a todos os potenciais interessados (art. 8.º, e) da LPCD) ou, após convidar aquele a realizar tal aquisição, altera o preço respetivo, apresenta amostra defeituosa ou recusa mesmo o respetivo fornecimento com a intenção de promover a venda de um bem ou serviço diferente (publicidade “isco-troca”: cf. art. 8.º, f) a h) da LPCD);⁵⁴
- *decisão relâmpago*: o empresário declara falsamente que a promoção de venda de um determinado bem ou serviço apenas é válida durante um período limitado de tempo, a fim de pressionar o consumidor a uma decisão imediata, privando-o do tempo necessário para tomar uma decisão esclarecida (art. 8.º, i) da LPCD);⁵⁵
- *serviços pós-vendas*: o empresário compromete-se a prestar o serviço de assistência pós-venda numa determinada língua ou idioma, vindo depois a assegurá-lo numa língua diversa, sem que o consumidor disso tenha sido

⁵³ Por exemplo, um fabricante de mobiliário publicita aos seus clientes ser subscritor de um Código Internacional de promoção da utilização sustentável da madeira, colocando o logótipo do Código no seu sítio “web”, o qual inclui um compromisso segundo o qual os seus signatários não utilizarão madeira proveniente da floresta amazónica. Todavia, verifica-se que os produtos anunciados no referido sítio “web” contêm madeira justamente proveniente da floresta do Amazonas.

⁵⁴ Por exemplo, uma companhia de aviação realiza uma promoção especial “Voe para Barcelona por apenas 1 €!”, sendo que um consumidor, ao posteriormente tentar reservar o voo, foi informado de que já não existiam bilhetes disponíveis, uma vez que apenas um pequeno número de lugares fora disponibilizado ao preço anunciado.

⁵⁵ Por exemplo, uma loja de venda de bicicletas lança uma campanha de promoção “on line” de um determinado modelo com 50% de desconto, válida durante 24 horas. Apesar de não se tratar exatamente do modelo que pretendia, um consumidor decidiu-se pela aquisição, a fim de aproveitar o desconto, tendo vindo a verificar, pouco tempo depois, que a promoção fora prorrogada por mais duas semanas tanto no sítio “web” como nas lojas físicas do vendedor.

- avisado atempadamente (art. 8.º, j) da LPCD), ou dá a impressão falsa de que o serviço pós-venda está disponível em Estado membro distinto daquele em que o bem ou serviço é vendido (art. 8.º, aa) da LPCD);⁵⁶
- *vendas ilícitas*: o empresário comercializa bem ou serviço ilícitos ou não informa claramente o consumidor da existência de limitações ou restrições legais à sua aquisição, posse ou utilização (art. 8.º, k) da LPCD);⁵⁷
 - *falsas vantagens “especiais”*: o empresário apresenta os direitos legais do consumidor como característica distintiva da respetiva oferta, v.g., garantias legais, direito de desistência (art. 8.º, l) da LPCD);⁵⁸
 - *publi-reportagens*: o empresário dissimula mensagens publicitárias dos seus bens e serviços nos meios de comunicação social, v.g., televisão, rádio, imprensa, sob a aparência de programas de conteúdo informativo ou jornalístico por si financiado (art. 8.º, m) da LPCD);⁵⁹
 - *avaliações e classificações não transparentes*: o empresário apresenta classificações dos seus produtos e serviços decorrentes de consultas em linha aos consumidores, ocultando que se trata de anúncio ou publicidade paga para esse efeito (art. 8.º, n) da LPCD);⁶⁰

⁵⁶ Por exemplo, uma agência de viagens com sede no Reino Unido lança uma campanha de promoção de um pacote de férias nas Caraíbas, tendo comunicado em língua portuguesa com diversos consumidores portugueses que a contactaram com vista à aquisição de um tal pacote ou tendo assegurado a assistência de uma congénere agência de viagens portuguesa. No entanto, vários clientes viajantes portugueses, que durante essas férias foram confrontados com um problema de “overbooking” no voo de regresso, verificaram que a assistência pós-venda ao cliente era apenas dada pela agência inglesa e prestada em língua inglesa.

⁵⁷ Por exemplo, um empresário não inscrito no Registo Nacional das Agências de Viagens e Turismo (RNAVT) promove a venda de pacotes de viagens organizadas (cf. arts. 4.º e 8.º, n.º 2, a) do Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março). Usualmente, a “venda ilícita” refere-se a produtos e serviços que podem ser comercializados, embora sob determinadas condições legalmente previstas (v.g., habilitação para exercício profissional da atividade), e não tanto à venda ilícita propriamente dita (v.g., venda de bens furtados, de estupefacientes), que sempre estaria vedada nos termos gerais (art. 280.º do Código Civil).

⁵⁸ Por exemplo, um estabelecimento de informática lança uma campanha especial de venda de computadores, oferecendo aos seus clientes três anos de garantia e o direito à reparação ou substituição de qualquer computador defeituoso vendido (cf. arts. 2.º e 15.º do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro).

⁵⁹ Por exemplo, um operador de telecomunicações financia uma seção específica de um jornal diário de grande tiragem, intitulada “Vida Digital”, onde realiza a promoção da qualidade dos novos produtos ou serviços que estava prestes a lançar, sem divulgar ao público consumidor a fonte da informação ou a natureza comercial do material exibido.

⁶⁰ Por exemplo, um “site” especializado na comparação da qualidade, preços e grau de satisfação de serviços de hotelaria, que permitia igualmente realizar reservas, atribui uma classificação mais elevada às cadeias hoteleiras que pagavam uma taxa adicional para figurar nesse sítio eletrónico, sem que tal

- *manipulação emocional*: o empresário faz afirmações substancialmente inexatas relativas à natureza e à amplitude do risco para a segurança pessoal ou familiar do consumidor se este não adquirir o bem ou serviço (art. 8.º, o) da LPCD);⁶¹
- *parasitismo*: o empresário promove um bem ou serviço análogo ao produzido ou oferecido por um fabricante específico com vista a levar deliberadamente o consumidor a pensar que, embora não seja esse o caso, o bem ou serviço provêm desse mesmo fabricante (art. 8.º, p) da LPCD);⁶²
- *vendas em “pirâmide”*: o empresário envolve o consumidor num sistema de promoção comercial dos seus bens ou serviços para o qual aquele contribui financeiramente em troca de uma contrapartida que decorre essencialmente da entrada de outros consumidores no sistema (art. 8.º, r) da LPCD);⁶³
- *falsas alegações comerciais e terapêuticas*: o empresário alega falsamente que está prestes a cessar a sua atividade ou a mudar de instalações, que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações, ou que o bem ou serviço pode aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de fortuna ou azar (art. 8.º, s), t) e u) da LPCD);⁶⁴
- *falsas informações sobre o mercado*: o empresário transmite informações inexatas sobre as condições de mercado ou sobre a possibilidade de encontrar o bem ou serviço com a intenção de induzir o consumidor a adquirir

informação fosse prestada de forma clara aos potenciais clientes (v.g., mediante o rótulo “anúncio” ou equivalente).

⁶¹ Por exemplo, um fabricante de produtos lácteos com baixo teor de gordura (v.g., leites ou iogurtes magros) alega que os consumidores poderão aumentar de peso ou o risco de enfarte por níveis de colesterol elevado se não consumirem regularmente tais produtos.

⁶² Por exemplo, um fabricante nacional de perfumes compara-os com perfumes de marcas internacionais prestigiadas, utilizando estas como chamariz para depois vendê-los a custo muito inferior (negócio “low cost”).

⁶³ Por exemplo, um empresário encoraja os consumidores a participar num programa de comercialização e venda de determinados produtos ou serviços (v.g., cosméticos), aliciando-os com ganhos fáceis mediante o pagamento de uma quota de adesão e o recrutamento de cinco novos clientes, sendo que os consumidores acabam por ser compensados apenas pela entrada de novos membros no sistema, e não por qualquer venda ou consumo real de bens. Para ilustrações, vide os Acórdãos do TJUE de 3-IV-2014 («*finance*» *UAB c. Valstybinė*), in: ECLI:EU:C:2014:211, e de 15-XII-2016 (*Loterie Nationale c. Paul Adriaensen*), in: ECLI:EU:C:2016:958.

⁶⁴ Por exemplo, durante a pandemia Codiv-19, um distribuidor de produtos farmacêuticos publicita no mercado a venda de medicamentos antivirais, máscaras de proteção, toucas e géis hidroalcoólicos que alegadamente evitariam ou curariam a infeção pelo novo coronavírus “sars cov 2”.

- o bem ou a contratar a prestação do serviço em condições menos favoráveis do que as condições normais de mercado (art. 8.º, v) da LPCD);⁶⁵
- *falsas promessas de prémios*: o empresário organiza um concurso ou promoção com prémio sem entregar os prémios descritos ou um equivalente razoável (art. 8.º, w) da LPCD);⁶⁶
 - *falsas ofertas “grátis”*: o empresário, descrevendo o seu bem ou serviço como “grátis”, “gratuito”, “sem encargos” ou equivalente, leva o consumidor a crer erroneamente que aquele inclui ofertas gratuitas, quando na verdade o preço da sua aquisição já inclui custos superiores àquele que teria de pagar para responder à prática comercial, levantar o bem ou assegurar a sua entrega (art. 8.º, x) da LPCD);⁶⁷
 - *robôs digitais*: o empresário revende bilhetes para eventos aos consumidores que havia adquirido através de meios automatizados para contornar regras aplicáveis à sua aquisição, “maxime”, número máximo por pessoa (art. 8.º, bb) da LPCD);⁶⁸
 - *falsas avaliações e recomendações de consumidores*: o empresário declara que as avaliações de determinado produto são apresentadas por consumidores que o utilizaram ou adquiriram efetivamente, sem adotar medidas razoáveis e proporcionadas para verificar se essas avaliações são publicadas por esses consumidores (art. 8.º, cc) da LPCD), ou apresenta, diretamente ou através de terceiro, avaliações ou recomendações falsas de consumidores ou, através das redes sociais, avaliações ou recomendações distorcidas, a fim de promover os produtos (art. 8.º, dd) da LPCD).⁶⁹

⁶⁵ Por exemplo, um hipermercado apresenta os seus produtos anunciando ao consumidor que “não encontra mais barato no mercado” ou que “devolveremos a diferença” no caso de aquele encontrar no mercado um produto idêntico a preço inferior.

⁶⁶ Por exemplo, um estabelecimento de eletrodomésticos coloca no correio dos moradores da sua zona uma carta dando-lhes os parabéns por terem ganho um prémio no valor de 100 €, cuja entrega deveria ser solicitada ao balcão do estabelecimento no prazo de uma semana. Tendo-se dirigido de imediato à loja, um consumidor é informado que ele deve comprar um eletrodoméstico para poder participar no sorteio e levantar o prémio.

⁶⁷ Por exemplo, uma empresa de pneumáticos lança uma campanha promocional na “internet” e nos jornais onde são oferecidos dois pneus de automóvel gratuitos na compra de dois novos, sendo que o preço indicado dos dois pneus na campanha era o dobro do preço de venda a retalho previamente aplicado.

⁶⁸ Por exemplo, um empresário de eventos desportivos adquire, graças à utilização de um “software” especializado (“robôs digitais”), pacotes massivos de bilhetes para os Jogos Olímpicos de Paris de 2024, que depois revende aos consumidores.

⁶⁹ Por exemplo, uma loja de produtos cosméticos com vendas em linha publicou «gostos» relativos a uma linha de cremes de rosto no seu próprio sítio “web”, alegando “garantia de avaliações de clientes reais”, sem controlar minimamente a autenticidade da respetiva origem; ou uma cadeia de peças de

§5 Práticas Agressivas

5.1. Noção e Tipos

I. A outra categoria especial das práticas comerciais desleais são as *práticas agressivas* (“agressive practices”, “aggressiv Geschäftspraktiken”, “pratiques commerciales agressives”, “pratiche commerciali aggressive”). A disciplina destas práticas foi também construída pela LPCD com base numa *noção geral* da “prática agressiva” (art. 11.º)⁷⁰ e numa “*lista negra*” ou catálogo casuístico de práticas concretas que são consideradas em qualquer circunstância como tal (art. 12.º).⁷¹

II. O legislador definiu como agressiva “a prática comercial que, devido a assédio, coação ou influência indevida, limite ou seja suscetível de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo” (art. 11.º, n.º 1 da LPCD).

Nestes termos, uma conduta (ativa ou omissiva, jurídica ou material) do empresário/profissional será agressiva quando se encontrem preenchidos *dois pressupostos cumulativos*. “Primus”, que a prática comercial envolva ou utilize técnicas de publicidade ou venda assentes no assédio (“harassment”) – consistente na insistência inoportuna do empresário/profissional junto do consumidor com vista a captar a atenção e decisão favorável deste –, na coação (“coertion”) – que poderá ser moral (v.g., intimidação ou humilhação do consumidor) ou até física⁷² – ou ainda na influência indevida (“undue influence”) –

vestuário também com vendas em linha apresenta avaliações de outros consumidores que incluem comentários e fotografias alegadamente carregadas pelos próprios consumidores, ou apresenta apenas as avaliações positivas suprimindo as negativas.

⁷⁰ Sublinhe-se que, ao contrário do que vimos suceder nas práticas enganosas, o legislador não distinguiu entre condutas ativas (ações) e passivas (omissões).

⁷¹ Sobre a figura, vide entre nós FROTA, Mário, *Das Práticas Comerciais Agressivas no Espaço Económico Europeu*, in: 62 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2010), 53-61. Para outros desenvolvimentos, vide CARUSO, M. Adalgisa, *Pratiche Commerciali Agresive*, Cedam, Padova, 2010; HOWELLS, Geraint, *Agressive Commercial Practices*, in: Howells, G./Micklitz, H.-W./Wilhelmsson, T. (eds.), “European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive”, 167-194, Routledge, Oxon/New York, 2016; PONS, E. González, *Prácticas Agresivas y Tutela del Consumidor*, Boletín Oficial de Estado, Madrid, 2019; STEINBECK, Anja, *Die Zukunft der aggressiven Geschäftspraktiken*, in: 54 “Wettbewerb in Recht und Praxis” (2008), 865-870.

⁷² Recorde-se que, no caso (mais raro) de coação física, a declaração do consumidor coagido não produzirá qualquer efeito (art. 246.º do Código Civil), sem prejuízo de àquele ser lícito optar pelo

consistente na utilização pelo empresário/profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, limitando a sua capacidade para tomar uma decisão esclarecida (art. 3.º, j) da LPCD)⁷³. “Secundus”, que essa prática tenha por efeito real ou potencial uma intrusão significativa no espaço de liberdade de decisão económica ou jurídica do consumidor, sendo suscetível de levar este a uma decisão de transação que ele não teria tomado de outro modo (cf. art. 3.º, k) da LPCD): a liberdade contratual do consumidor, mais do que propriamente afetada pelo desequilíbrio de poderes típico da contratação mercantil em massa⁷⁴, torna-se numa quase ficção em virtude das situações de intrusão, ingerência, pressão, incómodo ou embaraço criadas ou exploradas pela contraparte empresarial.

III. Aspeto igualmente relevante é a circunstância de o legislador ter previsto um conjunto exemplificativo de *critérios auxiliares* do juízo de aferição da existência de assédio, coação ou influência indevida nos casos concretos⁷⁵. Entre eles, contam-se o momento, local, natureza e persistência da prática comercial (v.g., vendas fora do estabelecimento comercial, “pop-ups” nas vendas em linha); o aproveitamento consciente de alguma circunstância específica do consumidor que prejudique a respetiva capacidade de decisão relativamente

exercício dos direitos que lhe são conferidos pelo art. 14.º da LPCD. Num sentido diferente, estribada na falta de transposição para a LPCD da menção expressa feita pelo art. 8.º da Diretiva 2005/29/CE à coação física, vide GARCIA, S. Fernandes, *As Práticas Comerciais Desleais: Uma Visita Guiada pelo Regime Português*, 83, Dissertação, Lisboa, 2014.

⁷³ Usualmente, a influência indevida consubstanciará a exploração de uma posição de ascendência ou de supremacia sobre o consumidor, a qual poderá ter natureza institucional (v.g., padrão que propõe a aquisição de produtos da empresa aos seus empregados), social (v.g., gestor de conta que propõe a aquisição de produto financeiro complexo a cliente com baixa escolaridade), etária (v.g., práticas de persuasão personalizadas a consumidores adolescentes), ou outra. Sobre a figura – de origem anglo-saxónica, sem tradições no direito português –, vide GARRET, J. Almeida, *O Conceito de Influência Indevida e a Liberdade de Contratar*, in: 51 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2007), 9-18; considerando que os contratos celebrados sob influência indevida são anuláveis, por aplicação analógica dos arts. 255.º e 256.º do Código Civil, vide OLIVEIRA, N. Pinto, *O Dogma da Tipicidade dos Vícios da Vontade e o Contributo do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, para a sua Superação*, in: “Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Carvalho Fernandes”, vol. III, 67-75, UC Editora, Lisboa, 2011.

⁷⁴ Sobre este aspeto, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Os Contratos Comerciais de Adesão*, in: XCVIII “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra” (2022), em curso de publicação.

⁷⁵ Salientando justamente que uma prática comercial só pode ser qualificada de agressiva “no final de uma avaliação concreta e específica dos seus elementos, efetuando uma apreciação à luz dos critérios enunciados nos artigos 8.º e 9.º da Diretiva 2005/29/CE” (equivalentes aos n.º 1 e 2 do art. 11.º da LPCD portuguesa), vide o Acórdão do TJUE de 12-VI-2019 (*Prezes U. Ochrony Konkurencji i Konsumentów c. Orange Polska S.A.*), in: ECLI:EU:C:2019:480.

O Direito 155.º (2023), III, 415-446

à transação de determinados bens ou serviços (v.g., vulnerabilidades de grupos específicos de consumidores, técnicas de manipulação e persuasão personalizadas, “dark patterns”)⁷⁶; os entraves extracontratuais desproporcionados que afetem o exercício dos direitos contratuais do consumidor (v.g., fidelizações e obstáculos à mudança de contratos de operadores de energia, telecomunicações ou similares); ou a ameaça de exercício de uma ação judicial que não seja legalmente possível (frequente sobretudo nas vendas ao domicílio, na utilização de bens a tempo parcial e na cobrança de dívidas).

5.2. Lista Negra

I. Para além desta cláusula geral, o art. 12.º da LPCD previu ainda uma “lista negra” de práticas comerciais ao qual associou um regime probatório facilitado, qualificando-as automaticamente de desleais: ou seja, provada a existência de qualquer uma das práticas constantes do elenco legal, ela será havida liminarmente como desleal e proibida (arts. 4.º e 6.º, c) da LPCD), independentemente das características do caso concreto e sem necessidade do preenchimento da cláusula geral do art. 11.º da LPCD.

II. Esta “lista negra” é constituída por 8 tipos de práticas agressivas. São elas:

- *retenção do consumidor*: o empresário cria a impressão ao consumidor de que este não pode deixar o estabelecimento comercial sem que antes tenha sido celebrado um contrato (art. 12.º, a) da LPCD);⁷⁷
- *importúnio do consumidor*: o empresário contacta o consumidor através de visitas ao seu domicílio, ignorando o pedido daquele para que este parta ou não volte, exceto em circunstâncias e na medida em que tal se

⁷⁶ Os “padrões escuros” (“dark patterns”) correspondem a técnicas de manipulação utilizadas usualmente em sítios “web” ou interfaces digitais, com base em dados personalizados ou explorando a heurística comportamental, com vista a aliciar, induzir ou encorajar maliciosamente o consumidor a tomar uma determinada decisão: tal o caso da aceitação por defeito (“default effect”), a confirmação emocional (“confirmshaming”), o enviesamento para a escassez (“scarcity bias”), as opções pré-validadas e os relógios de contagem decrescente falsos. Cf. LUGURI, Jamie/STRAHLEVITZ, L. Jacob, *Shining a Light on Dark Patterns*, in: 13 “Journal of Legal Analysis” (2021), 43-109.

⁷⁷ Por exemplo, um empresário de “time-sharing”, por via postal, telefónica, eletrónica ou outra, convida os consumidores a deslocar-se ao seu estabelecimento ou a outro local por ele indicado, e, durante a apresentação dos seus serviços, os consumidores são levados a crer que apenas o poderão abandonar após terem celebrado ou pré-sinalizado algum contrato.

justifique para o cumprimento de obrigação contratual (art. 12.º, b) da LPCD);⁷⁸

- *ofertas persistentes e não solicitadas*: um empresário faz solicitações persistentes e não solicitadas, por qualquer meio de comunicação à distância (v.g., telefone, e-mail), exceto em circunstâncias e na medida em que tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual (art. 12.º, c) da LPCD);⁷⁹
- *ónus documentais irrazoáveis*: um empresário de seguros faz depender o acionamento do pedido de indemnização ao abrigo de apólice de seguro da apresentação por parte do tomador do seguro-consumidor de uma pilha sempre renovada de documentos ou omite sistematicamente a resposta à correspondência daquele, com o objetivo de dissuadir o exercício dos seus direitos contratuais (art. 12.º, d) da LPCD);⁸⁰
- *exortação direta a crianças*: um empresário inclui nos seus anúncios publicitários uma exortação direta às crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os bens ou serviços anunciados (art. 12.º, e) da LPCD);⁸¹

⁷⁸ Por exemplo, um vendedor retalhista ou ambulante realiza visitas persistentes à residência de um consumidor a fim de lhe impingir determinado bem ou serviço (v.g., venda de artigos de lar, subscrição de revistas), apesar de este último já lhe ter manifestado a falta de interesse em realizar qualquer transação ou a vontade em não voltar a ser incomodado pelo primeiro. Mas tal já não será o caso de o consumidor se ter vinculado contratualmente a receber as visitas periódicas do empresário (v.g., leituras de fornecimentos de eletricidade, água ou gás, decorrentes dos respetivos contratos de prestação de serviços).

⁷⁹ Por exemplo, com base em pesquisas realizadas na imprensa diária relativas a notícias de acidentes de viação, um advogado ou um consultor de seguros enviam cartas-modelos às vítimas, oferecendo os seus serviços; ou um consumidor, após visitar uma loja de vestuário instalada em determinada superfície comercial onde deixou os seus contactos para ser informado de novas promoções de roupa, começa a receber dezenas de mensagens relativas a ofertas de jardinagem, decoração, brinquedos, e outras lojas dessa mesma superfície.

⁸⁰ Por exemplo, no âmbito de um seguro de vida, uma empresa seguradora, possuindo já os documentos comprovativos da morte da pessoa segura (v.g., certidão de óbito) ou da qualidade dos beneficiários (v.g., habilitação de herdeiros), exige ainda, apenas com vista a dificultar o acionamento da apólice, um acervo irrazoável de relatórios periciais autónomos sobre a causa da morte sujeitos a sigilo médico.

⁸¹ Por exemplo (que todos os pais bem conhecem), anúncios de brinquedos com a indicação “a tua prenda de anos”; anúncios de livros com a mensagem “o teu livro favorito já existe em vídeo: pede à tua mãe que to compre!”; ou ainda jogos virtuais em que as crianças vestem bonecas digitais sendo convidadas a “comprar novo outfit” ou criam personagens virtuais com os quais são convidadas a interagir mediante o envio de SMS de valor acrescentado.

- *fornecimento não solicitado*: um empresário exige o pagamento (imediatamente ou diferido), a devolução ou a guarda de bens e serviços não solicitados pelo consumidor (art. 12.º, f) da LPCD);⁸²
- *chantagem emocional*: um empresário informa explicitamente o consumidor de que a sua recusa em comprar o bem ou contratar a prestação do serviço põe em perigo o emprego ou a subsistência do próprio empresário (art. 12.º, g) da LPCD);⁸³
- *falsos prémios*: um empresário transmite ao consumidor a impressão falsa de que este já ganhou, vai ganhar ou, mediante a prática de um determinado ato, ganhará um prémio ou outra vantagem, quando não existe qualquer prémio/vantagem ou o seu recebimento implica custos para o consumidor (art. 12.º, h) da LPCD).⁸⁴

III. Relembre-se, por último, que algumas destas práticas comerciais são também objeto de regulação em vários outros diplomas legais, suscitando a necessidade da respetiva articulação. Assim, por exemplo, as situações de retenção e de importúnio do consumidor (art. 12.º, a) e b) da LPCD) envolverão usualmente práticas de contratação fora do estabelecimento comercial, tais como

⁸² Por exemplo, uma empresa editora envia livros ou revistas a vários consumidores a um preço promocional, sem qualquer solicitação nesse sentido, exigindo-lhes a sinalização do pagamento ou a devolução dos itens enviados, levando aqueles a aceitar a encomenda ou a suportar os custos da sua devolução; uma empresa de telecomunicações cobra aos seus clientes serviços telefónicos de valor acrescentado (v.g., serviços de audiotexto) ou serviços digitais (“WAP billing”, v.g., imagens ou toques de telemóveis) sem que aqueles tenham prévia e expressamente manifestado a sua adesão a tais serviços. Sobre tais práticas, vide FALCÃO, Pedro, *Wap Billing: Problemas e Soluções*, in: 14 “Estudos de Direito do Consumidor” (2018), 383-413; SOUSA, P. Pires, *Audiotexto – O Serviço que nos Impõem*, in: “Consumir” (2001), 10-16; na jurisprudência nacional, os Acórdãos da Relação de Lisboa de 27-IX-2001 (SALAZAR CASANOVA) e de 15-XI-2007 (I. SACARRÃO MARTINS), e da Relação de Coimbra de 25-XI-2003 (GARCIA CALEJO) e de 13-I-2004 (JORGE ARCANJO), todos in: www.dgsi.pt; e na jurisprudência europeia, o Acórdão do TJUE de 13-VII-2018 (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Wind Tre SpA e Vodafone Italia Sp*), que qualificou como prática desleal agressiva a comercialização de cartões SIM com serviços pré-instalados e previamente ativados, sempre que os consumidores não hajam sido informados previamente desses serviços (in: ECLI: EU:C:2018:710).

⁸³ Por exemplo, um mediador imobiliário ou um agente de seguros fazem saber aos seus clientes que, encontrando-se a trabalhar por objetivos, da celebração do contrato de aquisição da moradia ou da subscrição de determinado seguro depende a manutenção do seu emprego.

⁸⁴ Por exemplo, uma empresa de vendas por correspondência distribuiu publicidade promocional anunciando aos destinatários serem uma das pessoas selecionadas para receber de graça um despertador digital no valor de € 25, exigindo que estes respondam no prazo de dois dias e paguem € 5 para “custos de correio”, que telefonem para uma linha de valor acrescentado a fim de o reclamar, ou que encomendem um outro bem (v.g., pilhas) a fim de levantar o prémio anunciado. Cf. Acórdão do TJUE de 12-X-2012 (*Purely Creative c. Office of Fair Trading*), in: ECLI:EU:C:2012:651.

contratos celebrados no domicílio do consumidor, em reuniões ou deslocações organizadas pelo empresário, ou em local indicado por este (art. 3.º, i), (ii), (iv), (v), e (vi) do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro); as situações de ofertas persistentes e não solicitadas envolverão comunicações não solicitadas que são objeto de disciplina própria, “maxime”, comunicações domiciliárias, telefónicas e eletrónicas não solicitadas (“spam”) (art. 8.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, Lei n.º 46/2012, de 9 de agosto, Lei n.º 46/2012, de 9 de agosto, art. 13.º-A da Lei 41/2004, de 18 de agosto); e os fornecimentos não solicitados constituirão amiúde “vendas forçadas”, também elas objeto de copiosa regulação (art. 9.º, n.º 4 da Lei de Defesa do Consumidor, art. 23.º, n.º 4 do Código da Publicidade, art. 19.º, d) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, art. 28.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro).⁸⁵

§6 Consequências Jurídicas

I. Para além do seu efeito jurídico direto e primordial – a proibição (art. 4.º da LPCD) –, as práticas comerciais desleais acarretam quatro tipos fundamentais de consequências: contratuais, indemnizatórias, processuais e contraordenacionais.⁸⁶

II. Desde logo, consequências no plano *contratual*. Sempre que um contrato haja sido negociado, formado, celebrado ou executado sob a influência de uma prática comercial desleal, o consumidor é titular de um direito à redução adequada do preço ou à resolução do contrato (art. 14.º, n.º 1 da LPCD), sem necessidade de observar qualquer ordem ou hierarquia no respetivo exercício, ressalvados os limites gerais da impossibilidade e do abuso de direito (art. 14.º,

⁸⁵ Designam-se *vendas forçadas* (“inertia selling”, “unbestellte Waren oder Dienstleistungen”, “fournitures non demandées”, “vendite coate”) os contratos celebrados na sequência do envio de propostas de venda ou de remessa de produtos com a cominação de uma presunção de aceitação dos mesmos em caso de falta de resposta ou de não devolução por parte do consumidor. Sobre a figura, vide VANDEVELD-ZENGER, Jacqueline, *Les Envois de Marchandises non Commandées: Étude de Droit Comparé*, Librairie Dalloz, Genève, 1986.

⁸⁶ Assinale-se que o legislador europeu deixou nas mãos dos Estados-Membros a determinação dos tipos de efeitos ou sanções a aplicar às práticas comerciais desleais (art. 13.º da Diretiva 2005/29/CE), sem prejuízo do respeito dos princípios gerais da efetividade e equivalência de remédios (MICKLITZ, Hans-Wolfgang, *Legal Redress*, 217 e ss., in: Howells, G./Micklitz, H.-W./Wilhelmsson, T. (eds.), “European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive”, 217-240, Routledge, Oxon/New York, 2016).

n.º 2 da LPCD)⁸⁷. Sublinhe-se que, na sequência da alteração introduzida neste preceito pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro⁸⁸, não parece ser aqui aplicável – por redundante e até contraproducente – a sanção geral da nulidade atípica prevista no art. 16.º da Lei de Defesa do Consumidor, que legitima o consumidor a, por mera decisão unilateral, invocar a nulidade do contrato ou a optar pela sua manutenção mediante a expurgação da cláusula ou cláusulas nulas.⁸⁹

III. Depois ainda, consequências a *nível indemnizatório*. Para além dos direitos contratuais atrás referidos, os consumidores lesados por alguma prática comercial desleal têm ainda o direito a uma indemnização nos termos gerais (art. 14.º, n.º 3 da LPCD). Na esmagadora maioria dos casos, em que a prática comercial desleal é realizada no âmbito de algum dos estádios de uma relação contratual (negociação, formação, celebração, cumprimento), estaremos diante de responsabilidade contratual fundada em violação de obrigação de uma das partes contratantes (arts. 798.º e segs. do Código Civil), sem prejuízo de ocasionalmente se poderem configurar casos de responsabilidade civil extracontratual ou delitual fundada exclusivamente na violação de um direito absoluto do consumidor (arts. 483.º e segs. do Código Civil)⁹⁰: a indemnização deverá ser calculada nos termos gerais dos arts. 564.º e segs. do Código Civil, podendo variar consoante a sorte do próprio contrato, “maxime”, se este foi resolvido

⁸⁷ Sobre o abuso do direito (art. 334.º do Código Civil) como limite geral aplicável ao exercício dos direitos legais do consumidor, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito do Consumo*, 80 e ss., Almedina, Coimbra, 2019.

⁸⁸ Sobre a relevância do regime civilístico geral dos vícios de vontade, vide BARBOSA, M. Miranda, *Revisitação do Regime das Práticas Comerciais Desleais (DL n.º 109 G/2021, de 10 de dezembro)*, 1338 e ss., in: “Revista de Direito Comercial” (2022), 1319-1374.

⁸⁹ Tal regime pode apresentar-se como mais oneroso para o consumidor (pela obrigatoriedade e dificuldades probatórias de invocação da invalidade do contrato, sobretudo no caso de negócios verbais) e até favorável ao empresário (para quem tal consequência não se afigura verdadeiramente penalizadora nos casos em que o consumidor opte pela manutenção do contrato). Sobre este regime geral, corroborado em diversas normas especiais (art. 13.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, art. 13.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, art. 35.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, art. 321.º, n.º 1 do Código dos Valores Mobiliários), vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito do Consumo*, 80, Almedina, Coimbra, 2019.

⁹⁰ Considerando estarmos sempre diante de responsabilidade civil extracontratual, CARDOSO, Elinora, *As Práticas Comerciais Desleais: Uma Proteção nas Relações com os Consumidores ou uma Limitação à Livre Concorrência e à Liberdade Contratual?*, 208, Dissertação, Lisboa, 2014.

(caso em que deverá ser limitada ao interesse contratual negativo) ou se manteve (caso em que deverá prevalecer o interesse contratual positivo).⁹¹

IV. Depois também, consequências a nível *processual*, traduzidas na ação inibitória: nos termos do art. 16.º da LPCD, “qualquer pessoa, incluindo os concorrentes que tenham interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais proibidas nos termos do presente decreto-lei, pode intentar a ação inibitória prevista na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar tais práticas”⁹². Aspeto especialmente relevante – que confirma a bicefalia teleológica típica da LPCD enquanto instrumento de proteção dos consumidores, dos empresários e do mercado, já atrás oportunamente assinalada⁹³ – é o reconhecimento de legitimidade ativa na propositura de tais ações aos próprios empresários concorrentes.

V. Finalmente, existem também relevantes consequências ao nível *contraordenacional* (arts. 19.º a 22.º da LPCD) Com efeito, as práticas comerciais desleais constituem contraordenações económicas graves, puníveis nos termos gerais do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas, que sujeitam o empresário à aplicação de coimas (art. 21.º da LPCD), além de a autoridade administrativa responsável (mormente, a ASAE) poder ordenar medidas cautelares de proibição prévia de uma prática comercial desleal iminente ou de cessação temporária da prática comercial desleal existente (arts. 19.º e 20.º da LPCD).⁹⁴

⁹¹ LEITÃO, L. Menezes, *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo*, 444 e s. in: 71 “Revista da Ordem dos Advogados” (2011), 423-445.

⁹² Sobre as ações inibitórias, enquanto mecanismo de tutela geral dos consumidores (arts. 10.º e 11.º da Lei de Defesa do Consumidor, Lei n.º 25/2004, de 8 de julho), vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito do Consumo*, 98 e ss., Almedina, Coimbra, 2019.

⁹³ Cf. *supra* §1, 1.2 (II).

⁹⁴ Saliente-se ainda que o Acórdão do TJUE de 19-IX-2018 (*Bankia SA c. Juan Carlos Marí e Outros*) veio considerar que as legislações nacionais dos Estados membros não estão impedidas de proibir que a validade de título executivo seja fiscalizada, oficiosamente ou a pedido das partes, à luz da existência de práticas comerciais desleais (in: ECLI: EU:C:2018:735).

Tribunais e Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a proteção de dados (RGPD)

A aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados às operações de tratamento de dados pessoais efetuadas pelos Tribunais

SOFIA WENGOROVIVUS*

SUMÁRIO: I – Introdução e Enquadramento. II – Direitos do Titular dos Dados e obrigações do Responsável pelo Tratamento; III – Conceito das limitações do artigo 23.º do RGPD. “Guidelines 10/20 on restrictions under Article 23 GDPR”. IV – O Responsável pelo Tratamento: 4.1. Definição; 4.2. O Responsável pelo Tratamento no tratamento dos dados Judiciais. V – Encarregado da Proteção de Dados: 5.1. Noção; 5.2. Encarregado da Proteção de Dados nos Tribunais. VI – Autoridade de Controlo – Noção: 6.1. Existência de um Organismo Específico para Controlo das Operações de Tratamento Efetuadas pelos Órgãos Jurisdicionais; 6.2. O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 24 de março de 2022, Processo C-245/20 – Autoriteit Persoonsgegevens; 6.3. Proposta de alteração da Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho – regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial – o Decreto n.º 333/XIII, de 19 de junho de 2019. VII – O Tratamento de dados pessoais constantes dos processos judiciais para outras finalidades. VIII – Conclusões. Bibliografia.

* Juíza de direito. Encarregada da Proteção de Dados do Conselho Superior da Magistratura. Pós-graduada em Direito da Comunicação Social pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1997/1998) e em Proteção de Dados Pessoais pelo CIDP, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2021/2022).

I – Introdução e Enquadramento**

O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), que entrou em vigor em maio de 2016 e é aplicável em toda a União Europeia (UE) desde 25 de maio de 2018 –, introduziu profundas alterações nas obrigações e nos deveres das organizações em matéria de proteção de dados pessoais.

As dúvidas sobre como se aplicar o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) à atividade dos tribunais são muitas e comuns aos vários países da União Europeia, chegando mesmo a questionar-se, em face das especialidades do exercício da função jurisdicional, a sua aplicação. No essencial, as questões centram-se na interpretação e na articulação dos Considerandos (20) e (97) com os artigos 23.º n.º 1 alíneas d) e f), 37.º n.º 1 al. a), e 55.º, n.º 3, todos do RGPD.

Como resulta do Considerando (20) e da delimitação do âmbito de aplicação material constante do artigo 2.º, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) é aplicável às operações de tratamento efetuadas tanto por entidades privadas como pelas autoridades públicas, incluindo os Tribunais. Tal só não acontece no caso do tratamento de dados pessoais *«efetuado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública»*, de acordo com o número 2 do artigo 2.º, alínea d), sendo esta matéria objeto de aplicação da Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI. Nesse caso, o Considerando (80) da Diretiva (UE) 2016/680, prevê especialidades do tratamento pelos tribunais em termos muito similares ao previsto no citado Considerando (20) do RGPD.

A Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 foi transposta para a ordem jurídica interna pela Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto, a qual aprova as regras relativas ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de

** Abreviaturas: CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; CEPD ou EDPB – Comité Europeu para a Proteção de Dados/European Data Protection Board; CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados; CSM – Conselho Superior da Magistratura; CSTAF – Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais; EPD ou DPO – Encarregado da Proteção de Dados/Data Protection Officer; IGFEJ, I.P. – Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P.; PGR – Procuradoria-Geral da República; RGPD – Regulamento Geral Sobre a Proteção de Dados; RT – Responsável pelo Tratamento; TFUE – Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia.

infrações penais ou de execução de sanções penais, prevendo no seu artigo 68.º que «1 – O tratamento de dados constantes de processo penal, de decisão judicial ou do registo criminal é regulado nos termos da lei processual penal. 2 – Ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial é aplicável o regime jurídico próprio, constante da Lei n.º 34/2009, de 14 de julho».

Deste breve enquadramento, podemos, desde logo, reter que quanto ao tratamento de dados pessoais pelos tribunais no exercício da sua função jurisdicional, está presente de forma expressa, a preocupação de assegurar a independência do poder judicial; a não ingerência de uma autoridade administrativa no sistema judiciário; a necessidade de compressão de direitos dos titulares dos dados para prossecução da finalidade de realização da Justiça e o respeito pela regra da publicidade dos processos judiciais. Em consequência, e face a estas particularidades, o RGPD e a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, consagram normas específicas para o tratamento de dados pessoais pelos tribunais, normas essas que visam acautelar e garantir a concretização pelos Estados-Membros destes princípios, designadamente, que:

- Não é obrigatória a designação de Encarregado da Proteção de Dados (EPD) para os tribunais quanto aos tratamentos efetuados no exercício da sua função jurisdicional ou outras autoridades judiciárias – cfr. artigo 37.º, n.º 1, al. a), do RGPD, Considerando (97) artigo 32.º da Diretiva (UE) 2016/680 e artigo 34.º da Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto;
- A especialidade do tratamento de dados pessoais pelos tribunais ou outras autoridades judiciais permite a restrição dos direitos dos titulares dos dados e das obrigações do responsável pelo tratamento (RT), previstas no RGPD e na Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto, desde que seja respeitada a essência dos direitos e liberdades fundamentais e constitua medida necessária e proporcionada – conforme previsto no artigo 23.º, n.º 1, alíneas d) e f), do RGPD, no artigo 18.º da Diretiva (UE) 2016/680 e nos artigos 2.º, 16.º e 19.º da Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto;
- A autoridade de controlo não tem competência para controlar operações de tratamento efetuadas pelos tribunais no exercício da função jurisdicional – limitação consagrada no Considerando (20) e no artigo 55.º, n.º 3 do RGPD; no Considerando (80) e no artigo 45.º da Diretiva (UE) 2016/680; e nos artigos 34.º, n.º 2 e 68.º da Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto, em consonância com o artigo 8.º, n.º 3 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e com o artigo 16.º, n.º 2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

A preocupação de respeitar a independência do poder judicial e de garantir a não ingerência de uma autoridade de controlo administrativa foi, de novo, salientada no documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia que acompanha o primeiro Relatório sobre a Avaliação e Revisão do RGPD e a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – “*A proteção de dados enquanto pilar da capacitação dos cidadãos e a abordagem da UE para a transição digital*”, dois anos de aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados –, apresentado a 24 de junho de 2020¹, nos termos do artigo 97.º do RGPD, onde se refere «*Outra questão específica é a supervisão dos tribunais: embora o RGPD também se aplique às atividades dos tribunais, estes estão isentos da supervisão pelas autoridades de proteção de dados no exercício da sua função jurisdicional. No entanto, a Carta e o TFUE obrigam os Estados-Membros a confiar o controlo de tais operações de tratamento a um organismo independente no âmbito dos seus sistemas judiciais.*». Constando do elenco das principais questões identificadas no âmbito da avaliação da implementação nacional pelos Estados-Membros, a ausência de um organismo independente para efeitos do controlo do tratamento de dados pelos tribunais no exercício da sua função jurisdicional, nos termos do artigo 8.º, n.º 3, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; artigo 16.º do TFUE; Considerando (20) do RGPD – *The absence of an independent body for the supervision of data processing by courts acting in their judicial capacity* (na versão original).²

A implementação do RGPD nos tribunais assenta, assim, na distinção da sua atuação no exercício da função jurisdicional ou de outras funções não jurisdicionais. As regras aplicáveis em matéria de proteção de dados pessoais apresentam características específicas consoante a natureza das funções em causa. Tal implica a delimitação do que se entende por tratamento de dados pessoais no exercício da função jurisdicional e a definição do alcance do conceito de operações de tratamento efetuadas pelos tribunais no exercício da função jurisdicional.

A atividade jurisdicional relativa ao tratamento de dados pessoais nos processos judiciais, para os efeitos do Regulamento, deve reger-se por regras e mecanismos de controlo específicos previstos nas normas processuais, em cumprimento dos princípios supracitados e da exceção estabelecida pelo artigo 23.º, n.º 1, alínea f), do RGPD e no artigo 68.º da Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto.

Neste sentido e na sequência de um documento conjunto subscrito pelo Conselho Superior da Magistratura, pelo Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e pela Procuradoria-Geral da República, deliberou o Plenário do Conselho Superior da Magistratura que:

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0115>, pág. 5.

² Documento citado, pág. 15.

«1. O Conselho Superior da Magistratura é a autoridade de controlo dos dados pessoais dos processos judiciais cujo tratamento caiba ao Ministério da Justiça. A atividade jurisdicional dos juízes relativa ao tratamento de dados pessoais nos processos judiciais, para os efeitos do Regulamento, deve reger-se por regras e mecanismos de controlo específicos, em cumprimento da exceção estabelecida pelo artigo 23.º, n.º 1, alínea f), do Regulamento.

2. O controlo desse tratamento deverá ser atribuído a um organismo específico no âmbito do sistema judicial, totalmente independente, constituído exclusivamente por magistrados, designados equitativamente pelo Conselho Superior da Magistratura, o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e a Procuradoria-Geral da República.

3. Compete exclusivamente aos magistrados o tratamento de dados pessoais nos processos de que são titulares, regendo-se por regras e mecanismos específicos, mediante controlo único através do sistema de reação processual respetivo e com aplicação exclusiva do seu especial regime de responsabilidade. A actividade dos magistrados no âmbito desta função não se enquadra no conceito de responsável de tratamento.

4. Em virtude do referido em 3., em sede de transposição da Directiva e de concretização do regime do Regulamento Europeu de Protecção de Dados podem prever-se normas processuais específicas para a necessária tutela incidental, em cada processo, dos direitos dos titulares dos dados.»³

II – Direitos do Titular dos Dados e obrigações do Responsável pelo Tratamento

Uma vez que uma das especialidades do tratamento de dados pelos tribunais consiste na limitação ou restrição dos direitos dos titulares e das obrigações do responsável pelo tratamento, para compreender em que medida podem ser comprimidos importa ter presente que direitos são esses.

Como se salienta logo no primeiro Considerando do RGPD «(1) A proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental. O artigo 8.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta») e o artigo 16.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelecem que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.»

Este direito fundamental não surgiu com a globalização da informação pela utilização cada vez mais frequente dos meios informáticos, mas, como se refere nos Considerandos (6) e (7), «A rápida evolução tecnológica e a globalização criaram novos desafios em matéria de proteção de dados pessoais. A recolha e a partilha de dados

³ Deliberação do Plenário do CSM de 24 de abril de 2018, disponível in *Deliberações – Conselho Superior da Magistratura* (csm.org.pt)

personais registaram um aumento significativo. As novas tecnologias permitem às empresas privadas e às entidades públicas a utilização de dados pessoais numa escala sem precedentes no exercício das suas atividades. As pessoas singulares disponibilizam cada vez mais as suas informações pessoais de uma forma pública e global. As novas tecnologias transformaram a economia e a vida social e deverão contribuir para facilitar a livre circulação de dados pessoais na União e a sua transferência para países terceiros e organizações internacionais, assegurando simultaneamente um elevado nível de proteção dos dados pessoais.

Esta evolução exige um quadro de proteção de dados sólido e mais coerente na União, apoiado por uma aplicação rigorosa das regras, pois é importante gerar a confiança necessária ao desenvolvimento da economia digital no conjunto do mercado interno. As pessoas singulares deverão poder controlar a utilização que é feita dos seus dados pessoais. Deverá ser reforçada a segurança jurídica e a segurança prática para as pessoas singulares, os operadores económicos e as autoridades públicas.»

No espaço da União este direito fundamental estava já consagrado em vários instrumentos internacionais, designadamente no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nos artigos 8.º e 51.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, na Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal (STE 108) e no artigo 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

No direito interno, o direito à proteção dos dados pessoais, atualmente regulamentado no RGPD, encontrava-se já consagrado, embora com diferentes contornos, na Constituição da República Portuguesa, no Capítulo II, dedicado aos Direitos, liberdades e garantias pessoais, no artigo 35.º sob a epígrafe “Utilização da informática”, desde a versão original de 1976, com uma amplitude mais restrita e que depois foi alargada na redação introduzida pelas revisões constitucionais de 1982 e 1989.

Contudo, a configuração deste direito como um direito à autodeterminação informacional ou informativa ocorre no espaço germânico e foi consagrado pelo Tribunal Constitucional Federal na célebre decisão da Lei dos Censos de 15 de dezembro de 1983 (denominada *Volkszählungsurteil*).

Como ensina A. Menezes Cordeiro:

«O Tribunal Constitucional Federal beneficiou da intensa discussão jurídica anterior. A recondução do direito (individual) à proteção de dados ao universo da autodeterminação granjeava um consenso considerável quanto não fosse unânime. Também o reconhecimento da insuficiência dos modelos clássicos da intimidade da vida privada para regular esta posição contribui para a busca de um novo ponto de partida. (...)

*Após identificar as linhas gerais deste novo direito, o Tribunal Constitucional Federal alemão procede à sua concretização: (i) **em princípio, cabe ao próprio titular determinar***

em que termos os seus dados pessoais podem ser divulgados e tratados; (ii) as restrições ao direito à autodeterminação informacional apenas podem ocorrer quando fundadas no interesse público e encontrarem suporte constitucional bastante – o princípio da proporcionalidade deve a todo o tempo ser respeitado; e (iii) a utilização dos dados pessoais deve ser limitada por lei.

Considerando o conteúdo do RGPD, podemos avançar as seguintes diretrizes gerais: (i) trata-se de uma posição jurídica complexa, composta por inúmeras situações jurídicas ativas, mas também passivas; (ii) parte da proteção concedida aos titulares dos dados advém da imposição de obrigações aos responsáveis pelo tratamento, pelo que, numa aceção ampla, o direito à autodeterminação informacional não se circunscreve às situações jurídicas ativas que compõem essa posição jurídica; (iii) não se trata de um direito absoluto, no sentido em que nem todo o tratamento de dados se encontra, ab initio, vedado; e (iv) o direito à autodeterminação informacional deverá sempre ser avaliado tendo em consideração as vantagens sociais, numa aceção amplíssima, da livre fluência da informação – recupere-se, a esse propósito, as palavras do TJUE: “o direito à proteção dos dados pessoais não é uma prerrogativa absoluta, mas deve ser tomado em consideração relativamente à sua função na sociedade”- TJUE 9-nov.-2010, proc. C-92/09 e C-93/09 (Schecke), 48».⁴

São os seguintes os direitos do titular dos dados consagrados no Capítulo III do RGPD:

- Direito a ser informado (artigo 12.º);
- Direito de acesso (artigo 13.º);
- Direito à retificação (artigo 14.º);
- Direito ao apagamento/direito ao esquecimento (artigo 17.º);
- Direito à limitação do tratamento (artigo 23.º);
- Direito à portabilidade dos dados (artigo 20.º);
- Direito de oposição (artigo 21.º); e
- Direito a não ficar sujeito a decisões automatizadas, incluindo definições de perfis (artigo 22.º).

E para tutela destes direitos prevê o RGPD que o titular dos direitos dispõe dos seguintes meios:

- Direito de apresentar *reclamação* a uma autoridade de controlo (artigo 77.º);
- Direito à ação *judicial* contra uma autoridade de controlo (artigo 78.º);

⁴ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO – “Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019”, Coimbra, Almedina, 2020, pág. 256 e 261.

- Direito à ação judicial contra um *responsável/subcontratante* (artigo 79.º);
- *Representação dos titulares* dos dados pode ser por organismo, organização ou associação sem fins lucrativos (artigo 80.º);
- *Direito de Indemnização* (danos materiais ou imateriais) e *responsabilidade* de vários responsáveis e/ou subcontratantes (artigo 82.º).

III – Conceito das limitações do artigo 23.º do RGPD

Estabelece o artigo 23.º, n.º 1, alínea f), do RGPD que os direitos dos titulares dos dados previstos nos artigos 12.º a 22.º e no artigo 34.º, podem ser restringidos para “*a defesa da independência judiciária e dos processos judiciais*”, quando tal restrição constitua medida necessária e proporcional e desde que não afete o núcleo da essência deste direito fundamental (em consonância com o artigo 52.º CDFUE e, no direito interno, com os requisitos das leis restritivas consagrados no artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa). O artigo 23.º constitui uma das muitas cláusulas de especificação que o RGPD contém, impondo ou permitindo que os Estados-Membros ou a própria União, sem prejuízo da aplicabilidade direta do Regulamento, concretizem por medida legislativa essas limitações⁵. Esta norma não define em que termos os Estados-Membros ou a própria União podem restringir esses direitos, limitando-se a enunciar no seu n.º 1 as situações em que estes o podem fazer, e a prever, no seu n.º 2, os requisitos a serem cumpridos, sempre com observância das condições gerais, designadamente, o respeito pela essência dos direitos fundamentais e das liberdades; as medidas legislativas serem previsíveis (no sentido aludido no Considerando 41); e a subsunção numa das condições taxativamente enunciadas no número 1.

Para concretizar a aplicação pelos Estados-Membros das limitações previstas devemos atender às “*Guidelines 10/2020 on restrictions under Article 23 GDPR*” adotadas pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD), em 13 de outubro de 2021.

Sobre o significado destas restrições diz o ponto 8. «*Nestas diretrizes, as restrições serão definidas como qualquer limitação do escopo das obrigações e direitos previstos nos artigos 12.º a 22.º e 34.º do RGPD, bem como as disposições correspondentes do artigo 5.º de acordo com o Artigo 23 RGPD. Uma restrição a um direito individual deve salvaguardar importantes objetivos, por exemplo, a proteção de direitos e liberdades de outros ou objetivos importantes de interesse público geral da União ou de um Estado-*

⁵ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “*A Interpretação dos Regulamentos Europeus e das Correspondentes Leis de Execução: o Caso Paradigmático do RGPD e da Lei n.º 58/2019.*”

-Membro enumerados no artigo 23.º, n.º 1, do RGPD. Portanto, restrições aos direitos dos titulares dos dados só podem ocorrer quando os referidos interesses estão em causa e essas restrições visam salvaguardar tais interesses». Como se salienta os princípios relativos ao tratamento de dados previstos no artigo 5.º só podem ser restringidos na medida em que correspondam a direitos e obrigações previstas nos artigos 12.º a 22.º. «Isso significa que quaisquer outros direitos dos titulares de dados – como o direito de apresentar uma reclamação a uma autoridade supervisora (artigo 77.º do RGPD) – ou outras obrigações do responsável pelo tratamento não podem ser restringidas». Reforça-se, ainda, que o teste de proporcionalidade e da necessidade de compressão dos direitos fundamentais conflituantes deve ser realizado antes de se introduzir, no direito da União ou no direito do Estado-Membro, restrições aos direitos dos titulares dos dados, tendo as medidas legislativas que cumprir os requisitos específicos estabelecidos no n.º 2 do artigo 23.º.

Aquando da preparação de uma proposta de medida legislativa desta natureza, a autoridade de controlo deve ser ouvida como decorre dos artigos 36.º, n.º 4 e 57.º do RGPD.

A não observância dos requisitos do artigo 23.º pode levar à aplicação de sanções pela Comissão Europeia e deve conduzir a desaplicação pelos tribunais e pela autoridade de controlo da medida legislativa aprovada, por respeito ao princípio do primado do direito da União⁶. Aliás, foi este um dos fundamentos que determinou a CNPD a deliberar⁷ pela desaplicação de alguns dos preceitos da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (Lei de Execução do RGPD), designadamente o artigo 20.º, n.º 1, «Considerando que a adoção nacional de normas jurídicas em contradição com o estatuído no RGPD não só viola o princípio do primado do direito da União (Acórdão TJUE, *Simmenthal*, Proc. 106/77, § 21), como prejudica seriamente o funcionamento adequado do mecanismo de coerência, colocando a respetiva autoridade nacional em risco de violar uma das normas em antinomia;

Considerando ainda que decorre do princípio do primado que, além dos tribunais nacionais, também as entidades administrativas estão obrigadas a desaplicar as normas nacionais que contrariam o direito da União Europeia, como o determinou expressamente o TJUE, no acórdão *Fratelli Costanzo*, que veio vincular todos os órgãos da Administra-

⁶ CARLA FARINHAS, in *Revista Julgar* 35, “O princípio do primado do direito da união sobre o direito nacional e as suas implicações para os órgãos jurisdicionais nacionais”. Ver, ainda, Acórdãos do TJUE de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, n.º 44; de 25 de julho de 2018, *Minister for Justice and Equality* (Falhas do sistema judiciário), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, n.º 63; de 24 de junho de 2019, Comissão/Polónia (Independência do Supremo Tribunal), C-619/18, EU:C:2019:531, n.º 72; e de 21 de dezembro de 2021, *Euro Box Promotion* e, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19, C-840/19, EU:C:2021:1034, n.º 225.

⁷ Deliberação da CNPD n.º 2019/494

ção Pública ao dever de aplicar integralmente o direito da União, afastando se necessário as disposições nacionais que constituam um obstáculo à plena eficácia das normas daquele direito».

Sobre a necessidade de restringir determinados direitos dos titulares dos dados ou das obrigações do responsável pelo tratamento, a fim de proteger a independência judicial e os processos judiciais (cfr. n.º 1, alínea f), do artigo 23.º), as orientações do Comité Europeu para a Proteção de Dados apenas mencionam que: «*O escopo dessas restrições deve estar alinhado com a legislação nacional que regula essas questões*». Esta remissão significa que é no regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial (no nosso país aprovado pela Lei n.º 34/2009, de 14.07, muito anterior ao RGPD) e nas normas processuais aplicáveis que devem estar concretizados quais os direitos dos titulares dos dados que devem ser limitados e em que medida devem ceder para assegurar a realização da justiça, limitação que deve ser feita observando os requisitos do artigo 23.º, n.º 2, do RGPD e das leis restritivas de direitos fundamentais previstas, em conformidade com a previsão do artigo 18.º da CRP. Sendo certo que antes da introdução de novas medidas legislativas, cuja aprovação se impõe para assegurar a atualidade e a conformidade das leis nacionais com o RGPD, o legislador deve realizar o juízo de proporcionalidade e da necessidade, refletindo quais os direitos a restringir e em que medida é necessária e adequada tal compressão, de acordo com o princípio da ponderação ou da concordância prática.

É extremamente importante que os operadores judiciários, as partes e intervenientes nos processos e todos os cidadãos que recorrem aos tribunais estejam conscientes de que o fundamento de licitude do tratamento dos seus dados pessoais num processo judicial consiste neste ser necessário ao exercício de funções de interesse público e ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável por esse tratamento [cfr. artigo 6.º, n.º 1, alínea e), do RGPD]⁸ e que os tribunais para exercerem a sua função de «*assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados*» (artigo 202.º da CRP) têm que proceder ao tratamento de dados pessoais com liberdade e na medida do que for necessário e proporcional ao exercício dessa função, ainda que tal implique a correspondente compressão dos direitos dos titulares desses dados.

⁸ O consentimento não deverá constituir fundamento jurídico válido quando o responsável é uma autoridade pública como explica e bem o Considerando (43) e como decorre dos próprios requisitos do consentimento previstos no artigo 4.º, n.º 11), do RGPD.

IV. O Responsável pelo Tratamento

4.1. Definição

O «responsável pelo tratamento é a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as **finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais**» – artigos 4.º, n.º 7), 24.º, e Considerando 78) do RGPD. Como refere Alexandre L. Dias Pereira: «O que conta é saber se a entidade em causa, isolada ou conjuntamente com outras, determina as *finalidades* e os *meios* de tratamento de dados, i.e., o *para quê* e o *como*».⁹

De acordo com o princípio da responsabilidade proativa, o responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento dos princípios legais previstos no artigo 5.º, n.º 1 do RGPD e tem de poder comprová-lo (cfr. artigos 5.º, n.º 2, 24.º e 25º). Para tal deve aplicar as medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar e poder comprovar que o tratamento é realizado em conformidade com o Regulamento.

4.2. O Responsável pelo Tratamento no tratamento dos dados judiciais

Com observância dos princípios consagrados no Considerando (20) do RGPD e nos seus artigos 23.º, n.º 1, alínea f) e n.º 2, 51.º e 55.º, n.º 3, 85.º a 89.º; e no Considerando (80) da Diretiva (UE) 2016/680, no ordenamento jurídico português importa atender à Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto, que aprova as regras relativas ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, transpondo a Diretiva (UE) 2016/680, à Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, a qual assegura a execução do RGPD na ordem jurídica nacional e ao regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial aprovado pela Lei n.º 34/2009, de 14 de julho (alterada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio).

A Lei n.º 34/2009, de 14 de julho, define os dados que podem ser recolhidos nos processos judiciais, a qualidade desses dados, as finalidades da recolha, os responsáveis pelo tratamento de dados, a coordenação das competências das entidades responsáveis através de uma Comissão para a Coordenação da Gestão dos Dados Referentes ao Sistema Judicial, a consulta dos dados e a sua proteção, a conservação, arquivamento e eliminação dos dados, o arquivo eletrónico e a

⁹ O Responsável pelo Tratamento de Dados Segundo o RGPD, in Revista de Direito e Tecnologia, Vol. 1, (2019), n.º 2, 141-173

segurança dos dados. Nos termos deste regime aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial, a responsabilidade pelo tratamento dos dados compete aos responsáveis pela gestão dos dados, cujas competências são exercidas de forma coordenada através da Comissão para a Coordenação da Gestão dos Dados Referentes ao Sistema Judicial.

O Conselho Superior da Magistratura é a entidade responsável pela gestão dos dados referentes: aos processos nos tribunais judiciais; às medidas de coação privativas da liberdade e à detenção; à conexão processual no processo penal quando a conexão opere relativamente a processos que se encontrem simultaneamente na fase de instrução ou julgamento; e às ordens de detenção quando o mandado de detenção dimanar do juiz [cfr. artigos 24.º, n.º 1, alíneas a), b) e c) e 3.º alíneas a), e), g) e h)]; o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais é a entidade responsável pela gestão dos dados constantes dos processos dos tribunais administrativos e fiscais [artigo 24.º, n.º 2, e alínea b) do artigo 3.º]; e a Procuradoria-Geral da República é a entidade responsável pela gestão dos dados referentes: aos inquéritos em processo penal; aos demais processos, procedimentos e expediente da competência do Ministério Público; à suspensão provisória do processo penal e ao arquivamento em caso de dispensa de pena; à conexão processual no processo penal quando esta opere relativamente a processos que se encontrem simultaneamente na fase de inquérito; às ordens de detenção; quando o mandado de detenção não dimanar do juiz [(cfr. artigos 24.º, n.º 3, e alíneas c), d), e), f) e h) do artigo 3.º)].

Nos termos do artigo 24.º n.º 6, da Lei n.º 34/2009, de 14 de julho:

«Compete aos responsáveis pela gestão dos dados:

- a) Velar pela legalidade da consulta e da comunicação da informação;*
- b) Garantir o cumprimento de medidas necessárias à segurança da informação e dos tratamentos de dados;*
- c) Assegurar o cumprimento das regras de acesso e de segurança referentes ao arquivo eletrónico.»*

Sendo, nos termos do n.º 7 desta disposição legal assegurado pelos magistrados com competência sobre o respetivo processo:

- a) O direito de informação e o direito de acesso aos dados pelo respetivo titular;*
- b) A atualização dos dados, bem como a correção dos que sejam inexatos, o preenchimento dos total ou parcialmente omissos e a supressão dos indevidamente registados.*
- c) As demais competências previstas na Lei da Proteção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.»(remissão que terá que se interpretar como sendo atualmente para a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, diploma que revogou a anterior Lei da Proteção de Dados Pessoais).*

O regime jurídico aplicável ao tratamento de dados do sistema judicial previsto na Lei n.º 34/2009, de 14 de julho está desatualizado e carece de urgente revisão para adequação dos seus termos e para assegurar a sua conformidade com o RGPD.

Na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – “*A proteção de dados enquanto pilar da capacitação dos cidadãos e a abordagem da UE para a transição digital*”¹⁰, a Comissão volta a insistir que os Estados-Membros devem alterar ou revogar a respetiva legislação nacional em matéria de proteção de dados em conformidade com o RGPD, para assegurar a harmonização do direito europeu nesta matéria.

No entanto, e enquanto não tal não sucede, impõe-se um esforço acrescido de interpretação das disposições da Lei n.º 34/2009, de 14 de julho à luz do RGPD, não só atualista, em face dos novos diplomas nacionais aprovados, designadamente as Leis n.ºs 58/2019 e 59/2019, ambas de 8 de agosto, mas também de integração das lacunas porque muitas das suas normas estão tacitamente revogadas por serem contrárias ao Regulamento Europeu.

Com estas ressalvas, podemos concluir que do regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial aprovado pela Lei n.º 34/2009, de 14 de julho, resulta que o responsável pelo tratamento varia consoante a natureza do processo (se dos tribunais comuns, administrativos ou fiscais) ou consoante a jurisdição ou a fase em que o processo se encontra.

A conjugação dos responsáveis pelo tratamento nem sempre é fácil e exige maior concertação entre os Conselhos Superiores (Conselho Superior da Magistratura e Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais) e a Procuradoria-Geral da República. Esta dificuldade é, em muito, agravada pela inexistência de facto da Comissão para a Coordenação da Gestão dos Dados Referentes ao Sistema Judicial, a qual, apesar de estar prevista na Lei e de ter tomado posse, não chegou a exercer efetivamente as suas funções. Assim sendo, não existe nenhum órgão que exerça as competências previstas no artigo 25.º, n.º 5, da Lei 34/2009, de 14 de julho, tendo esta coordenação que ser realizada caso a caso e muito frequentemente apenas por iniciativa dos Encarregados da Proteção de Dados (EPD) destas entidades.

V – O Encarregado da Proteção de Dados

Foi o RGPD, no seu artigo 37.º, que criou esta nova obrigação do Responsável pelo Tratamento de, em certos casos, designar um Encarregado da

¹⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0264>

Proteção de Dados (EPD), usualmente conhecido pela sigla inglesa *DPO* (*Data Protection Officer*), o qual reporta ao mais alto nível da direção e tem a função específica de informar e aconselhar a organização, com independência, quanto ao cumprimento das obrigações legais em matéria de proteção de dados pessoais, sendo o elo de ligação com a autoridade de controlo nacional e com os titulares dos dados pessoais.

Esta nova figura no panorama do direito da UE (a lei alemã já previa a necessidade de certas entidades públicas e privadas terem de nomear um Encarregado da Proteção de Dados), a par com o princípio da responsabilidade proativa constitui uma inovação do RGPD em relação ao regime anterior assente na Diretiva 95/46/CE, transposta pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro – Lei de Proteção de Dados, e traduz uma importante mudança de paradigma no sistema de regulação e de fiscalização. «No quadro do RGPD, o controlo transita, a título principal, para a figura do responsável pelo tratamento dos dados, assim como para os subcontratantes, sobre quem recai agora a responsabilidade de autorregularem as suas atividades de modo a assegurarem a conformidade das operações de tratamento de dados pessoais com o mesmo e demais legislação aplicável. O responsável pelo tratamento está obrigado, desde logo, a criar os mecanismos e a instituir os procedimentos que assegurem o exercício dos direitos por parte dos titulares dos dados pessoais. Está igualmente obrigado, entre o mais, a aplicar as medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar o cumprimento do RGPD, tendo em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades dos tratamentos de dados, bem como os riscos para os direitos e liberdades das pessoas singulares. (...) Em suma, no quadro do RGPD, a principal responsabilidade, por assegurar o seu cumprimento e da demais legislação aplicável, transita da autoridade nacional de controlo para o responsável pelas operações de tratamento de dados pessoais e o subcontratante. Passamos assim de um paradigma assente num heterocontrolo para um modelo de autorregulação (autocontrolo)»¹¹. Deste modo, face às mudanças introduzidas pelo RGPD cabe ao EPD supervisionar internamente a conformidade da implementação do RGPD dentro da organização, motivo pelo qual, atendendo às funções que desempenha, se considera quase como “uma autoridade de autocontrolo” dentro de cada Responsável pelo Tratamento ou Subcontratante, constituindo uma espécie de “controlo” de primeiro nível.¹²

Como referem Fernanda Maçãs e Filipa Calvão, o responsável passa a ser auxiliado pelo EPD, numa tripla vertente: «Além de acompanhar operações de

¹¹ O encarregado de proteção de dados nas pessoas coletivas públicas”, Fernanda Maçãs e Filipa Calvão, Fórum da Proteção de Dados, n.º 7, dezembro 2020

¹² Vd. *CiberLay – As AIPD, o EPD e a Certificação no novo RGPD*, 2021, página 30; e CEPD – “Orientações 07/2020 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante no RGPD”, 7 de julho de 2021.

tratamento de dados pessoais realizadas na instituição, aconselhando e orientando o Responsável, (...), o EPD verifica e monitoriza a conformidade das operações e atividades de tratamento com o RGPD e assegura o contacto institucional com a autoridade nacional de controlo e os titulares de dados pessoais (cfr. o n.º 4 do artigo 38.º do RGPD). Esta figura constitui, na verdade, entre nós, outra novidade associada ao novo paradigma de controlo traduzido na exigência, para determinadas situações (em que se incluem, desde logo, o tratamento efetuado por entidades públicas), da designação de um EPD¹³.

Relativamente à posição do EPD concretiza o CEPD, nas suas Orientações: “É crucial que o EPD, ou a sua equipa, seja envolvido, desde a fase mais precoce, em todas as questões relacionadas com a proteção de dados. Em relação às avaliações de impacto sobre a proteção de dados, o RGPD prevê explicitamente o envolvimento do EPD desde o início e especifica que, ao efetuar essas avaliações de impacto, o responsável pelo tratamento deve solicitar o parecer do EPD. Assegurar que o EPD seja informado e consultado durante a fase inicial permitirá facilitar o cumprimento do RGPD e promover uma abordagem de proteção da privacidade desde a conceção, pelo que deve constituir o procedimento normal da governação da organização. Além disso, é importante que o EPD seja encarado como interlocutor no seio da organização e que faça parte dos grupos de trabalho incumbidos de gerir as atividades de tratamento de dados nessa organização¹⁴”.

Pese embora o EPD possa exercer outras funções internamente a sua posição e funções nunca podem sobrepor-se às do responsável pelo tratamento, sob pena de existir conflito de interesses.

Como salienta o Comité Europeu para a Proteção de Dados: “A ausência de conflitos de interesses está intimamente ligada ao requisito de independência dos EPD. Embora os EPD estejam autorizados a desempenhar outras tarefas, só podem ser incumbidos de outras funções e atribuições se estas não derem origem a conflitos de interesses. Por conseguinte, o EPD não pode, em especial, exercer um cargo dentro da organização que o leve a determinar as finalidades e os meios do tratamento de dados pessoais. Devido à estrutura organizacional específica de cada organização, este aspeto deve ser apreciado caso a caso.”

A designação do EPD é obrigatória, nomeadamente quando o tratamento é efetuado por autoridade ou organismo Público, excetuando os tribunais no exercício da sua função jurisdicional, de acordo com o artigo 37.º, n.º 1, alínea a). O RGPD não define o que constitui «uma autoridade ou um organismo público», relegando para os Estados-Membros a definição deste conceito que deve ser definido ao abrigo da legislação nacional. A nossa Lei de Execução (Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto) define, no seu artigo 12.º, n.º 2, o que se entende por entidades públicas para efeitos do artigo 37.º, n.º 1, alínea a) do

¹³ Fórum da Proteção de Dados, n.º 7 dezembro 2020, CNPD.

¹⁴ “Orientações sobre os encarregados da proteção de dados”, Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, página 16.

RGPD. Deste preceito, conjugado com a ressalva da alínea a) do artigo 37.º, n.º 1, podemos inferir que os tribunais só serão obrigados a designar EPD quando constituam entidades administrativas independentes, como será o caso do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), do Supremo Tribunal Administrativo (STA), dos Tribunais da Relação (TR) e do Tribunal Central Administrativo (TCA), os quais são dotados de autonomia administrativa¹⁵.

De acordo com o artigo 39.º do RGPD o EPD tem, pelo menos, as seguintes funções:

- “a) Informa e aconselha o responsável pelo tratamento ou o subcontratante, bem como os trabalhadores que tratem os dados, a respeito das suas obrigações nos termos do presente regulamento e outras disposições de proteção de dados da União ou dos Estados-Membros;*
- b) Controla a conformidade com o presente regulamento, com outras disposições de proteção de dados da União ou dos Estados-Membros e com as políticas do responsável pelo tratamento ou do subcontratante relativas à proteção de dados pessoais, incluindo a repartição de responsabilidades, a sensibilização e formação do pessoal implicado nas operações de tratamento de dados, e as auditorias correspondentes;*
- c) Presta aconselhamento, quando tal lhe for solicitado, no que respeita à avaliação de impacto sobre a proteção de dados e controla a sua realização nos termos do artigo 35.º;*
- d) Cooperar com a autoridade de controlo;*
- e) Ponto de contacto para a autoridade de controlo sobre questões relacionadas com o tratamento, incluindo a consulta prévia a que se refere o artigo 36.º, e consulta, sendo caso disso, esta autoridade sobre qualquer outro assunto.*

2. No desempenho das suas funções, o encarregado da proteção de dados tem em devida consideração os riscos associados às operações de tratamento, tendo em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento.”

Nos termos do artigo 11.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, diploma de execução do RGPD na ordem jurídica nacional,

“Para além do disposto nos artigos 37.º a 39.º do RGPD, são funções do encarregado de proteção de dados:

- a) Assegurar a realização de auditorias, quer periódicas, quer não programadas;*
- b) Sensibilizar os utilizadores para a importância da deteção atempada de incidentes de segurança e para a necessidade de informar imediatamente o responsável pela segurança;*

¹⁵ Cfr. artigo 1.º do DL n.º 177/2000, de 9 de agosto, que estabelece o regime jurídico da gestão administrativa dos tribunais superiores.

- c) *Assegurar as relações com os titulares dos dados nas matérias abrangidas pelo RGPD e pela legislação nacional em matéria de proteção de dados”.*

No entanto, sobre esta disposição legal, como alertou a CNPD, no seu Parecer n.º 20/2018, emitido sobre a Proposta de Lei n.º 120/XIII/3ª que conduziu à aprovação da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto “o RGPD nesta matéria deixa muito pouca margem aos Estados-Membros para legislar”, assim quanto às funções adicionais refere que: “Quanto ao artigo 11.º da Proposta, pretende-se estabelecer funções adicionais aos encarregados de proteção de dados, quando tal não é permitido pelo Regulamento, constituindo assim este artigo uma infração ao direito da União. Além disso, o prómio do artigo faz referência aos artigos 37.º a 39.º do RGPD como se estes regulassem as funções do encarregado de proteção de dados, quando apenas o artigo 39.º o faz. Acresce que a alínea a) do artigo 11.º da Proposta, ao atribuir ao EPD a função de «[a]ssegurar a realização de auditorias, quer periódicas, quer não programadas» parece contradizer o vertido na alínea b) do n.º 1 do artigo 39.º do RGPD, que prevê apenas que o encarregado de proteção de dados controle a conformidade com o presente regulamento (...) e com as políticas do responsável pelo tratamento (...) incluindo (...) as auditorias correspondentes. Por tudo isto, não sendo dado ao Estado-Membro a possibilidade de legislar sobre as funções do encarregado de proteção de dados, deve o artigo 11.º ser eliminado do texto da Proposta. Relativamente ao artigo 12.º (Encarregados de proteção de dados em entidades públicas), considera-se que apenas os n.ºs 1, 2 e 5 do artigo respeitam o direito da União.

Já quanto aos n.ºs 3 e 4, não cumprem o preceituado no Regulamento, pelo que devem ser suprimidos. Com efeito, pretende-se aí dispor sobre matéria que não está na disponibilidade do Estados-Membros. Por um lado, porque o legislador está a interferir na designação dos encarregados de proteção de dados, quando é ao responsável e ao subcontratante que compete designar o EPD. Por outro lado, porque está a condicionar a distribuição e a partilha de EPD nas entidades públicas, sem ter em devida conta, no caso concreto, as respetivas estruturas organizacionais e dimensão das entidades envolvidas”¹⁶.

5.1. O Encarregado da Proteção de Dados nos Tribunais

Tendo em consideração a posição, características do cargo e funções a desempenhar, compreende-se que o RGPD exceção da obrigação de nomeação de EPD os tribunais no exercício das suas funções jurisdicionais. Não há

¹⁶ Parecer 20/2018 sobre a Proposta de Lei n.º 120/XIII/3ª, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42368>

dúvida que, fora o caso dos tribunais superiores que são dotados de autonomia administrativa e por isso exercem funções administrativas e financeiras que justificam essa necessidade, nos restantes, nomeadamente nos tribunais de 1.ª Instância, quando o tratamento, com autonomia, é restrito à atividade jurisdicional, a existência de Encarregado da Proteção de Dados (EPD) pode constituir uma ingerência externa na independência do poder judicial, no sentido amplo que tem sido acolhido pela Jurisprudência do TJUE. Como muito recentemente decidiu o TJUE, no seu Acórdão de 24 de Março de 2022: “(…), a preservação da independência do poder judicial pressupõe, de maneira geral, que as funções jurisdicionais sejam exercidas com total autonomia, sem que os órgãos jurisdicionais estejam submetidos a vínculos hierárquicos ou de subordinação nem recebam ordens ou instruções seja de que origem for, estando assim protegidas de qualquer intervenção ou pressão externa suscetível de prejudicar a independência de julgamento dos seus membros e de influenciar as suas decisões. O respeito das garantias de independência e de imparcialidade exigidas pelo direito da União pressupõe a existência de regras que permitam afastar qualquer dúvida legítima, no espírito dos litigantes, quanto à impermeabilidade da instância em causa em relação a elementos externos e à sua neutralidade relativamente aos interesses em confronto”¹⁷.

Por outro lado, considerando que nos tribunais de 1.ª instância existem diversos operadores judiciais com diferentes órgãos de gestão¹⁸ seria muito difícil, ou mesmo inexecutável, proceder à nomeação de um EPD que tivesse a posição e exercesse as funções previstas nos artigos 37.º e 38.º relativamente a todos (Magistrados Judiciais e do Ministério Público, Administradores Judiciais, Oficiais de Justiça e Assistentes Técnicos).

Face a esta realidade qualquer EPD que aceitasse tal nomeação corria sério risco de não ter condições de exercer as suas funções de acompanhamento e supervisão (descritas no artigo 39.º, do RGDP) com total independência, autonomia e autoridade, sem ocorrer situações de conflito de interesses com outras funções, pressupostos que são indispensáveis ao desempenho de tão importante função. Sendo certo que, sem estarem assegurados tais pressupostos, indispensáveis ao exercício da função, qualquer tentativa de nomeação de um EPD para todos os tribunais seria meramente formal e vazia de conteúdo.

¹⁷ Processo c-245/20, *Autoriteit Persoonsgegevens*, ECLI:EU:C:2022:216.

¹⁸ *Lei da Organização do Sistema Judiciário (LOSJ)*, Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto; e o regime aplicável à organização e funcionamento dos tribunais judiciais (ROFTJ), DL n.º 49/2014, de 27 de Março.

VI – Autoridade de Controlo – Noção

De acordo com o artigo 4.º, n.º 21), do RGPD, “os Estados-Membros estabelecem que cabe a uma ou mais **autoridades públicas independentes** a responsabilidade pela **fiscalização da aplicação do presente regulamento, a fim de defender os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares** relativamente ao tratamento e **facilitar a livre circulação desses dados na União** («autoridade de controlo»)". As vastas competências, atribuições e poderes da autoridade de controlo criada em cada Estado-Membro estão definidas nos artigos 54.º a 58.º do RGPD para além de outros que podem ser estabelecidos na lei nacional (cfr. n.º 6, do artigo 58.º).

A Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (Lei de Execução do RGPD) estabelece que a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) é a autoridade de controlo nacional para efeitos do RGPD e da presente lei, definindo nos artigos 4.º a 9.º a sua natureza e independência; composição e funcionamento; atribuições e competências; avaliações prévias de impacto e o dever de colaboração.

Para além das atribuições e competências previstas no RGPD, o artigo 6.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, prevê que a CNPD deve:

- a) *Pronunciar-se, a título não vinculativo, sobre as medidas legislativas e regulamentares relativas à proteção de dados pessoais, bem como sobre instrumentos jurídicos em preparação, em instituições europeias ou internacionais, relativos à mesma matéria;*
- b) *Fiscalizar o cumprimento das disposições do RGPD e das demais disposições legais e regulamentares relativas à proteção de dados pessoais e dos direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados, e corrigir e sancionar o seu incumprimento;*
- c) *Disponibilizar uma lista de tratamentos sujeitos à avaliação do impacto sobre a proteção de dados, nos termos do n.º 4 do artigo 35.º do RGPD, definindo igualmente critérios que permitam densificar a noção de elevado risco prevista nesse artigo;*
- d) *Elaborar e apresentar ao Comité Europeu para a Proteção de Dados, previsto no RGPD, os projetos de critérios para a acreditação dos organismos de monitorização de códigos de conduta e dos organismos de certificação, nos termos dos artigos 41.º e 43.º do RGPD, e assegurar a posterior publicação dos critérios, caso sejam aprovados;*
- e) *Cooperar com o Instituto Português de Acreditação, I. P. (IPAC, I. P.), relativamente à aplicação do disposto no artigo 14.º da presente lei, bem como na definição de requisitos adicionais de acreditação, tendo em vista a salvaguarda da coerência de aplicação do RGPD”.*

6.1. Existência de um Organismo Específico para Controlo das Operações de Tratamento Efetuadas pelos Órgãos Jurisdicionais

O artigo 55.º, n.º 3, do RGPD excepciona a atividade dos tribunais da competência da autoridade de controlo, prevendo expressamente que “*As autoridades de controlo não têm competência para controlar operações de tratamento efetuadas por tribunais que atuem no exercício da sua função jurisdicional*”. Este desvio à regra está explicitado no Considerando (20) onde se prevê que “*a competência das autoridades de controlo não abrange o tratamento de dados pessoais efetuado pelos tribunais no exercício da sua função jurisdicional, a fim de assegurar a independência do poder judicial no exercício da sua função jurisdicional, nomeadamente a tomada de decisões*”. Mais uma vez o Regulamento faz depender esta ressalva *de quando os tribunais “atuem no exercício da sua função jurisdicional”*, o que tem levantado dúvidas sobre qual o campo de aplicação destes preceitos especiais e, neste caso, de delimitação da competência da autoridade de controlo.

6.2. O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 24 de março de 2022, Processo C-245/20 Reenvio prejudicial – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais – *Autoriteit Persoonsgegevens*

O TJUE, no seu recente Acórdão de 24 de março de 2022,¹⁹ veio clarificar a aplicação do RGPD aos Tribunais, a amplitude com que deve ser interpretado o conceito de atuação no exercício da sua função jurisdicional, o conceito de independência judiciária e a necessidade de confiar o controlo das operações de tratamento a um organismo específico.

A questão prejudicial colocada objeto de reenvio pelo *Rechtbank Midden-Nederland* (Tribunal de Primeira Instância dos Países Baixos Centrais, foi: «*Deve o artigo 55.º, n.º 3, do [Regulamento 2016/679] ser interpretado no sentido de que as “operações de tratamento efetuadas por tribunais que atuem no exercício da sua função jurisdicional” abrangem a concessão do acesso a documentos dos autos que contém dados pessoais por um órgão jurisdicional, sendo esse acesso concedido mediante a*

¹⁹ *Processo C-245/20 Reenvio prejudicial – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais – Regulamento (UE) 2016/679 – Competência da autoridade de controlo – Artigo 55.º, n.º 3 – Operações de tratamento efetuadas por tribunais no exercício da sua função jurisdicional – Conceito – Disponibilização a um jornalista de documentos dos autos de um processo judicial que contém dados pessoais, ECLI:EU:C:2022:216*

disponibilização aos jornalistas de cópias dos documentos dos autos, conforme descrito [na presente decisão] de reenvio?».

Era este o litígio no processo principal: na audiência realizada em 30 de outubro de 2018, na Secção de Contencioso Administrativo do *Raad van State* (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), no âmbito de um processo judicial no qual Z era parte, representado por X, estes últimos foram abordados por um jornalista. Durante a conversa, X constatou que esse jornalista dispunha de documentos dos autos do processo em causa, incluindo documentos que ele próprio redigiu, revelando em especial o seu nome e endereço, bem como o número nacional de identificação de Z. O jornalista indicou-lhe que esses elementos tinham sido postos à sua disposição no âmbito do direito de acesso aos autos dos processos que a Secção de Contencioso Administrativo do *Raad van State* (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) confere aos jornalistas o presidente da Secção de Contencioso Administrativo do *Raad van State* (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) confirmou a X que essa Secção fornecia aos média um certo número de elementos sobre os processos pendentes. Indicou-lhe que, no dia da audiência, o serviço de comunicação do *Raad van State* (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) disponibilizava aos jornalistas presentes documentos destinados a permitir-lhes seguir as audiências, a saber, uma cópia da petição inicial, uma cópia da contestação e, sendo a decisão jurisdicional impugnada, documentos esses que eram destruídos no final do dia.

A autoridade de controlo holandesa referiu que, por força do artigo 55.º, n.º 3, do Regulamento 2016/679, não tinha competência para controlar as operações de tratamento de dados pessoais em causa, efetuadas pelo *Raad van State* (Conselho de Estado, em formação jurisdicional). Em seguida, transmitiu os pedidos de X e de Z à Comissão de Proteção de Dados Pessoais para os Órgãos Jurisdicionais Administrativos. X e Z contestaram, no órgão jurisdicional de reenvio, o *Rechtbank Midden-Nederland* (Tribunal de Primeira Instância dos Países Baixos Centrais), a decisão pela qual a autoridade de controlo declarou a sua incompetência para conhecer dos seus pedidos, o qual suspendeu a instância e procedeu ao reenvio prejudicial para determinar se a autoridade de controlo era efetivamente incompetente para se pronunciar sobre os pedidos de X e de Z.

Com maior relevância para a análise em apreço, e em síntese, o TJUE decidiu:

- O artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento 2016/679 prevê que este Regulamento se aplica a qualquer «*tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatiza-*

- dos de dados pessoais contidos num ficheiro ou a ele destinados», sem estabelecer distinção em função da identidade do autor do tratamento em causa;*
- Esta leitura é corroborada pelo facto de várias disposições do Regulamento 2016/679 serem acompanhadas de adaptações destinadas a ter em conta especificidades próprias ao tratamento efetuado pelos órgãos jurisdicionais. É esse o caso, designadamente, do artigo 55.º, n.º 3, do referido Regulamento, que exclui da competência da autoridade de controlo as operações de tratamento efetuadas por tribunais *«que atuem no exercício da sua função jurisdicional»;*
 - O legislador da União, ao adotar o artigo 55.º, n.º 3, deste Regulamento, não pretendeu subtrair a qualquer controlo as operações de tratamento efetuadas pelos órgãos jurisdicionais *«no exercício da sua função jurisdicional»*, mas apenas excluiu que a fiscalização dessas operações seja confiada a uma autoridade externa;
 - O Considerando 20 do Regulamento n.º 2016/679, à luz do qual este artigo 55.º, n.º 3, deve ser lido, precisa que deve ser possível confiar o controlo das operações de tratamento efetuadas pelos órgãos jurisdicionais *«no exercício da sua função jurisdicional»* a organismos específicos no âmbito do sistema judicial do Estado-Membro em causa, em vez da autoridade de controlo que pertence a este último, com o objetivo de *«assegurar a independência do poder judicial no exercício da sua função jurisdicional, nomeadamente a tomada de decisões»;*
 - Resulta dos próprios termos do Considerando 20 do Regulamento 2016/679, em particular da utilização do advérbio “nomeadamente”, que o alcance do objetivo prosseguido pelo artigo 55.º, n.º 3, deste Regulamento, que consiste em assegurar a independência do poder judicial no exercício das suas funções judiciais, não se pode limitar apenas à garantia da independência dos juízes no âmbito da adoção de uma determinada decisão judicial.

Assim, e em conclusão, decidiu que: *«O artigo 55.º, n.º 3, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), deve ser interpretado no sentido de que o facto de um órgão jurisdicional disponibilizar temporariamente a jornalistas documentos dos autos de um processo judicial, que contém dados pessoais, a fim de lhes permitir informar melhor sobre o desenrolar desse processo decorre do exercício, por esse órgão jurisdicional, da sua «função jurisdicional», na aceção desta disposição».*

Muito pertinentes e relevantes para compreensão destes conceitos são também as conclusões do advogado-geral Michal Bobek apresentadas em 6 de outubro de 2021, das quais salientamos:

«(...) 33. Distinta da questão da aplicabilidade material das regras previstas no RGPD, mas ainda indissociavelmente ligada a esta, encontra-se a questão do controlo do cumprimento dessas regras. É certo que a questão de «quem deve controlar» pode, em parte, ser separada da questão «do que deve ser controlado». Todavia, ainda existe necessariamente uma ligação. Para começar, se certas regras não fossem sequer materialmente aplicáveis, ou fossem objeto de amplas exceções, quase não haveria, então, necessidade de discutir quaisquer questões relativas ao controlo. Na verdade, não haveria nada para controlar.

37.(...) As autoridades de controlo «ordinárias», nos termos do artigo 55.º, n.º 1, do RGPD, não são competentes para estas atividades. Ao invés, o considerando 20 do RGPD explica que «deverá ser possível confiar o controlo de tais operações de tratamento de dados a organismos específicos no âmbito do sistema judicial do Estado-Membro».

40.(...) a aplicabilidade do artigo 55.º, n.º 3, do RGPD está sujeita a duas condições. Deve existir uma «operação de tratamento» na aceção do RGPD. Em seguida, esta deve ser efetuada por um «tribunal que atue no exercício da sua função jurisdicional». Só depois se poderá determinar qual a instituição responsável pelo controlo do cumprimento do RGPD por esta atividade (...).

78.(...) importa recordar que o segundo período do considerando 20 do RGPD estabelece que «a competência das autoridades de controlo não abrange o tratamento de dados pessoais efetuado pelos tribunais no exercício da sua função jurisdicional, a fim de assegurar a independência do poder judicial no exercício da sua função jurisdicional, nomeadamente a tomada de decisões».

79. Neste contexto, as formulações «a fim de» e «nomeadamente» indicam a interpretação lata de que deve ser objeto o conceito de «atuar no exercício na sua função jurisdicional» (...).

81.(...), a necessidade de uma interpretação ampla dos termos «função jurisdicional» é também confirmada pela inclusão da palavra «nomeadamente» antes de «tomada de decisões», no segundo período do considerando 20 do RGPD. Com efeito, o vínculo assim criado indica igualmente que o conceito de «função jurisdicional» deve ser interpretado de forma mais ampla do que meras decisões individuais relativas a um caso concreto (...).

82.(...), a mesma conclusão pode também ser retirada do objetivo declarado de salvar a «independência do poder judicial no exercício da sua função jurisdicional». Ao longo da sua jurisprudência, em particular nos seus casos mais recentes, o Tribunal de Justiça tem interpretado o conceito de «independência judiciária» em sentido lato, de forma a abranger a capacidade dos juizes de exercerem as suas funções sem qualquer forma de pressão (direta ou indireta, efetiva ou potencial) (V. Acórdãos de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, n.º 44); de 25 de julho

de 2018, *Minister for Justice and Equality (Falhas no sistema judiciário)*; (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, n.º 38); de 24 de junho de 2019, *Comissão/Polónia (Independência do Supremo Tribunal)* (C-619/18, EU:C:2019:531, n.º 72); de 2 de março de 2021, *A. B. e o. (Nomeação de juízes para o Supremo Tribunal — Recursos)* (C-824/18, EU:C:2021:153, nomeadamente n.ºs 117 a 119); e de 18 de maio de 2021, *Associação «Forumul Judecătorilor din România» e o. (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, EU:C:2021:393, n.º 188)*. (...)

100. Em síntese, proponho que o conceito de «atuar no exercício da sua função jurisdicional», na aceção do artigo 55.º, n.º 3, do RGPD, seja abordado numa perspetiva institucional («trata-se de um tribunal?»), que é, depois, potencialmente corrigida por uma avaliação funcional do tipo de atividade em causa («que tipo específico de atividade efetuou o tribunal?»). À luz do objetivo previsto no considerando 20.º do RGPD, esta última avaliação da atividade deve aplicar uma interpretação ampla do conceito de «função jurisdicional» que vá para além da mera tomada da decisão judicial num caso concreto. Tal avaliação deve igualmente abranger todas as atividades suscetíveis de ter um impacto indireto na independência judiciária dos tribunais. Como tal, deve considerar-se que os tribunais atuam, por defeito, no exercício de uma «função jurisdicional», salvo se se demonstrar, no que respeita a um tipo específico de atividade, que esta reveste apenas natureza administrativa».

As conclusões deste Acórdão do TJUE²⁰ vieram contribuir muito para o esclarecimento e delimitação das questões que a aplicação do RGPD aos Tribunais levanta e na interpretação do que, em sede de RGPD, parece ser a questão chave de aplicação das especialidades previstas artigos 9.º, n.º 2, alínea f), 23.º, n.º 1 alíneas d) e f), 37.º, n.º 1 al. a) e 55.º, n.º 3, a que se referem os Considerando (20), (97), ou seja, o que deve entender-se por tratamento de dados pelos tribunais no exercício da sua função jurisdicional ou tratamento para fins não-jurisdicionais.

Reafirma o TJUE neste Acórdão a conceção ampla de função jurisdicional, que vai muito além da aplicação do direito ao processo concreto, no sentido que era já jurisprudência do TJUE, «de que não se limita aos tratamentos de dados pessoais levados a cabo pelos órgãos jurisdicionais no âmbito de processos concretos, mas

²⁰ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, a “Interpretação dos Regulamentos Europeus e das Correspondentes Leis de Execução “A Interpretação dos Regulamentos Europeus e das Correspondentes Leis de Execução: o Caso Paradigmático do RGPD e da Lei n.º 58/2019”, página 183, «O TJUE é, nos termos do artigo 267.º do TFUE, o órgão competente para decidir, a título prejudicial, a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos e organismos da União. A concentração dessas competências últimas – recorde-se o disposto no artigo 344.º do TFUE: “Os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos” – impõe o domínio dos modelos metodológicos desenvolvidos pelo TJUE29. São estes e não os previstos no artigo 9.º do CC que devem ser invocados para interpretar o RGPD.»

sim no sentido de que visa, de maneira mais ampla, o conjunto das operações de tratamento efetuadas pelos órgãos jurisdicionais no âmbito da sua atividade judicial, pelo que estão excluídas da competência da autoridade de controlo as operações de tratamento cuja fiscalização é suscetível, direta ou indiretamente, de ter uma influência na independência dos seus membros ou de pesar nas suas decisões».

Tendo concluído pela inclusão deste tratamento de dados, facultar cópias dos autos aos jornalistas para acompanhar a audiência de julgamento, na aceção ampla de tratamento de dados no exercício da sua função jurisdicional, o TJUE decidiu que a fiscalização daquele tratamento nas condições do RGPD não era competência da autoridade de controlo holandesa. No entanto, acrescentou que o RGPD não pretendeu subtrair a qualquer controlo as operações de tratamento efetuadas pelos órgãos jurisdicionais «no exercício da sua função jurisdicional», apenas excluiu que a fiscalização dessas operações seja confiada a uma autoridade externa, impondo-se a existência de organismos específicos no âmbito do sistema judicial de cada Estado-Membro a quem confiar o controlo das operações de tratamento efetuadas pelos órgãos jurisdicionais²¹, nos termos constantes do Considerando (20) e do artigo 8.º, n.º 3, da CDFUE e do artigo 16.º, n.º 2, do TFUE.

Compete, assim, a cada Estado-Membro a criação deste organismo específico no âmbito do sistema judicial, a definição da sua composição, das suas competências e do seu modo de funcionamento.

6.3. Proposta de alteração da Lei n.º 34/2009, de 14 de julho que aprova o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial – o Decreto n.º 333/XIII

Na nossa Lei n.º 34/2009, muito anterior ao RGPD, tinha sido prevista a criação de uma Comissão para a Coordenação da Gestão dos Dados Referentes ao Sistema Judicial, com as competências definidas no artigo 25.º, cujo mandato teria a duração de quatro anos. Esta Comissão foi constituída e tomou

²¹ Idêntica preocupação é assinalada na avaliação realizada pela Comissão (cfr. artigo 97.º do RGPD) – “A proteção de dados enquanto pilar da capacitação dos cidadãos e a abordagem da UE para a transição digital – dois anos de aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados” como questões específicas para o setor público a supervisão dos tribunais: “embora o RGPD também se aplique às atividades dos tribunais, estes estão isentos da supervisão pelas autoridades de proteção de dados no exercício da sua função jurisdicional. No entanto, a Carta e o TFUE obrigam os Estados-Membros a confiar o controlo de tais operações de tratamento a um organismo independente no âmbito dos seus sistemas judiciais (Artigo 8.º, n.º 3, da Carta; artigo 16.º, n.º 2, do TFUE; considerando 20 do RGPD)”.

posse, mas não chegou a exercer as suas funções. Esta Comissão seria composta por um presidente, designado pela Assembleia da República de entre personalidades de reconhecido mérito, dois representantes designados pelo CSM; dois designados pelo CSTAF; dois designados pela PGR; um representante designado por Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz e um por Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL); dois representantes designados pela Assembleia da República, dois representantes designados pelo Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça, I. P., dois representantes designados pela Direção- Geral da Administração da Justiça. Atualmente à luz do RGPD afigura-se-nos que esta composição não respeita as preocupações expressas no RGPD. Contudo, se atentarmos nas competências previstas neste artigo 25.º temos que concluir que, mesmo que estivesse em funcionamento, este órgão não assumiria as funções de fiscalização do cumprimento das regras do Regulamento e de decisão das reclamações relativas às operações de tratamento efetuadas pelos tribunais no exercício da sua função jurisdicional.

A 19 de junho 2019, a Assembleia da República aprovou a Proposta de Lei n.º 126/XIII/3.^a, dando origem ao Decreto n.º 333/XIII – Segunda alteração à Lei n.º 34/2009, de 14 de julho.

Por discordar de algumas das opções consagradas nesta proposta, o Conselho Superior da Magistratura e a Procuradoria-Geral da República apresentaram parecer a Sua Excelência o Presidente da República com vista a alertar para a existência de desconformidade desta Lei com o Regulamento europeu (RGPD), uma vez que este diploma não acautelava as preocupações expressas no Direito da União, existindo um manifesto risco de desconformidade e de desrespeito pelo primado do direito da União.

Este diploma previa a criação de uma Comissão para Gestão da Informação do Sistema Judiciário cujo conselho superior seria presidido por um membro do Governo responsável pela área da Justiça, que definia e supervisionava a atividade do conselho coordenador, este presidido também por um membro do Governo com competências no âmbito dos sistemas de informação dos tribunais. Ora, tal não era compatível com as exigências do RGPD e envolvia sérios riscos de uma indevida ingerência de entidade administrativa e/ou governamental no tratamento dos dados judiciais, perigando a defesa da independência judiciária no sentido amplo acima aprofundado.

O CSM, o CSTAF e a PGR seriam apenas entidades supervisoras de gestão da informação que iriam colaborar com a Comissão Nacional de Proteção de Dados no exercício dos seus poderes e na prossecução das suas atribuições relativamente à proteção e tratamento de dados pessoais no sistema judiciário. A composição e competências da Comissão de Coordenação da Gestão da Informação do Sistema Judiciário não respeitava o princípio consagrado no

Considerando (20) do RGPD e (80) da Diretiva, nem a restrição da competência prevista no artigo no artigo 55.º, n.º 3. Neste diploma não foi criado um organismo independente no âmbito do sistema judicial para fiscalização e controlo do tratamento dos dados pelos tribunais.

Consagrava, ainda, este diploma que os Magistrados Judiciais e do Ministério Público competentes seriam os responsáveis pelo tratamento de dados e assegurariam a efetiva proteção dos direitos de informação, de acesso e de retificação ou apagamento dos dados, nos termos dos regimes de proteção de dados pessoais. Contudo, como se alertou, a atividade jurisdicional dos juizes e dos magistrados do Ministério Público relativa ao tratamento de dados pessoais nos processos, não é assimilável à noção de responsável pelo tratamento tal como esta é configurada no RGPD. O Juiz e o Procurador não determinam nem os meios, que são colocados à disposição pelo Ministério da Justiça (IGFEJ, I.P.), nem as finalidades, que estão estabelecidas no artigo 4.º da Lei n.º 34/2009 e nas leis processuais.

A 26 de julho de 2019, Sua Excelência o Senhor Presidente da República veio a exercer o direito de veto, solicitando nova apreciação do diploma com a seguinte mensagem fundamentada:

«1 – A garantia da proteção dos dados pessoais, tratados no âmbito do sistema judiciário, deve respeitar as áreas constitucionais de exercício de funções dos tribunais e do Ministério Público.

2 – As responsabilidades que incumbem às autoridades de controlo, no que concerne ao tratamento de dados pessoais no âmbito dos processos judiciais, devem assegurar o cumprimento, na ordem jurídica interna, do Regulamento (UE) n.º 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, quanto às áreas específicas de funções dos tribunais, no exercício com independência da função jurisdicional, e do Ministério Público, no desempenho, com autonomia, das suas funções e competências processuais.

3 – Deste modo, a autoridade de controlo e a autoridade de coordenação, que se impõe que sejam independentes, devem obedecer a um modelo que permita dar execução à exceção prevista no artigo 23.º, n.º 1, alínea f), e no artigo 55.º, n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

4 – Em suma, nenhuma das autoridades em questão pode traduzir uma organização não conforme com o regime constante da legislação europeia, por sinal consonante com a Constituição da República Portuguesa.

5 – Nestes termos, devolvo, sem promulgação, o Decreto n.º 333/XIII – Segunda alteração à Lei n.º 34/2009, de 14 de julho, que estabelece o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial, para que a Assembleia da República possa, sendo esse o seu entendimento, proceder à sua reapreciação, ponderando as alterações

que correspondam à garantia de não interferência nas área específicas de natureza jurisdicional e do Ministério Público, no exercício das suas funções e competências processuais».

Desde então e até à presente data, não foram apresentadas novas propostas de alteração da Lei n.º 34/2009, de 14 de julho, mantendo-se, na ausência de previsão legal, a indefinição sobre qual é ou quais são o(s) organismo(s) específico(s) no âmbito do sistema judicial que exerça(am) as funções que o RGPD no seu Considerando (20) concretiza de: **«assegurar o cumprimento das regras do presente regulamento, reforçar a sensibilização os membros do poder judicial para as obrigações que lhe são impostas pelo presente regulamento e tratar reclamações relativas às operações de tratamento dos dados».**

VII – Tratamento de dados pessoais constantes dos processos judiciais para outras finalidades

A publicidade da audiência de julgamento e das decisões judiciais é um princípio basilar do Estado de direito democrático consagrado em vários instrumentos internacionais, nomeadamente no artigo 10.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no artigo 47.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no artigo 14.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Sobre o tratamento de dados pelos tribunais, cuja licitude assenta na necessidade para o exercício de funções de interesse público e exercício da autoridade pública de que esta investido o responsável – artigo 6.º, n.º 1, alínea e) do RGPD – e quanto aos dados pessoais constantes dos processos judiciais, importa atender ao que o Regulamento dispõe no seu artigo 86.º sobre o tratamento e acesso do público aos documentos oficiais: *«(...) podem ser divulgados pela autoridade ou organismo nos termos do direito da União ou do Estado-Membro que for aplicável à autoridade ou organismo público, a fim de conciliar o acesso do público a documentos oficiais com o direito à proteção dos dados pessoais nos termos do presente regulamento.»*. Daqui decorre que os termos em que deve ser realizada a conciliação entre o interesse público da publicidade dos dados e a salvaguarda dos dados pessoais constantes dos documentos oficiais deve ser concretizada pelo *“direito da União ou pelo direito interno do Estado-Membro”*.

No nosso ordenamento jurídico a regra da publicidade da audiência tem assento constitucional: *«As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dig-*

idade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento»²², encontrando-se, também implícita a publicidade do processo e da decisão judicial, como necessidade de transparência e escrutínio público, na própria descrição da função jurisdicional: «Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça **em nome do povo**»²³. «Este princípio visa não apenas reforçar as garantias de defesa dos cidadãos perante a Justiça, mas ainda proporcionar o controlo popular da Justiça, fortalecendo, por isso, a legitimidade pública dos tribunais»²⁴.

A regra da publicidade do processo encontra-se, ainda, consagrada nas nossas normas processuais, designadamente nos artigos 163.º a 169.º e 606.º do Código de Processo Civil (CPC) e nos artigos 86.º e 90.º do Código de Processo Penal (CPP). A entrada em vigor do RGPD não deve afetar a *ratio* destas normas, acreditando-se não ter existido a pretensão do legislador de abalar a relevância de tão importante princípio, tornando anónimo o que antes era público. No entanto, por força da aplicação direta do Regulamento na ordem jurídica interna e do primado do Direito da União, as regras quanto à publicidade e consulta dos processos, no que não contenda com o exercício da função jurisdicional, têm de se adaptar às exigências do RGPD, da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto – Lei que assegura a execução, na ordem jurídica interna, do Regulamento – e às consagradas na Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto, em matéria penal.

Neste sentido, o Decreto-Lei n.º 97/2019, de 26 de julho, que procedeu à alteração do Código de Processo Civil, alterando o regime de tramitação eletrónica dos processos judiciais, introduziu no n.º 4 do artigo 132.º a previsão de que «A tramitação eletrónica dos processos deve garantir a respetiva integralidade, autenticidade e inviolabilidade, bem como o respeito pelo segredo de justiça e pelos regimes de proteção e tratamento de dados pessoais e, em especial, o relativo ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial»; e no artigo 164.º do Código de Processo Civil, foi introduzida como ressalva ao princípio da publicidade no seu n.º 3: «O acesso a informação do processo também pode ser limitado, em respeito pelo regime legal de proteção e tratamento de dados pessoais, quando, estando em causa dados pessoais constantes do processo, os mesmos não sejam pertinentes para a justa composição do litígio.» Esta alteração legislativa veio, desta forma, consagrar nas normas processuais relativas à tramitação eletrónica e ao acesso aos autos, a necessidade de respeitar o regime de proteção de dados pessoais. Sendo certo que os dados pessoais constantes dos processos judiciais, carreados pelas partes ou oficiosamente, visam a administração da justiça no caso concreto e as finalidades previstas na Lei n.º 34/2009,

²² Artigo 206.º da CRP.

²³ Artigo 202.º, n.º 1, da CRP.

²⁴ Acórdão do STJ de 21-11-1990, *BMJ* n.º401, ANO1990, pág. 37.

de 14 de julho, tendo sido recolhidos para tal finalidade. Para qualquer outra finalidade, ainda que exista interesse atendível de quem pede o acesso ou recolha, tratando-se de dados pessoais de pessoas singulares devem observar-se os princípios acima descritos para autorização do seu tratamento.

Há, assim, que conciliar o princípio da independência judiciária no exercício da função jurisdicional e a regra da publicidade do processo com a salvaguarda dos direitos de tutela pessoal que o regime de tratamento dados pessoais consagra, separando o que é tratamento de dados pessoais relevantes para a composição do litígio que constitui o objeto do processo judicial, o qual compete exclusivamente ao Juiz titular ou ao Magistrado do Ministério Público, consoante a fase do processo, de outras operações de tratamento sobre esses dados, como o acesso, a recolha ou a divulgação para finalidades que nada têm a ver com o que deu origem ao processo.

Note-se que mesmo na tramitação do processo e na produção de prova os Magistrados Judiciais e do Ministério Público devem, também, aplicar os princípios relativos ao tratamento de dados pessoais previstos no RGPD. Foi esta a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no recente Acórdão de 2 de março de 2023, ao fixar a interpretação do artigo 6.º n.ºs 3 e 4, do RGPD no sentido de que este *«se aplica, no âmbito de um processo cível, à apresentação como elemento de prova de um registo de pessoal que contém dados pessoais de terceiros recolhidos principalmente para efeitos de inspeção tributária»*; e que os artigos 5.º e 6.º, do RGPD, devem ser interpretados no sentido de que: *«na apreciação da questão de saber se a apresentação de um documento que contém dados pessoais deve ser ordenada, o órgão jurisdicional nacional deve ter em conta os interesses dos titulares dos dados e ponderá-los em função das circunstâncias de cada caso concreto, do tipo de processo em causa e tendo devidamente em conta os requisitos resultantes do princípio da proporcionalidade, bem como, em especial, os resultantes do princípio da minimização dos dados previsto no artigo 5.º, n.º 1, alínea c), deste regulamento.»*²⁵

O tratamento sobre dados judiciais que não se insira na finalidade do processo, tem de ser enquadrado pelo RGPD e pelas Leis n.º 34/2009, de 14 de julho, n.º 58/2019 e n.º 59/2019, ambas de 8 de agosto, devendo respeitar, designadamente, os princípios relativos ao tratamento de dados pessoais previstos no artigo 5.º do RGPD, como o da minimização de dados, da limitação das finalidades, da licitude, da lealdade e da transparência.

Temos de estar cientes de que a atividade dos tribunais mudou radicalmente desde a altura em que foi consagrado o princípio da publicidade como

²⁵ Processo C-268/21 Norra Stockholm Bygg / Per Nycander, Conclusões da advogada-geral Ácapeta apresentadas em 6 de outubro de 2022 ECLI:EU:C:2022:755; Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 2 de março de 2023, ECLI:EU:C:2023:145.

regra. Atualmente a grande maioria dos processos judiciais são tramitados eletronicamente, a publicidade dos atos processuais relevantes é realizada em páginas próprias na internet acessíveis por todos e em qualquer parte do mundo e o acesso aos processos por mandatários, partes ou outros operadores judiciários é feito à distância por meios eletrônicos, permitindo até descarregar esses dados para os respetivos computadores pessoais.

Para responder aos desafios que a tecnologia e a globalização de acesso aos dados pessoais constantes dos processos judiciais colocam em matéria de proteção de dados pessoais há que ponderar, em concreto, como operar a conciliação dos vários direitos fundamentais em causa, em conformidade com os princípios da necessidade e da proporcionalidade. Na verdade, a regra da publicidade não foi pensada para o tratamento de dados pessoais pelos tribunais através das novas tecnologias, com os riscos e implicações que tal comporta e propicia. A publicidade tal como foi desenhada nos Códigos de Processo não é a publicação na internet nem o acesso e/ou recolha por meios eletrônicos à distância. Contudo, sendo esta a realidade atual, o juiz ou o magistrado do Ministério Público, consoante a fase do processo, deve ter a possibilidade de determinar a ocultação de determinados dados pessoais e a possibilidade de determinar diferentes graus de acesso. Os meios atuais de consulta, de acesso, de recolha e de armazenamento eletrónico de dados constantes do processo, postos à disposição das partes e dos mandatários, comportam elevados riscos de violação dos dados pessoais confiados aos tribunais.

Para situações específicas de tratamento, o próprio RGPD consagra um tratamento privilegiado no seu capítulo IX, nomeadamente o tratamento para fins jornalísticos e para fins de expressão académica, artística ou literária; o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral; ou o tratamento para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, permitindo a previsão pelos Estados-Membros de derrogações aos direitos dos titulares dos dados que devem ser concretizadas por lei nacional, impondo-se sempre a necessidade de conciliação dos interesses e direitos em causa e o respeito pelo princípio da necessidade e da adequação.

No que respeita ao tratamento de dados constantes dos processos judiciais para outras finalidades, as dúvidas mais frequentes colocam-se relativamente ao tratamento (acesso, recolha, divulgação, entre outros) para fins jornalísticos, para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, pelo que nos iremos centrar nestas finalidades específicas.

Assim, no que respeita ao tratamento de dados constantes dos processos judiciais para fins jornalísticos resulta do artigo 85.º do RGPD que os Estados-

-Membros devem *conciliar por lei o direito à proteção de dados pessoais nos termos do presente regulamento com o direito à liberdade de expressão e de informação*, incluindo o tratamento para fins jornalísticos e para fins de expressão académica, artística ou literária, estabelecendo isenções ou derrogações do capítulo II (princípios), do capítulo III (direitos do titular dos dados), do capítulo IV (responsável pelo tratamento e subcontratante), do capítulo V (transferência de dados pessoais para países terceiros e organizações internacionais), do capítulo VI (autoridades de controlo independentes), do capítulo VII (cooperação e coerência) e do capítulo IX (situações específicas de tratamento de dados) **«se tais isenções ou derrogações forem necessárias para conciliar o direito à proteção de dados pessoais com a liberdade de expressão e de informação»**²⁶. O legislador português concretizou essa ponderação no artigo 24.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, tendo previsto que a proteção de dados pessoais, nos termos do RGPD, não prejudica o exercício da liberdade de expressão, informação e imprensa, devendo o exercício da liberdade de informação, especialmente quando revele dados pessoais previstos no n.º 1 do artigo 9.º do RGPD, ainda que de pessoas falecidas nos termos do artigo 17.º da lei nacional, respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição da República Portuguesa, e os direitos de personalidade consagrados na legislação nacional. Acrescenta nos seus n.ºs 3 e 4 que: *O tratamento para fins jornalísticos deve respeitar a legislação nacional sobre acesso e exercício da profissão*. E que *«O exercício da liberdade de expressão não legitima a divulgação de dados pessoais como moradas e contactos, à exceção daqueles que sejam de conhecimento generalizado*. Ou seja, a nossa Lei de Execução do RGPD não concretiza critérios objetivos de como operar esta difícil conciliação entre o direito à proteção de dados pessoais nos termos do RGPD com o direito à liberdade de expressão e de informação, limitando-se a prever a necessidade de respeitar outros direitos em conflito, em especial quando se reportem a dados sensíveis previstos no artigo 9.º do RGPD e a acrescentar a restrição de divulgar moradas e contactos, salvo daqueles que sejam de conhecimento generalizado.

Sobre o conceito de tratamento para fins jornalísticos remete para o conceito de atividades jornalísticas e fins jornalísticos, desenhado na ordem jurídica portuguesa, designadamente no artigo 38.º da CRP e Estatuto do Jornalista, aprovado pela Lei n.º 1/1999, de 1 de janeiro não adiantando nenhum requisito quando está em causa o tratamento de dados pessoais. Ainda assim, e porque o RGPD se sobrepõe à nossa lei nacional, mesmo quando o tratamento seja para fins jornalísticos afigura-se-nos necessária a ponderação, em concreto,

²⁶ Vd. Considerando (153); artigo 11.º da CEDF; Acórdão do TJUE, Processo C-131/12, *Mario Costeja González* (“Google Spain”), ECLI:EU:C:2014:317; Processo C-73/07 “*Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia*”, ECLI:EU:C:2008:727.

do direito à proteção de dados pessoais com a liberdade de expressão e de informação, pois só a ponderação das circunstâncias do caso em concreto permite a conciliação e a decisão da medida necessária de compressão de tais direitos, bem como a necessidade de adoção de medidas técnicas adequadas como a pseudonimização dos elementos desnecessários²⁷.

No que respeita ao tratamento para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, resulta do disposto no artigo 89.º do RGPD que este «*está sujeito a garantias adequadas, nos termos do presente regulamento, para os direitos e liberdades do titular dos dados. Essas garantias asseguram a adoção de medidas técnicas e organizativas a fim de assegurar, nomeadamente, o respeito do princípio da minimização dos dados*».

O n.º 1 deste artigo 89.º consagra que este tratamento está sujeito a garantias adequadas nos termos do Regulamento, tendo que ser implementadas medidas técnicas e organizativas que garantam o respeito pelo princípio da minimização dos dados, o que pode incluir a pseudonimização; prevendo-se no n.º 2 a possibilidade da União ou dos Estados Membros adotarem cláusulas de especificação da derrogação dos direitos dos titulares quando e na medida em que esses direitos tornem impossível ou prejudiquem o tratamento para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos.

Em obediência aos princípios da minimização dos dados, da limitação das finalidades e da proporcionalidade, em cumprimento do disposto no artigo 89.º do RGPD, prevê o artigo 31.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, quanto ao «*Tratamentos para fins de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos*», que estes devem incluir a anonimização ou a pseudonimização dos mesmos sempre que os fins visados possam ser atingidos por uma destas vias; ficando «*prejudicados os direitos de acesso, retificação, limitação do tratamento e de oposição previstos nos artigos 15.º, 16.º, 18.º e 21.º do RGPD, na medida do necessário, se esses direitos forem suscetíveis de tornar impossível ou prejudicar gravemente a realização desses fins*.(...)».

Tal significa que a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, consagrou o tratamento privilegiado que o próprio RGPD, no seu artigo 89.º, n.º 2, concede a estas atividades de tratamento, permitindo a derrogação do regime geral de proteção mas apenas e só na medida do necessário para a realização dessa finalidade. Estabelece a nossa lei nacional que este tratamento *deve* incluir a anonimização ou a pseudonimização dos mesmos sempre que os fins visados possam ser atingidos por uma destas vias.

²⁷ Neste sentido, vd. Deliberação do Plenário do CSM, de 5 de fevereiro de 2019, in www.csm.org.pt/deliberacoes/

No que respeita aos dados pessoais recolhidos para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, embora o artigo 2.º, n.º 2, alínea d), do RGPD afaste a sua aplicação a este tratamento de dados, a Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto, no seu artigo 8.º, manda aplicar o regime do RGPD quando os dados recolhidos sejam tratados para outras finalidades que não as que são objeto daquele diploma, designadamente o tratamento de dados para fins de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos.

VIII – Conclusões

O legislador da União não excecionou o tratamento de dados pessoais efetuado pelos tribunais do âmbito de aplicação material do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) – assim o Regulamento aplica-se, também, às operações de tratamento de dados pessoais realizadas pelos tribunais.

Não obstante esta aplicabilidade que é direta e não carece de qualquer transposição para o direito interno, não se pretendeu interferir, alterar ou criar entraves ao modo como os tribunais dos Estados – Membros exercem a sua função jurisdicional.

Ciente das particularidades próprias do exercício pelos tribunais da sua função jurisdicional, o RGPD consagrou especialidades específicas dessas operações de tratamento em cláusulas de especificação em moldes a concretizar posteriormente pelo direito interno ou da União.

Dos Considerandos e das normas que consagram estas especificidades próprias do tratamento pelos tribunais, constantes designadamente nos Considerandos (20) e (97), artigos 9.º, n.º 2, alínea f), 23.º n.º 1, alíneas d) e f), 37.º, n.º 1 alínea a) e 55.º n.º 3, sobressai a preocupação de assegurar a independência do poder judicial; a garantia de não ingerência de uma autoridade administrativa no sistema judiciário; a necessária compressão de direitos dos titulares dos dados para prossecução da finalidade de realização da justiça e para respeito da regra da publicidade dos processos judiciais.

O conceito de «atuar no exercício da sua função jurisdicional» que parece ser a chave da distinção da aplicação deste “regime especial” tem que ser entendido em sentido amplo de acordo com a jurisprudência do TJUE, ou seja, «*de que não se limita aos tratamentos de dados pessoais levados a cabo pelos órgãos jurisdicionais no âmbito de processos concretos, mas sim no sentido de que visa, de maneira mais ampla, o conjunto das operações de tratamento efetuadas pelos órgãos jurisdicionais no*

âmbito da sua atividade judicial, pelo que estão excluídas da competência da autoridade de controlo as operações de tratamento cuja fiscalização é suscetível, direta ou indiretamente, de ter uma influência na independência dos seus membros ou de pesar nas suas decisões».

Estes desvios ou especificidades de aplicação do RGPD à atividade dos tribunais conduzem a muitas dificuldades práticas, como se procurou enunciar e desenvolver, questões que são de difícil resposta e exequibilidade, o que leva mesmo a questionar-se qual o espírito do legislador da União ao prever esta aplicabilidade.

Bibliografia

- Castro, Raquel Brízida – “*Tratamento de Dados Pessoais para fins jornalísticos*”, abril 2022 – CIDP
- Comissão Nacional de Proteção de Dados, – “*Fórum da Proteção de Dados – O Encarregado de Proteção de Dados Nas Pessoas Coletivas Públicas*”, n.º 7 dezembro 2020, Fernanda Maças e Filipa Calvão.
- Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD), – “*Guidelines 10/2020 on restrictions under Article 23 GDPR*”, 13 de outubro de 2021.
- Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD), – “*Orientações 07/2020 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante no RGPD*”, 7 de julho de 2021.
- Cordeiro, António Barreto Menezes – “*Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*”, Coimbra, Almedina, (2020).
- Cordeiro, António Barreto Menezes, – “*Dados pessoais: conceito, extensão e limites*”, Revista de Direito Civil – 2 (2018).
- Cordeiro, António Barreto Menezes, – “*Interpretação dos Regulamentos Europeus e das Correspondentes Leis de Execução: o Caso Paradigmático do RGPD e da Lei n.º 58/2019*”, Revista de Direito e Tecnologia, Vol. 1, (2019).
- Egídio, Mariana Melo – “*As implicações do RGPD na aplicação do CPA*”, 2022 – CIDP.
- Farinhas, Carla – “*O princípio do primado do direito da união sobre o direito nacional e as suas implicações para os órgãos jurisdicionais nacionais*”, Revista Julgar 35.
- Grupo do Artigo 29.º Para A Proteção De Dados – “*Orientações sobre os encarregados da proteção de dados*”, adotadas em 13 de dezembro de 2016, com a última redação revista e adotada em 5 de abril de 2017.
- Pereira, Alexandre L. Dias – “*O Responsável pelo Tratamento de Dados Segundo o RGDP*”, Revista de Direito e Tecnologia, Vol. 1 (2019), n.º 2, 141-173.
- Pinheiro, Alexandre Sousa, Coelho, Cristina Pimenta, Duarte, Tatiana, Gonçalves, Carlos Jorge, Gonçalves, Catarina Pina – “*Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*”, Coimbra, Almedina, 2018.

O Princípio da Proibição do Excesso e os Estados de Exceção

SIMÃO MENDES DE SOUSA*

SUMÁRIO: I. Colocação do Problema. II. O Estado de Exceção Constitucional: 1) A Emergência e a Constituição; 2) O Regime Constitucional de Exceção. III. O Princípio da Proibição do Excesso e a Emergência: 1) O Princípio da Proibição do Excesso; 2) A Exceção Constitucional e o Princípio da Proibição do Excesso; 3) O Controlo Judicial do Princípio da Proibição do Excesso: a) A Lei da Ponderação e a Fórmula do Peso; b) O Controlo de Proibição do Excesso; c) O Controlo de Razoabilidade. d) Posição Adotada. IV. Será o Estado de Exceção a Resposta? 1) A Suspensão e a Restrição de Direitos, Liberdades e Garantias; 2) As Especificidades do Decreto Presidencial; 3) O Decreto Presidencial Viola o Princípio da Proibição do Excesso? V. Conclusões.

I. Colocação do Problema¹

I. O estudo que se pretende realizar visa analisar uma situação que, sendo recente, já se encontra suficientemente sedimentada para que dela se retirem

* Advogado, Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. simaomsousa@gmail.com

¹ O presente texto corresponde, no essencial, ao relatório final de avaliação do Seminário de Investigação de Direitos Fundamentais do Curso de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo 2020/2021, tendo o Autor optado por manter, no essencial, o texto apresentado. Aproveitamos para publicamente agradecer ao Professor Doutor JORGE REIS NOVAIS, pelo conhecimento partilhado no decurso das sessões, como também por todas as questões lançadas e pistas de investigação sugeridas ao longo do Seminário. Foram utilizadas as regras do comumente designado Novo Acordo Ortográfico. Existem, contudo, passagens que estão escritas de acordo com as anteriores regras ortográficas, que decorrem de citações e/ou enunciados normativos anteriores à entrada em vigor deste Novo Acordo Ortográfico. Por motivo de rigor científico mantivemos os textos enunciados *qua tale*.

ilações para futuro. Bem sabemos que as circunstâncias de exceção e emergência, levam muitos anos – ou, talvez décadas – até que se consiga encontrar uma posição dominante sobre os problemas que produz ou, pelo menos sobre o entendimento jurídico dominante sobre estes. Esta pandemia não será, cremos nós, a exceção.

Na verdade, ao estudo da ciência do Direito cabe perceber como esta se desenvolve com o devir próprio da realidade estruturando-se este como regulador das relações sociais. Esta ligação à realidade é o que permite que o Direito se desloque dos inanimados cânones jurídicos para uma realidade prática e atingível. Como é do conhecimento público vivemos largos meses com as mais variadas restrições a direitos fundamentais que, acabaram por constituir verdadeiros «*stress tests*» ao nosso ordenamento jurídico uma vez que o decretamento de um estado de exceção constitucional, introduz no ordenamento jurídico-constitucional uma situação sem paralelo, um «*cataclismo*» com efeitos que se antecipam transversais a todas as situações e relações jurídicas, pairando sobre elas uma possível mutação significativa do quadro de normalidade até então vigente.

É certo que, o decretamento do estado de exceção constitucional não surgiu de uma situação de calamidade pública ocorrida exclusivamente no plano interno. Na verdade, a situação de calamidade a que a declaração inicial e as sucessivas renovações da exceção constitucional aludem – assim como a regulamentação pelo Governo no período de emergência – são aquelas tidas como convenientes para a mitigação da transmissão do vírus SARS-COV2, que desencadeia a doença da COVID-19 e motivou a Organização Mundial de Saúde a decretar uma Emergência de Saúde Pública.

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde, comunica que: “*the Committee agreed that the outbreak now meets the criteria for a Public Health Emergency of International Concern and proposed the following advice to be issued as Temporary Recommendations*”, acrescentando que: “*countries should place particular emphasis on reducing human infection, prevention of secondary transmission and international spread*”². Posteriormente, e a 11 de março, a Organização Mundial de Saúde considera a COVID-19, uma pandemia internacional, que constitui calamidade pública. Para o estudo que pretendemos empreender, releva, a seguinte afirmação do Diretor-Geral: “*this is not just a public health crisis, it is a crisis that will touch every sector – so every sector and every individual must be involved*

² *Cfr.* o comunicado da Organização Mundial de Saúde, disponível em: [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

in the fight”, concluindo, dizendo: “*i remind all countries that we are calling on you to activate and scale up your emergency response mechanisms*”³.

No nosso ordenamento jurídico, as primeiras medidas surgiram com o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março e que, algumas normas, ainda hoje se encontram em vigor, apesar de dezenas de alterações. A 18 de março de 2020, surge a novidade do decretamento do primeiro estado de exceção constitucional, na modalidade de estado de emergência, por parte do Presidente da República na vigência da atual Constituição da República Portuguesa e que, segundo o preâmbulo do referido Decreto do Presidente da República, se limitaria ao estritamente necessário, terminando logo que a normalidade fosse retomada. Foram, quinze as renovações, sendo a última, a do Decreto do Presidente n.º 41-A/2021, de 14 de abril.

II. Contudo, o que importa para o estudo que pretendemos realizar, é o Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro. É que, mercê desse Decreto, se levantam algumas questões para as quais julgamos ser necessária uma resposta, mas acima de tudo, uma tomada de posição. Vejamos, algumas questões: o estado de exceção constitucional é a única resposta para o combate a situações pandémicas que corporizem uma situação de calamidade pública? Respeita o princípio da proibição do excesso uma decretação de um estado de exceção para a imposição de meras restrições a direitos fundamentais? Caso se responda negativamente à pergunta antecedente, é inconstitucional a decretação do estado de exceção constitucional? As leis restritivas de direitos fundamentais são uma resposta factual e juridicamente admissível para esta gama de problemas, sempre que sejam necessárias apenas restrições a direitos fundamentais?

A estas dúvidas que, salvo melhor opinião ainda não conseguimos encontrar respostas sedimentadas – não obstante a já extensa e valiosíssima produção científica sobre a pandemia – juntam-se outras que se prendem com a possível normalização da exceção. E, para estas, haverá sempre um risco latente de normalização da compressão de direitos fundamentais, tornando um possível cenário de banalização e perpetuação de medidas restritivas, como algo para o qual não encontramos respostas atualizadas, mas que ainda assim originam uma cortina de receios, cujas respostas poderemos encontrar juntas aos períodos mais negros da história mundial. Sucede que, são os momentos de crise e exceção, aqueles em que os direitos fundamentais se revestem de maior importância,

³ *Cfr.* a declaração completa, disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

motivo pelo qual, entendemos que o controlo do respeito por estes deva ser mais apertado sem benevolências ou cedências sejam elas de que índole forem.

Tendo presente este quadro factual, pretendemos realizar um estudo que permita apresentar uma proposta para as decretações dos chamados estados de exceção preventivos ou limitados, na certeza de que o tempo não permitirá que se limitem as pandemias mundiais, reconduzindo-as a eventos que se realizam uma vez por século, mas sim a uma frequência de verificação que julgamos ser cada vez maior, mercê do mundo globalizado em que vivemos e das próprias alterações climáticas que teimam em mostrar-se como um processo quase irreversível.

III. Assim, pretendemos começar o nosso estudo com uma análise sobre o estado de exceção constitucional (*infra* II), subdividindo este capítulo, com um primeiro ponto dedicado a uma avaliação da emergência e a constituição e um segundo ponto relativo ao regime constitucional do estado de exceção.

Arrumada esta matéria, avançaremos na nossa avaliação para o tratamento do princípio da proibição do excesso e a situação de emergência (*infra* III), subdividindo o capítulo da seguinte forma: um primeiro ponto para tratar sumariamente o princípio da proibição do excesso com um brevíssimo enquadramento teórico do princípio; um segundo ponto para analisar a relação entre a exceção constitucional e o princípio da proibição do excesso, nomeadamente a forma como essa relação se constrói no regime legal da exceção constitucional; e, um último ponto que pretende analisar o controlo judicial do princípio da proibição do excesso que se subdividirá em quatro, a saber: uma primeira alínea para analisar a lei da ponderação e a fórmula do peso; uma segunda alínea, para avaliar o controlo da proibição do excesso; uma terceira alínea para avaliar o controlo de razoabilidade; e, uma alínea final, para que possamos tomar posição sobre o método de avaliação judicial das restrições que nos parece mais útil.

O último capítulo do nosso estudo iniciar-se-á com a questão de saber se será o estado de exceção a resposta às dificuldades jurídicas que a situação pandémica que vivemos nos proporcionou (*infra* IV). Este capítulo dividir-se-á em três pontos de análise, a saber: o primeiro para tratar da suspensão e a restrição de direitos, liberdades e garantias; o segundo para analisar as especificidades do Decreto Presidencial; e, um último, para analisar a questão de saber se o Decreto Presidencial viola, ou não o princípio da proibição do excesso.

Contamos, no final deste empreendimento, poder ensaiar uma resposta pertinente às questões que nos assolam relativamente à possível utilização excessiva de um estado de exceção constitucional para circunstâncias que poderiam ser tratadas com recurso a uma estruturação jurídica menos gravosa para o nosso ordenamento jurídico-constitucional.

II. O Estado de Exceção Constitucional

1) *A Emergência e a Constituição*

I. Um primeiro momento de análise, pode ser considerado como aquele em que, pacificamente, se aceita a circunstância do Direito Constitucional de Exceção poder considerar-se um mecanismo de resposta a circunstâncias extraordinárias que, pela sua genética, possuem uma natureza muito diversa⁴. Ora, facilmente se compreenderá que, deste modo, são os eventos que desencadeiam a situação de emergência que esculpem a resposta adequada, ou melhor dito, é a emergência que fornece os elementos que permitem definir quais os mecanismos carecidos de ativação para responder proativamente à situação emergente⁵. Não podia, aliás, ser de outra forma, uma vez que seria impossível – por maior que fosse a sua capacidade de previsão e clarividência – ao legislador constituinte, prever todas as situações que desencadeassem poderes de exceção, constitucionalizando-os⁶.

Na verdade, uma característica fundamental da situação de emergência prende-se com a sua imprevisibilidade. Isto é, estamos diante daquelas situações que, de tão graves, não poderiam ser previstas ou antecipáveis normativamente, impedindo a sua tipificação como tal. É certo, ainda assim, que podem estabelecer-se distinções abstratas entre possibilidades que sejam aptas a desencadear uma situação de exceção constitucional, mas já não se afigura possível uma antecipação de todas as situações que preencham os requisitos que determinam o desencadeamento dos poderes de emergência ao dispor do Estado⁷. A emergência não se limita em casos facilmente tipificáveis, consubstanciando-se num conjunto de circunstâncias imprevisíveis.

⁴ Cfr. PALOMA RODRIGUEZ, *¿Suspensión o Supresión De Los Derechos Fundamentales?*, in *Revista de Derecho Político*, N.º 51, 2001, p. 111.

⁵ Cfr. MARK TUSHNET, *The Political Constitution of Emergency Powers: Parliamentary and Separation-of-Powers Regulation*, in *International Journal of Law in Context*, Vol. 3, N.º 4, 2017, p. 276.

⁶ Como bem nota GOMES CANOTILHO: “o direito de necessidade do Estado só é compatível com um Estado de direito democrático, constitucionalmente conformado, quando na própria lei fundamental se fixarem os pressupostos, as competências, os instrumentos, os procedimentos e as consequências jurídicas da «Constituição de exceção»”. Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria de Constituição*, 7.ª Edição, 2003, Coimbra, Almedina, p. 1099.

⁷ Cfr. BÖCKENFÖRDE, *The Repressed State of Emergency: The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances*, in *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Coord.: MIRJAM KÜNKLER/TINE STEIN, Vol. I, 2017, Oxford, Oxford University Press, p. 119

II. Antes de passarmos para a forma como, atualmente, a Doutrina tem desenhado a figura do estado de exceção, afigura-se necessária uma ligeira compreensão de conceitos que lhe são pressupostos. Referimo-nos, aos conceitos de (i) emergência, (ii) poder de emergência, (iii) Constituição de emergência e, por último, (iv) calamidade pública.

Por *emergência*, entende-se o dealbar de uma situação que, pela sua especificidade e imprevisibilidade, desencadeia uma perturbação grave do sistema político⁸, ancorado num nível de incerteza potencialmente promotor do aumento de riscos incertos para a comunidade e bem-assis do surgimento de tumultos sociais. Por definição, a emergência tem uma duração incerta, podendo desaparecer de forma rápida ou, contrariamente, perdurar durante um lapso maior de tempo. Assim, cremos que a emergência se deve considerar uma circunstância de duração limitada, não se verificando uma duração *ad aeternum* de uma situação emergente. Se assim fosse, essa deixaria de ser emergente para ser uma realidade paralela construída com base numa circunstância emergencial. As emergências podem, nomeadamente, ser militares, económicas ou médicas⁹. No caso que aqui cuidamos, estamos diante de uma emergência de saúde pública. Ora, a Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto, que estabelece o Sistema de Vigilância em Saúde Pública, no seu artigo 7.º, n.º 4, define-as como, “*qualquer ocorrência extraordinária que constitua um risco para a saúde pública em virtude da probabilidade acrescida de disseminação de sinais, sintomas ou doenças requerendo uma resposta nacional coordenada*”. A emergência pode igualmente ser tida como exógena, no caso de, exemplificativamente, se verificar uma invasão militar que visa a assunção de controlo do país; ou, contrariamente, endógena, no caso de esta não ser causada por factos externos ao país ocorrendo dentro da sua comunidade interna¹⁰. A emergência tem uma ligação umbilical à noção de normalidade, uma vez que é necessário o reconhecimento da normalidade das circunstâncias para que se possa qualificar uma circunstância inopinada nesse quadro, como uma circunstância emergente¹¹.

Quando se verifique uma situação de emergência, o Estado deve desencadear os seus mecanismos de resposta à emergência. Ou seja, ativa os seus *poderes de emergência*. Por estes, entendem-se todos aqueles que reforçam os poderes executivos de um determinado país, com vista a que se produza uma adequada

⁸ Cfr. JOHN FERREJOHN / PASQUALE PASQUINO, *The Law of The Exception: A Typology of Emergency Powers*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, N.º 2, 2004, p. 231

⁹ Cfr. MARK TUSHNET, *The Political Constitution...*, cit., p. 275.

¹⁰ Cfr. JOHN FERREJOHN / PASQUALE PASQUINO, *The Law of The Exception...*, cit., pp. 231-232.

¹¹ Cfr. OREN GROSS, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, in *Yale Law Journal*, Vol. 112, Issue 5, 2003, pp. 1070-1071.

resposta a uma situação emergente, por ser este o mais capaz de promover uma resposta rápida, eficaz e coordenada¹². Na verdade, os poderes de emergência, são a atribuição da faculdade de estabelecimento das apelidadas «leis de plenos poderes»¹³. Por estarmos diante do exercício de poderes excepcionais desenhados para situações emergentes, o seu exercício encontra-se temporalmente limitado, precisamente para impedir a normalização do recurso a estes mecanismos¹⁴, mas também para balizar o regresso aos tempos de normalidade, fazendo uma transição entre normalidade e emergência e entre emergência e normalidade¹⁵. Aliás, afigura-se de meridiana evidencia que os poderes de emergência são um exclusivo dos regimes democráticos, uma vez que seria desprovido de qualquer sentido, atribuir poderes emergenciais a quem já os pode convocar em períodos de normalidade¹⁶.

Concomitantemente, e sabendo que a emergência desencadeia poderes de emergência, importa atentar na ideia que subjaz à *Constituição de emergência*. Assim, quando pensamos na Constituição de emergência, pensamos no conjunto de disposições formais que compõem a constituição e especificam quem tem o poder e quais as condições em que pode ser declarada uma emergência¹⁷. De igual modo, ao definir quem exerce os poderes decorrentes da situação de emergência, a constituição de emergência simplifica a sua concretização, concentrando poderes em determinados órgãos executivos que sejam mais aptos a lidarem com crises extremas¹⁸, mas também fornece previsibilidade ao sistema formal de declaração de uma situação de exceção e emergência¹⁹. Como adiante veremos, no nosso caso, o modelo constitucionalmente consagrado,

¹² Cfr. MARK TUSHNET, *The Political Constitution...*, cit., p. 276.

¹³ GIORGIO AGAMBEN, define-as como “aquelas por meio das quais se atribui ao executivo um poder de regulamentação excepcionalmente amplo, em particular o poder de modificar e de anular, por decretos, as leis em vigor”. Cfr. GIORGIO AGAMBEN, *Estado de Exceção*, Tradução de Iraci Poleti, 2004, São Paulo, Boitempo Editorial, pp. 18-19.

¹⁴ Cfr. JOHN FERREJOHN / PASQUALE PASQUINO, *The Law of The Exception...*, cit., p. 219. Sendo certo que, os Autores ao longo do seu estudo, entendem que subjaz uma extrema dificuldade em limitar a temporalidade das crises emergenciais da atualidade. *Idem*, p. 228.

¹⁵ Cfr. OREN GROSS, *Chaos and Rules...*, cit., p. 1073.

¹⁶ Cfr. CHRISTIAN BJØRNSKOV / STEFAN VOIGT, *The Architecture of Emergency Constitutions*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16, N.º 1, 2018, p. 104.

¹⁷ Cfr. CHRISTIAN BJØRNSKOV / STEFAN VOIGT, *The Architecture...*, cit., p. 103.

¹⁸ Cfr. PEDRO MACHETE, *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção – Os Fins Justificam os Meios?*, in *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*, Coord.: CARLA AMADO GOMES e RICARDO PEDRO, 2020, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 19.

¹⁹ Cfr. WILLIAM SCHEUERMAN, *Emergency Powers*, in *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 2, 2006, Annual Reviews, p. 272.

prevê a separação entre o poder de declaração e o poder de execução²⁰. Esta constituição de emergência, situa-se dentro da Constituição, tratando-se apenas das disposições formais que regulam a emergência²¹. Ora, estas normas podem ter uma matriz positiva, sempre que cuidam de, constitucionalmente, estender o poder de emergência do Estado; ou, uma matriz negativa, quando se impõem limites à atuação do Estado, como seja, no caso que estudamos, o princípio da proibição do excesso²².

Por último, a noção de *calamidade pública*. Há uma noção que parece estabilizada – também do ponto de vista jurisprudencial – que refere que por estas, se entendem “as *catástrofes naturais* (terramotos, vulcões, tempestades, inundações e epidemias), as *«catástrofes tecnológicas»* e os *«acidentes graves»* (acidente ferroviários, náuticos, aéreos, incêndios, explosões, etc.)”²³. O Supremo Tribunal Administrativo, convocado a decidir neste período de emergência, entendeu que: “*subjacente à ideia de calamidade pública se encontra uma situação de perigo, em relação ao qual a decretação do estado de exceção se apresenta como uma medida de defesa, situação de perigo que justifica a licitude do acto praticado; este perigo é sempre de natureza não humana e o mesmo só adquire relevo quando se pretende preservar os interesses pessoais ou patrimoniais*”²⁴. Na verdade, uma situação de calamidade não tem juridicamente uma existência autónoma²⁵, fundando-se numa lei restritiva de direitos fundamentais²⁶ – a Lei de Bases da Protecção Civil –, para situações também elas muito específicas, sendo fundamento²⁷ para solicitar a decretação de um estado de exceção²⁸.

²⁰ Cfr. GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, *Compreender o Estado de Exceção Constitucional*, in Julgar, N.º 44, maio-agosto 2021, Coimbra, Almedina, p. 151.

²¹ Cfr. CHRISTIAN BJØRNSKOV / STEFAN VOIGT, *The Architecture...*, cit., p. 103. Na verdade, e como bem nota GOMES CANOTILHO, a constitucionalização das normas de exceção, permite “*submeter as situações de crise e de emergência à própria constituição, «constitucionalizando» o recurso a meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionais, para se obter o restabelecimento da normalidade constitucional*”. Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1085.

²² Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Modelos de Emergência no Direito Constitucional*, in E-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 7, N.º 1, abril de 2020, Lisboa, ICJP–CIDP, pp. 21–22.

²³ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1102.

²⁴ Cfr. Ac. do STA de 18-02-2021, Proc. n.º 0136/20.1BALS (CRISTINA SANTOS).

²⁵ Cfr. JORGE MIRANDA, *Constituição e Pandemia*, in LLR – Lisbon Law Review, Ano LXI, 2020, N.º 1 Número Temático: COVID-19 e o Direito, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 62.

²⁶ Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Modelos de Emergência...*, cit., p. 25.

²⁷ Contudo, há quem considere que este tem um preenchimento vago, não havendo uma explicação concreta da forma como se preenche o conceito de calamidade pública. Cfr. LUÍS HELENO TERRINHA, *A Suspensão de Direitos Fundamentais em Estado de Exceção Biopolítico*, in RDeS – Revista de Direito e Segurança, N.º 14, julho-dezembro de 2019, Lisboa, Instituto de Direito e Segurança, p. 192.

III. Passada esta breve densificação concetual que gravita em volta da exceção constitucional, importa atentar na última estação desta exposição, enunciando a forma como tem sido definido o estado de exceção no nosso Direito Constitucional.

Assim, entende-se o *estado de exceção* como “a alteração fundamental da ordem constitucional de vigência transitória, que reforça o poder público, fundada na ocorrência de situações de normalidade que lhe são lesivas, visando pôr-lhes cobro”²⁹. O estado de exceção, assume-se como um “*tornado constitucional*”³⁰, sendo útil no curto prazo, para impedir danos futuros à Constituição e Estado de Direito³¹. Os poderes desencadeados pelo estado de exceção são poderes constantes da Constituição sendo por isso, internos³² à Constituição e ao Estado de Direito. Alias, o decretamento de um estado de exceção visa a salvaguarda e defesa da constituição, mas também a existência do Estado³³, sendo apenas este o mecanismo apto à garantia de manutenção do Estado³⁴. Assim caracterizados, os estados de exceção são uma garantia da Constituição³⁵, assumindo que sendo parte do texto constitucional, nele radicam a sua existência de aplicabilidade, não o suspendendo ou derogando, mas sim aplicando tudo o que não lhe seja contrário³⁶. Em suma, compreendem-se como um desvio de normalidade, temporário, ancorado na previsão normativa constitucional.

Conceptualizado que se encontra o estado de exceção, é tempo de atentar nas especificidades do nosso regime constitucional de exceção pressuposto na nossa Constituição, mas também na Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, que estabelece o Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência.

²⁸ Como expressamente prevê o artigo 9.º, n.º 1 da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, que estabelece o Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência.

²⁹ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado de Exceção Constitucional em Portugal*, in Estado de Emergência – COVID-19 Implicações na Justiça, 2020, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, p. 26.

³⁰ Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Estados de Exceção Constitucional: Estado de Sítio e Estado de Emergência*, in Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção, 2020, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 81.

³¹ Cfr. BRUCE ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in Yale Law Journal, Vol. 113, N.º 5, 2004, p. 1044.

³² Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Estados de Exceção...*, cit., pp. 49-50.

³³ Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição Revista, 2007, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 399-400.

³⁴ Cfr. JORGE MIRANDA, *Constituição...*, cit., p. 46.

³⁵ Cfr. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2005, Coimbra, Coimbra Editora, p. 166.

³⁶ Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Estados de Exceção...*, cit., p. 59.

2) O Regime Constitucional de Exceção

I. A análise que aqui nos propomos realizar do regime do estado de exceção afigura-se, por um lado enunciativa do seu regime constitucional; e, por outro, atenta ao regime da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, que estabelece o regime do estado de sítio e do estado de emergência. A final, promoveremos algumas sintetizações sobre o regime estudado.

Assim sendo, a constitucionalização do nosso direito de exceção, ocorre no artigo 19.º da CRP, sob a epígrafe suspensão do exercício de direitos. Decorre do referido artigo que, a suspensão de direitos, liberdades e garantias só se afigura admissível nos casos de estado de sítio ou de estado de emergência³⁷. Acresce que, ambos, apenas podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, quando exista agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou, por fim, uma situação de calamidade pública³⁸. O estado de emergência é um *minus* em comparação com o estado de sítio, ficando-lhe reservadas as circunstâncias que revistam uma menor gravidade e, como tal determinando apenas a suspensão de alguns direitos, liberdades e garantias³⁹. A opção entre o estado de exceção que revista menor gravidade, ou maior gravidade, mas também a declaração e a sua execução, devem ser tomadas, respeitando o princípio da proporcionalidade⁴⁰, limitando-se quer quanto à extensão, quer quanto à duração e meios utilizados, ao estritamente necessário para o restabelecimento da normalidade constitucional⁴¹. A declaração do estado de exceção é adequadamente fundamentada, com especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso, não podendo ter uma duração superior a quinze dias, sem prejuízo de eventuais renovações que obedecem aos mesmos limites⁴². A declaração do estado de exceção, não pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e cidadania, à não retroatividade da lei criminal, à defesa dos arguidos e à liberdade de consciência e religião⁴³. A declaração de estado de exceção, apenas pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos na Constituição e na Lei, não podendo afetar a aplicação de regras constitucionais relativas à competência, funcionamento de órgãos de soberania

³⁷ Cfr. o n.º 1 do artigo 19.º.

³⁸ Cfr. o n.º 2 do artigo 19.º.

³⁹ Cfr. o n.º 3 do artigo 19.º.

⁴⁰ Expressão utilizada pelo texto constitucional.

⁴¹ Cfr. o n.º 4 do artigo 19.º.

⁴² Cfr. o n.º 5 do artigo 19.º.

⁴³ Cfr. o n.º 7 do artigo 19.º.

e de governo próprio das regiões autónomas ou de direitos e imunidades dos respetivos titulares⁴⁴. Por fim, a declaração do estado de exceção confere competência para a tomada de providências necessárias ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional⁴⁵.

Por seu turno, a Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, que estabelece o regime do estado de sítio e do estado de emergência, densifica o procedimento de declaração, paralelamente ao disposto no analisado artigo 19.º da CRP. Para o estudo que aqui empreendemos, seria incomportável analisar ao detalhe o conteúdo da referida lei orgânica, optando por enunciar apenas algumas disposições que podem confluir quer com aquilo que já dissemos, quer com os pontos que ainda analisaremos ao longo do presente estudo.

Assim, selecionamos, desde logo o artigo 3.º da Lei objeto de análise sob a epígrafe proporcionalidade e adequação das medidas. Por este, a suspensão ou restrição de direitos liberdades e garantias, limitam-se quanto à extensão, duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade⁴⁶. Por seu turno, nos termos do disposto no artigo 9.º da referida Lei, o estado de emergência é declarado quando as circunstâncias inopinadas revistam menor gravidade, nomeadamente aos casos de calamidade pública presente, ou iminente⁴⁷. Nesta, pode ser determinada a suspensão parcial do exercício de direitos, liberdades e garantias, reforçando as autoridades administrativas civis⁴⁸. Nos termos do disposto no artigo 10.º da estudada Lei, a competência para declarar o estado de sítio ou de emergência pertence ao Presidente, dependendo da audição do Governo e da autorização da Assembleia da República⁴⁹. Avançando para o artigo 14.º da Lei, sedimentam-se os elementos que devem compor a declaração, como sejam: a caracterização e fundamentação do estado declarado; o âmbito territorial; a duração; a especificação dos direitos cujo exercício fique suspenso ou restringido; a determinação do grau de reforço dos poderes das autoridades administrativas e civis e, em caso de necessidade, das forças armadas⁵⁰. Com base no disposto no artigo 17.º da referida Lei, ao executar o estado de emergência, o Governo tem de manter informado o Presidente da República e a Assembleia da República.

⁴⁴ *Cfr.* o n.º 7 do artigo 19.º.

⁴⁵ *Cfr.* o n.º 8 do artigo 19.º.

⁴⁶ *Cfr.* o n.º 1 do artigo 3.º Lei n.º 44/86, de 30 de setembro.

⁴⁷ *Cfr.* o n.º 1 do artigo 9.º Lei n.º 44/86, de 30 de setembro.

⁴⁸ *Cfr.* o n.º 2 do artigo 9.º Lei n.º 44/86, de 30 de setembro.

⁴⁹ *Cfr.* o n.º 1 do artigo 10.º Lei n.º 44/86, de 30 de setembro.

⁵⁰ *Cfr.* as alíneas a), b), c), d) e f) do n.º 1 do artigo 14.º Lei n.º 44/86, de 30 de setembro.

II. Da breve exposição que aqui cuidámos de realizar podemos, desde logo, assentar em sete pontos essenciais.

Assim, um **primeiro** ponto, atenta na ideia segundo a qual não só o poder de exceção se trata de um poder constituído mercê de atuar num quadro constitucionalmente concebido e dentro dos limites constitucionais estabelecidos⁵¹, a que acresce a sua realização no âmbito de uma maior fidelidade possível ao quadro constitucionalmente estabelecido⁵², limitando as possibilidades de proliferação de uma situação constitucionalmente caótica. Na verdade, os poderes de exceção devem ser limitados pela descoberta de um conjunto de ações que permitam uma plataforma de soluções, assente no equilíbrio entre a remoção do perigo e um possível abuso desse poder por parte das entidades competentes⁵³.

Consequentemente, um **segundo** para referir que, sendo os poderes de emergência compreendidos na Constituição, poderes excepcionais, e visando estes a defesa da Constituição e do Estado de Direito, não podem os Decretos que declaram a exceção, ser concretizáveis pelo recurso a autorizações gerais, abstratas e discricionárias que se sobreponham à Constituição, sob pena de violação de tudo aquilo que os poderes de exceção pretendem salvaguardar. Assim, os Decretos que determinam a vigência do estado de sítio ou emergência, não podem ser compostos por meras permissões ao Governo com vista à restrição de direitos fundamentais⁵⁴, cujas medidas restritivas, mediante a mera validação médico-científica, seriam por si implementadas, assumindo, a legitimação da restrição mediante uma ampla discricionariedade normativa de exceção. Na

⁵¹ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado de Exceção...*, cit., p. 27.

⁵² Cfr. PALOMA RODRIGUEZ, *¿Suspensión o Supresión...*, cit., p. 110.

⁵³ Cfr. VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA, *Los Fundamentos del Derecho de Necesidad en Tiempos de la Covid-19*, in TRC – Teoría y Realidad Constitucional, N.º 48, Derecho de Excepción, 2021, Madrid, p. 298.

⁵⁴ LUÍS HELENO TERRINHA, refere que, “a exceção constitucional tem a virtualidade de substituir parâmetros normativos mais exigentes por outros temporariamente mais flexíveis e menos densos. Mas não pode o recurso a ela – mormente a sua prática e implementação – configurar uma exceção à exceção constitucional. Esta última será irremediavelmente a negação do direito”. Cfr. LUÍS HELENO TERRINHA, *A Suspensão...*, cit., pp. 212–213. Por seu turno, também criticamente, RAQUEL CASTRO, advoga que “os espaços normativos que o Presidente e o Parlamento deixarem em aberto tenderão a ser absorvidos na íntegra pelo Governo, através do exercício das suas competências de execução, marginalizando o órgão com o primado do poder legislativo: a assembleia da República. e, dessa forma, conduzir à completa subversão da repartição constitucional das competências”. Cfr. RAQUEL CASTRO, *Direito Constitucional em Tempos de Pandemia: Pode a Constituição Sobreviver a Crises Sanitárias?*, in LLR – Lisbon Law Review, Ano LXI, N.º 1, 2020, Número Temático: COVID-19 e o Direito, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 658–659. De uma forma um pouco mais extrema, BÖCKENFÖRDE considera que uma autorização geral e discricionária para além de violar o Estado Constitucional, acaba por ferir de morte a Constituição. Cfr. BÖCKENFÖRDE, *The Repressed...*, cit., p. 114.

verdade, a necessidade deve ser entendida como um instrumento de conexão entre um elemento circunstancial e fático – o perigo, a crise, a catástrofe –, com um elemento teleológico composto pelos fins essenciais para a coletividade num determinado momento a que o Estado deve atender por ser uma das suas tarefas⁵⁵.

Na senda da ideia exposta nas linhas anteriores, um **terceiro** ponto servirá para referir que, o decreto que corporize esta permissão genérica, acaba, também por violar os princípios estruturantes do Estado de Direito, entre eles o princípio da proibição do excesso, bem como as limitações estabelecidas pelo texto constitucional. É que, se a base constitucional do estado de sítio ou de emergência, deve ser apta a permitir a adaptabilidade à crise em questão, mitigando a possibilidade de criação de um vazio sem lei, um buraco negro de criação legal⁵⁶, deve ser igualmente sindicável para evitar uma permissão genérica ao poder executivo que fomenta o abuso dos seus poderes emergenciais⁵⁷. Aliás, o formalismo legal permite uma maior previsibilidade e circunscrição do recurso e modelação dos poderes de emergência⁵⁸.

Um **quarto** ponto, para referir que o recurso ao estado de emergência se afigura um *minus* quando comparado com o estado de sítio. Melhor dito, sendo circunstâncias para as quais os poderes estabelecidos em situação de normalidade não sejam suficientes, os poderes emergentes que necessitam de ser convocados não são tão extremos como nos casos de estado de sítio, ficando reservada a possibilidade de suspensão de alguns direitos, liberdades e garantias, ou de mera restrição. Como bem se compreenderá, os seus limites serão muito mais estritos do que os postulados para os casos de estado de sítio⁵⁹.

Um **quinto** ponto, para sublinhar a temporalidade limitada do estado de emergência, que decorre, desde logo, do facto dos poderes de emergência apontarem a uma ideia material de regresso à normalidade constitucional e, bem-assim, uma vivência num contexto de normalidade⁶⁰ sendo esta retomada quando a emergência se extinga ou, com o passar do tempo, os seus pressupostos deixem de poder ser qualificados como situação de emergência, reduzindo a incerteza com a aplicação de medidas excepcionais decorrentes do período

⁵⁵ Cfr. VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA, *Los Fundamentos...*, cit., p. 303.

⁵⁶ Cfr. DAVID DIZENHAUS, *Schmitt V. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside The Legal Order?*, in *Cardozo Law Review*, Vol. 27, N.º 5, 2006, p. 2017.

⁵⁷ Cfr. OREN GROSS, *Chaos and Rules...*, cit., p. 1069.

⁵⁸ Cfr. WILLIAM SCHEUERMAN, *Emergency Powers...*, cit., p. 272.

⁵⁹ Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., pp. 402-403.

⁶⁰ Cfr. BÖCKENFÖRDE, *The Repressed...*, cit., pp. 120-121.

emergencial⁶¹. Como bem se compreenderá, a emergência e a urgência, são categorias específicas da situação de necessidade, *i.e.* corporizam a necessidade de se atuar com rapidez quer para neutralizar uma determinada ameaça sem que esta se materialize, ou no caso dessa materialização, reparar os seus danos com a maior celeridade possível⁶². Uma posição que permitisse a perpetuação da emergência, perante a necessidade verificada, poderia conduzir ao indesejável efeito de normalização desta, exigindo medidas cada vez mais penosas, e cada vez mais normalizadas. É que a perceção da emergência, pode conduzir à normalização do impensável⁶³.

Um **sexto** ponto, para referir a extrema importância da consulta ao Governo em momento prévio à decretação do estado de exceção. É que, ao órgão executivo a quem cabe a execução do estado de exceção, caberá uma avaliação de pertinência e mérito, apreciando eventuais limites e possibilidades para as medidas que necessitará de adotar no decurso da sua execução⁶⁴. Assim, mais do que um ato neutro, trata-se de um ato de relevo para a decretação de um determinado estado de exceção Constitucional.

Um **sétimo** e último ponto para referir que, não só a declaração, como também a implementação e execução do estado de exceção Constitucional, o órgão executivo se encontra vinculado ao respeito pelos princípios jurídicos estruturantes do Estado de Direito, nos quais se âncora o nosso ordenamento jurídico. Deve, igualmente, amplificar a vigilância sobre o controlo de eventuais violações dos direitos fundamentais, uma vez que, nos momentos de crise e de exceção, a vigilância sobre o respeito pelos direitos fundamentais deve ser intensificada, sem uma especial benevolência⁶⁵, rejeitando terminantemente a ideia que o respeito por estes e, no seu todo, pela constituição redundará numa situação caótica⁶⁶, impossível de gerir pelo órgão executivo, com efeitos perniciosos na situação que estes poderes visavam conter.

III. Por razões metodológicas não analisaremos em seguida os Decretos de emergência. Na verdade, e tendo em conta a delimitação do nosso estudo, pretendemos fazer uma relação entre o princípio da proibição do excesso e

⁶¹ Cfr. ESTEVE PARDO, *La Apelación A La Ciencia En El Gobierno Y Gestión De La Crisis De La Covid-19*, in Revista de Derecho Público: Teoría Y Método, Vol. 2, 2020, p. 43.

⁶² Cfr. VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA, *Los Fundamentos...*, cit., p. 306.

⁶³ Cfr. OREN GROSS, *Chaos and Rules...*, cit., p. 1092.

⁶⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1108.

⁶⁵ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Inconstitucionalidade em Situação de Crise – A Propósito da Epidemia COVID-19*, in E-Publica – Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 7, N.º 1, abril de 2020, Lisboa, ICJP–CIDP, p. 81.

⁶⁶ Cfr. RAQUEL CASTRO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 651.

o Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro, percebendo não só se este cumpriu o requisito de respeito pelo princípio da proibição do excesso, como percebendo qual a extensão do respeito pelo princípio em todas as fases da exceção, a saber: a (i) decisão de decretamento de um determinado estado de exceção; a (iii) execução do estado de exceção; e, a final, (iii) o retorno à normalidade constitucional.

Assim, no capítulo seguinte, analisaremos o princípio da proibição do excesso.

III. O Princípio da Proibição do Excesso e a Emergência

Como já tivemos oportunidade de perceber, nunca como em situações de crise, a proteção e a vigilância sobre o respeito pelos direitos fundamentais tem particular relevância. É que a proteção de um determinado direito fundamental, é a proteção de uma comunidade, ou pelo menos de uma ideia de sociedade que ao Direito compete regular. O Direito que, por apelos emergentes, se submete a situações que possam ser conflitantes com os direitos fundamentais, obnubilando-os em função da resposta à emergência, sempre encontrará um adversário, na ideia de proporcionalidade de uma determinada conduta, mas também um limite nos demais princípios estruturantes do Estado de Direito.

Na verdade, os Direitos fundamentais, ao protegerem a liberdade do ente destinatário destes, permitem a correlação do indivíduo e seus Direitos com a comunidade e os seus Direitos enquanto coletividade sendo, por isso, admissível a regulação de uns em detrimento dos outros, *i.e.* a restrição dos Direitos do indivíduo para o benefício da coletividade. Essa regulação será mais agressiva ou, melhor dito, intensiva, quanto maiores forem os riscos para a comunidade, sendo os interesses contrapostos que acabam por definir quais os bens jurídicos que devem prevalecer⁶⁷. Uma mutação da individualidade do «eu» na posição do outro que comigo partilha o viver coletivo de comunidade, em que todos os outros por serem como eu, não devem ver os seus direitos colocados em causa pelo exercício absoluto da individualidade⁶⁸. Assim, as medidas que cabem cuidar da proteção da comunidade, restritivas dos direitos individuais de cada um,

⁶⁷ Cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de JOSÉ LAMEGO, 3.ª Edição, 1997, Lisboa, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, p. 577.

⁶⁸ Cf. MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito em Tempo de Pandemia*, 2021, Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 40.

não podem ser desligadas de uma ideia de proporcionalidade que assume, nos dias que correm uma velada popularidade na comunidade jurídica⁶⁹.

Ao longo das próximas linhas, avaliaremos o princípio da proibição do excesso, iniciando a análise com um breve excuro teórico acerca do princípio, avançando para uma relação entre o princípio da proibição do excesso e a exceção constitucional. Um outro ponto desta análise prende-se com o controlo judicial do princípio da proibição do excesso e, dentro deste, avaliaremos a lei da ponderação e a fórmula do peso, mas também a proposta do controlo da proibição do excesso para, num momento ulterior, tomar posição sobre o método que consideramos mais profícuo para avaliar a compatibilidade de restrições a direitos fundamentais com o princípio da proibição do excesso.

1) *O Princípio da Proibição do Excesso*

I. Importa, desde já, salientar que optamos pela designação de princípio da proibição do excesso (*Übermaßverbot*)⁷⁰, ao invés da designação que tem merecido a maior popularidade entre nós, mas não unanimidade, de princípio da

⁶⁹ Cfr. MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito...*, cit., p. 36.

⁷⁰ Há quem, não obstante reconhecer a possibilidade de, potencialmente, conduzir a uma maior fluidez expositiva, opte pela denominação proporcionalidade, entendendo que: “o conceito de proibição do excesso imprime um caráter negativo, assente num nivelamento por baixo a este princípio, que não se retira da noção mais impressiva e afirmativa de proporcionalidade”. Cfr. DULCE LOPES, *O Papel do Princípio da Proporcionalidade num Cenário de Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*, in *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*, 2020, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 167, nota 1. Manifestando a sua preferência pela denominação de princípio da proporcionalidade, RUBEN RAMIÃO, entendendo o Autor que, “o princípio do excesso pode ser entendido como um subprincípio da proporcionalidade em sentido lato, mas não esgota a amplitude da proporcionalidade”. Acrescenta o Autor que, “atualmente, vai ganhando acolhimento a tese segundo a qual a proporcionalidade não se aplica somente, nas atuações excessivas, ou restrições excessivas, mas também nos casos de omissões ou ações estatais insuficientes para a proteção dos direitos fundamentais. Por isso se percebe que a dimensão do princípio da proporcionalidade supera a mera esfera do excesso atribuindo uma proteção jusfundamental às insuficiências da atuação do Estado em matéria de tutela dos direitos fundamentais”. Cfr. RÚBEN RAMIÃO, *O Princípio da Proporcionalidade como Instrumento de Proteção Jusfundamental*, in *O Direito*, Ano 147, 2015, N.º II, Coimbra, Almedina, p. 453. Não comungamos de semelhante posição, desde logo porque entendemos que é a proporcionalidade que é uma medida do excesso, e não o seu contrário. E, mesmo que se considere como parece ser a posição do Autor, que a proporcionalidade controla as omissões legislativas que permitam níveis de restrições insuportáveis e, porquanto excessivas, aos direitos fundamentais, este não será, em nosso entender, um argumento válido para a escolha de uma denominação em detrimento de uma outra mais consentânea com a anatomia do princípio. Contudo, e não obstante as escolhas dos Autores, a jurisprudência constitucional, não estabelece diferenças materiais entre a proibição do excesso e a proporcionalidade em sentido amplo. Cfr. PEDRO MACHETE / TERESA VIOLANTE, *O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Juris-*

proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) em sentido amplo. E fazemo-lo, sobretudo, pelas seguintes ordens de razões: a primeira, porque a proporcionalidade, ou o justo meio da atuação do Estado, é uma das componentes do excesso⁷¹; uma segunda, porque não obstante a profusão da denominação de princípio da proporcionalidade, cremos que esta poderá conduzir a algum tipo de confusão com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; um terceiro, porque mesmo a jurisprudência tem referências ao princípio como princípio da proibição do excesso⁷²; por último, um quarto motivo, porque com a denominação de princípio da proibição do excesso se alcança com maior facilidade uma diferenciação entre as várias fases do controlo que deve ser realizado à medida concreta⁷³.

Neste breve excursus teórico, tentaremos densificar dogmaticamente o conteúdo do princípio da proibição do excesso, estabelecendo, para tanto, as bases teóricas, à semelhança do que já fizemos quanto à constitucionalização do direito de necessidade no capítulo precedente. Ora, da análise que faremos sobre o princípio da proibição do excesso, avançaremos para o estabelecido no Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro, que decreta o estado de exceção constitucional na modalidade de estado de emergência.

II. Quando avançamos para um exercício de recuo às origens da ideia de proporcionalidade, acabamos por recuar até ARISTÓTELES e a sua *Ética a Nicómaco*⁷⁴. Ora, partindo da antiguidade e terminando no presente, sempre pode-

prudência Constitucional, Também em Relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus, in XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal, 2013, Lisboa, p. 13.

⁷¹ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição*, 2003, Coimbra, Coimbra Editora, p. 732.

⁷² Veja-se, por exemplo, o Ac. do TC n.º 484/00, de 22-11-2000, Proc. n.º 631/99 (PAULO MOTA PINTO). Curiosamente, há um outro Acórdão com o mesmo relator que se refere ao princípio como princípio da proporcionalidade, a saber: Ac. do TC n.º 187/01 de 02-05-2001, Proc. n.º 120/95 (PAULO MOTA PINTO).

⁷³ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., p. 735.

⁷⁴ Em face do que escrevemos, não podemos deixar de, à semelhança de JORGE MIRANDA, transcrever a noção de proporcionalidade que fez escola na filosofia Aristotélica, e consta do Livro V, Capítulo III: “(...) A justiça é, portanto, uma espécie de proporção. A proporção não existe apenas como relação peculiar entre a unidade numérica [formal], mas é própria da quantidade numérica em geral. Acrescentando, posteriormente, que justo “(...) será, então, o meio entre os extremos [desproporcionais], tal como o «injusto» neste sentido é o desproporcional. Assim, tal como a proporção é o meio, também o justo é o proporcional”. Concluindo, “«Justo» neste sentido é então a proporção. «injusto», enquanto a aceção oposta, é o que viola o princípio da proporção. Acontece, pois, por violação do princípio de proporção que um tem de mais ou outro de menos, tal como se passa com os factos da vida, porque quem praticar a injustiça tem de mais e quem sofrer a injustiça tem de menos relati-

mos assistir ao ressurgimento de uma ideia de «conaturalidade» do princípio da proibição do excesso, quanto ao comportamento das pessoas e, bem assim, ao Direito em si mesmo considerado⁷⁵. Assim, e por maior que seja o dever próprio da sociedade, mas também a densificação dogmática do princípio ao longo do tempo, acabamos sempre por nos aproximarmos da noção de justo meio de ARISTÓTELES e, assim, garantimos a forma correta de disciplinar a relação entre o Estado e o particular sujeito de direitos sobre este⁷⁶. Na verdade, é assim que as coisas se passam porque não podemos criar uma esfera de arbitrariedade no Estado que lhe permita exercer a sua *potestas* livre de qualquer controlo ou limitação, mesmo quando o exercício desta colida com direitos fundamentais⁷⁷.

O princípio da proibição do excesso, não cinge a sua aplicação, em exclusivo ao Estado-Administrador, sendo igualmente aplicável ao Estado-Legislador. Neste sentido, importa recordar a Jurisprudência do Tribunal Constitucional, ao referir que: “o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio geral do Estado de direito. Impõem-se, na realidade, limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado legislador e o Estado administrador adequar a sua projectada acção aos fins pretendidos, e não configurar as medidas que tomam como desnecessária ou excessivamente restritivas”⁷⁸. Contudo, o controlo judicial varia de intensidade em função de nos encontrarmos a avaliar o Estado-Administrador ou o Estado-Legislador. Como bem nota o Tribunal Constitucional, socorrendo-se da lição de GOMES CANOTILHO, em aresto anterior ao que acabámos de citar, “o controlo judicial baseado no princípio da proporcionalidade não tem extensão e intensidade semelhantes consoante se trate de actos legislativos, de actos da administração ou de actos de jurisdição. Ao legislador (e, eventualmente, a certas entidades com competência regulamentar) é reconhecido um considerável espaço de conformação (liberdade de conformação) na ponderação dos bens quando edita uma nova regulação. Esta liberdade de conformação tem especial relevância ao discutir-se os requisitos da adequação dos meios e da proporcionalidade em sentido restrito. Isto justifica que perante o espaço de conformação do legislador, os tribunais se limitem a examinar se a regulação legislativa é manifestamente inadequada”⁷⁹.

vamente ao bem que de cada vez estiver em causa”. Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, tradução de ANTÓNIO DE CASTRO CAEIRO, 4.ª Edição, Reimpressão de 2018, Lisboa, Quetzal Editores, pp.123-124.

⁷⁵ Cfr. JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 1.ª Edição, 2016, Coimbra, Almedina, p. 327.

⁷⁶ Cfr. ERIC ENGLE, *The History of the General Principle of Proportionality: An Overview*, in *The Dartmouth Law Journal*, Vol. X, 2012, p. 4.

⁷⁷ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Reimpressão de 2019, Coimbra, Almedina, p. 95.

⁷⁸ Cfr. Ac. do TC n.º 187/2001, Processo n.º 120/95 (PAULO MOTA PINTO).

⁷⁹ Cfr. o Ac. do TC n.º 484/00, de 22-11-2000, Proc. n.º 631/99 (PAULO MOTA PINTO).

III. Não raras vezes, o recurso à ideia de proporcionalidade, e ao anúncio de avaliação de proporcionalidade de determinado texto normativo, funciona como uma força de legitimação dessa norma, por um lado, mas também, de legitimação política daquela escolha. Uma exposição de motivos que refira isto olha para o princípio como uma forma de legitimação da atividade política⁸⁰, mas contribui de forma pouco relevante para aquilo que é, *proprio sensu* o controlo do excesso. Contudo, o respeito pelo princípio da proibição do excesso ocorre quando dois ou mais bens jurídicos conflituam entre si, procurando encontrar-se a medida exata de cedência de um bem em detrimento do outro⁸¹.

A mais grave violação do princípio da proibição do excesso, é o arbítrio de uma determinada medida ou restrição⁸². Aliás, a proibição do arbítrio é uma parte integrante da ideia material de Direito que preside a todo o nosso ordenamento jurídico, possuindo o princípio da proibição do excesso uma aplicação geral ao ordenamento⁸³. É certo que o arbítrio não vê a sua avaliação circunscrita ao princípio da proibição do excesso, basta para isso recordarmos aquelas construções baseadas numa pretensa nova fórmula da igualdade, que relacionam um controlo aprofundado do princípio da igualdade, *i.e.* um controlo que não seja apenas relativo à possível arbitrariedade da discriminação, com uma avaliação de excesso numa espécie de igualdade proporcional⁸⁴. O princípio da

⁸⁰ Cfr. NICOLA LACEY, *The Metaphor of Proportionality*, in *Journal of Law and Society*, Vol. 43, N.º 1, 2016, p. 31

⁸¹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Direitos...*, cit., p. 329.

⁸² Cfr. JORGE MIRANDA, *Direitos...*, cit., p. 335.

⁸³ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., p. 734.

⁸⁴ A lógica subjacente à fórmula da igualdade proporcional não se afigura uma originalidade no nosso ordenamento jurídico-constitucional. Na verdade, e como bem nota JORGE REIS NOVAIS, a combinação que permite a igualdade proporcional, brota de uma incompreensão da natureza da proporcionalidade penetrar em todos os princípios estruturantes, por um lado; e, por outro, pela replicação *ad nauseam* dos testes sucessivos sempre que se afigura necessária alguma ponderação, alguma comparação ou, ainda, qualquer avaliação subjetiva seja necessária. cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., pp. 91-92. Não se discute que o princípio da proibição do excesso conduz sempre a um controlo de arbítrio de determinada restrição que encontra paralelo na fórmula da igualdade, nem tão-pouco que uma determinada restrição tenha a capacidade de violar ambos os princípios, mas a tentação de «*cherry picking*», quanto ao princípio constitucional que seja violável em nada favorece a patologia constitucional de determinada medida, nem tão-pouco, de clareza do juízo de constitucionalidade. Cfr. MATTHIAS HERDEGEN, *The Relation Between the Principles of Equality and Proportionality*, in *Common Market Law Review*, Vol. 22, N.º 4, 1985, p. 691.

Sucedo que, a nova fórmula decorre de uma construção jurisprudencial Alemã no *BVerfGE* 55, 72 [88], em que se considera que deve produzir, na melhor das hipóteses, a um crescimento da intensidade do escrutínio do respeito pelo princípio da igualdade e, bem-assim, a uma redução da margem de livre conformação do legislador – cfr. RAVI AFONSO PEREIRA, *Igualdade e Proporcionalidade: Um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público*, in

proibição do excesso acabará, sempre, por decorrer da estrutura jurídica material do nosso Estado de Direito Democrático⁸⁵.

IV. Regra geral, o entendimento que os mais variados Autores dão aos princípios varia segundo as suas conceções dogmáticas de base. Temos, por um lado quem os considere como uma forma de interpretação da lei, que tem como resultado uma amplificação da utilização e importância destes, uma vez que se ancoram como definidores de harmonização e interpretação legal⁸⁶. De outra banda, os princípios podem ser tidos como uma garantia de validade da norma e controlo, limitando a atuação jurídico-pública⁸⁷. Isto é, quando da interpretação de uma determinada norma se alcance uma colisão com um princípio constitucional, esta cede diante do princípio⁸⁸. Por fim, pode-se olhar para os princípios jurídicos como um comando de otimização legal, que vin-

Revista Española de Derecho Constitucional, N.º 98, 2013, p. 322 –, mas nunca englobando exigências de proporcionalidade no seu controlo, mesmo que se deva atentar nas razões que fundamentem de forma decisiva uma determinada restrição aplicável a um determinado grupo de pessoas específico. *cf.* MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional*, in O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos. Org.: GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO e LUÍS PEREIRA COUTINHO, 2014, Coimbra, Almedina, p. 114. Na verdade, e lapidariamente, “a proporcionalidade requerida pelo princípio da igualdade se refere, não ao grau de afectação do direito, mas à desigualdade de tratamento. Ou seja, para efeitos de violação do princípio da igualdade não releva de todo em todo a intensidade da afectação sofrida pelo titular do direito, em si mesma considerada. Aquilo que deve ser ponderado é, portanto, não a extensão da afectação individual, mas antes a extensão da desigualdade de tratamento, isto é a dimensão da afectação individual comparativamente com a situação do outro grupo considerado relevante para efeitos de comparação. Por seu lado, aquilo com que deve ser ponderada a extensão da desigualdade de tratamento é, não a finalidade de interesse público prosseguida pela norma, mas antes a extensão da razão para a diferenciação”. *Cfr.* RAVI AFONSO PEREIRA, *Igualdade...*, cit., p. 363.

Por fim, a pretensa nova fórmula, não é mais do que uma concretização jurisprudencial do princípio da igualdade, não sendo mais do que uma forma de limitar a liberdade de conformação do legislador. *Cfr.* MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Medida...*, cit., p. 121. É, contudo, ainda assim possível que se admita que no princípio da igualdade proíbe a desproporção de uma determinada restrição aplicável ao mesmo grupo de destinatários que sejam tratados diferenciadamente, em função da restrição perpetrada pelos poderes públicos – *cf.* VITALINO CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, 2017, Coimbra, Almedina, p. 1112 –, mas a exigência dessa razão justificadora, não se confunde com o princípio da proibição do excesso.

⁸⁵ *Cfr.* RÚBEN RAMIÃO, *O Princípio...*, cit., p. 455.

⁸⁶ *Cfr.* JOSEPH RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, Vol. 81, 1972, pp. 839-840.

⁸⁷ *Cfr.* ANA GONÇALVES MONIZ, *Juízo(s) de Proporcionalidade e Justiça Constitucional*, in R.O.A., Vol. I/II, Ano 80, Janeiro/Junho de 2020, Lisboa, p. 46.

⁸⁸ *Cfr.* JOSEPH RAZ, *Legal Principles...*, cit., p. 840.

culam a norma legal a uma maior realização possível deste, sempre se balizando pela medida do possível fática e juridicamente nessa concretização⁸⁹.

De igual modo, o Tribunal Constitucional, foi sintetizando um conjunto de traços gerais nas várias análises que, ao longo do tempo, tem realizado do princípio da proibição do excesso. Assim, já se considerou a proibição do excesso como omnipresente em todos os atos emanados de poderes públicos⁹⁰ e, bem-assim, limitando o poder público como um todo⁹¹. Esta consideração vincula a ação dos poderes públicos, aos fins pretendidos impedindo soluções que possam ser vistas como desnecessárias, mas também aquelas que possam ser tidas como «*excessivamente onerosas ou restritivas*»⁹², impedindo que o exercício do poder do Estado possa emanar restrições que sejam arbitrárias e, como tal, excessivas⁹³.

V. Por último, o princípio da proibição do excesso subdivide-se em três subprincípios⁹⁴, que permitem discorrer sobre a sua eventual violação, a saber: idoneidade ou aptidão⁹⁵; da necessidade ou do meio menos restritivo; e, por último, proporcionalidade em sentido estrito. Sumariamente, elencaremos o que se pretende com cada um destes subprincípios.

Quando pretendemos que determinada medida respeite o subprincípio da *aptidão*, assentamos na ideia da medida escolhida ser apta à realização do objetivo pretendido com a medida restritiva⁹⁶. Assim, pretende-se que a intervenção legislativa correlacione a medida desenhada com o objetivo que o legislador pretendia alcançar, excluindo-se desde logo aqueles que não sejam idóneos para o efeito⁹⁷ e, como tal, produzindo um sacrifício que não seja apto ao objetivo

⁸⁹ Cfr. ROBERT ALEXYS, *La Fórmula del Peso*, Tradução de CARLOS BERNAL PULIDO, in *El Principio de Proporcionalidad y la interpretación Constitucional*, Serie Justicia Y Derechos Humanos Neo-constitucionalismo Y Sociedad, Editor: MIGUEL CARBONNEL, 2008, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 14

⁹⁰ Cfr. Ac. do TC n.º 484/00, de 22-11-2000, Proc. n.º 631/99 (PAULO MOTA PINTO).

⁹¹ Cfr. Ac. do TC n.º 187/01 de 02-05-2001, Proc. n.º 120/95 (PAULO MOTA PINTO).

⁹² Cfr. Ac. do TC n.º 73/2009, de 11-02-2009, Proc. n.º 681/08 (VÍTOR GOMES).

⁹³ Cfr. Ac. do TC n.º 387/12, de 25-07-2012, Proc. n.º 500/2012 (VÍTOR GOMES).

⁹⁴ No citado Ac. do TC n.º 187/01 de 02-05-2001, Proc. n.º 120/95 (PAULO MOTA PINTO), o Tribunal Constitucional estabelece que o princípio pode “*desdobrar-se analiticamente em três exigências da relação entre as medidas e os fins prosseguidos*”.

⁹⁵ Comumente designado por adequação. Sobre esta designação comum, JORGE REIS NOVAIS, entende que: “*a designação de adequação para aquele primeiro subprincípio resulta de uma tradução inadequada. De facto, o termo alemão (Geeignetheit) deveria, neste contexto, ter sido traduzido para o português aptidão*”. Cfr. *Princípios...*, cit., P. 97.

⁹⁶ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., p. 731.

⁹⁷ Cfr. RÚBEN RAMIÃO, *O Princípio...*, cit., p. 457.

pretendido pelo legislador⁹⁸. Por isso, só será considerada inapta a medida que não contribua para a realização do objetivo⁹⁹ ou, que os seus efeitos sejam indiferentes ou até prejudiciais para esse objetivo. Relativamente, ao subprincípio da *necessidade*, pensamos naqueles meios que imponham menos sacrifício para o destinatário da restrição¹⁰⁰, assumindo que sempre existirá algum sacrifício para que se consiga alcançar determinado fim¹⁰¹, devendo o legislador optar pela medida menos gravosa¹⁰². Por último, a *proporcionalidade em sentido estrito*. Quando se avalia este subprincípio, pensamos na «*justa medida*», relacionando-se o sacrifício da restrição com os benefícios pretendidos¹⁰³. Há uma proporção que deve ser encontrada entre dois desideratos que permita encontrar a medida correta para um determinado fim¹⁰⁴. O Tribunal Constitucional¹⁰⁵, em avaliação deste subprincípio, já teve oportunidade de relacionar a «*carga coativa da medida adotada*», com o «*peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar*», para decidir se existe, ou não, violação do subprincípio de proporcionalidade em sentido estrito numa determinada norma.

Optámos por analisar, separadamente, o princípio da razoabilidade dos restantes subprincípios do princípio da proibição do excesso. A, razoabilidade, tende a aparecer associada ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito pela consideração da afetação da esfera pessoal dos sujeitos afetados pela restrição¹⁰⁶ e, como tal, pela necessidade de mensurabilidade da restrição ser proporcional aos efeitos pretendidos pelo Legislador, ainda na lógica do justo meio explanada por ARISTÓTELES. Acresce, neste sentido que se entende – erradamente – que, para se violar o princípio da razoabilidade, a relação entre o sacrifício que determinada restrição impõe, e a premência das razões invocáveis pelo autor da restrição, sejam tidas como desrazoáveis¹⁰⁷.

⁹⁸ Cfr. ROBERT ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, in Revus Online, 22, 2014, pp. 52-53

⁹⁹ Cfr. KAI MÖLLER, *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, in International Journal of Constitutional Law, Volume 5, Issue 3, July 2007, p. 455.

¹⁰⁰ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., p. 103.

¹⁰¹ Cfr. ROBERT ALEXY, *Constitutional Rights...*, cit., p. 53.

¹⁰² Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., pp. 110-111.

¹⁰³ Cfr. JORGE MIRANDA, *Direitos...*, cit., p. 329.

¹⁰⁴ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., p. 117.

¹⁰⁵ Cfr. Ac. do TC n.º 360/2016, de 08-06-2016, Proc. n.º 563/2015 (ANA GUERRA MARTINS). No caso objeto do aresto, o Tribunal concluiu pela inexistência de violação do princípio e, bem-assim, de qualquer norma inconstitucional que pudesse redundar em inconstitucionalidade.

¹⁰⁶ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Juízo(s) de Proporcionalidade...*, cit., p. 55.

¹⁰⁷ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., p. 765. No mesmo sentido, temos a argumentação do Tribunal Constitucional ao referir que, “o princípio da razoabilidade surge relacionado com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e orienta-se para a avaliação da razoabilidade da imposição na perspetiva das suas consequências na esfera pessoal daquele que é afetado. Nesse plano, a questão não se coloca na adequa-

Sucedo que, em nosso entendimento, esta lógica comete o pecado original de assumir que a pertinência dos efeitos desempenha algum tipo de papel na avaliação de compatibilidade com o princípio da razoabilidade o que, pela nossa parte, não merece concordância. Cremos, assim, que a violação do princípio da razoabilidade deve ser realizável, atendendo à razoabilidade de uma determinada imposição na esfera do sacrificado, despida de qualquer efeito pretendido com essa restrição, mas atentando apenas na esfera de liberdade do sacrificado tida como desrazoável do ponto de vista da proteção da sua liberdade e da relação Estado-cidadão¹⁰⁸. O limite da consideração de uma determinada restrição como razoável, deve assentar na ideia segundo a qual, o limite do razoável é o último limite a que a restrição a um Direito fundamental deve ainda observar. Assim, a razoabilidade é o último limite que ainda podemos qualificar como conforme à Constituição¹⁰⁹.

Podemos, por isso, afirmar que o cerne da distinção entre a proporcionalidade em sentido estrito e a razoabilidade, reside no tipo de avaliação que qualquer uma das duas convida a realizar. Pela banda da proporcionalidade em sentido estrito, deve existir uma relação entre a restrição escolhida e o fim pretendido, devendo essa ser proporcional; por seu turno, pela banda da razoabilidade, o controlo é feito pela plausibilidade da restrição ou manifesta desrazoabilidade da restrição perpetrada¹¹⁰.

Concluído este breve excursus teórico, procuraremos nas próximas linhas, estabelecer a relação entre o princípio da proibição do excesso e a exceção constitucional que decorre do artigo 19.º, n.º 4 CRP e, bem assim, balizar as suas exigências.

2) A Exceção Constitucional e o Princípio da Proibição do Excesso

I. Já tivemos oportunidade, quando estudámos o enquadramento jurídico pátrio da exceção, de referir *passim* que nos termos do disposto no artigo 19.º, n.º 4 CRP, a opção pela decretação do estado de sítio ou de emergência, a

ção da gravidade do sacrificio imposto em relação à importância ou importância da realização dos fins prosseguidos, mas na circunstância de ocorrer uma afetação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões atinentes à sua subjetividade". Cfr. Ac. do TC n.º 413/2014, de 30-05-2015, Procs. n.ºs 14/2014; 47/2014 e 137/2014 (CARLOS FERNANDES CADILHA).

¹⁰⁸ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., pp. 765-766.

¹⁰⁹ Cfr. ANGEL CARRASCO PERERA, *El «Juicio de Razonabilidad» En La Justicia Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, N.º 11, Mayo-Agosto de 1984, p. 49.

¹¹⁰ Cfr. FRANCESCO NICOSTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeu, N.º 12, 2017, p. 19.

declaração do estado de exceção pelo qual se optou e a sua execução se encontram limitadas pela proporcionalidade, sendo a extensão, duração e meios utilizados os estritamente necessários ao pronto restabelecimento da normalidade, função última da exceção constitucional.

Ora, o acolhimento do princípio no nosso ordenamento constitucional ocorre, precisamente nas situações de exceção em que parecia que a proibição do excesso, se encontrava mais vocacionada para vigência em circunstâncias extremas, sendo posterior o alargamento da sua vigência a outros domínios¹¹¹. Como bem se compreenderá, há uma ampla margem discricionária na decisão de decretação do estado de exceção e, talvez por isso, se tenha pretendido a realização de uma séria ponderação baseada no princípio estudado da decisão de decretar, quer quanto a efeitos materiais de suspensão ou mera restrição; como a efeitos organizatórios, quanto às medidas consideradas relevantes para a contenção da exceção; como, também, os efeitos territoriais, sobre a totalidade ou apenas parte do território afetado; e, por último, os efeitos temporais, sobre a duração do estado decretado e seus efeitos¹¹².

II. Há quem considere que o respeito pelo princípio da proibição do excesso se assume como «*o ponto nevrálgico do sistema*» que articula a normalidade e a exceção com a função transcendental de assegurar que medidas proporcionais são a base da sua justificação racional; que a sua função autorreferencial, segundo a qual a proteção dos valores da ordem constitucional são o que permite que se decrete a exceção e se suspenda o exercício de determinados direitos; e, por último, uma função de garantia com o controlo do Parlamento e do poder judicial da execução do estado de exceção¹¹³.

Mas, os efeitos da submissão à proporcionalidade não se cingem à limitação da margem discricionária para a escolha de que estado de exceção decretar, ele acaba por ser uma ancora que acompanha o estado de exceção decretado até ao seu fim. Na verdade, e tendo em mente as situações de exceção que convocam uma mutação inesperada do interesse público, é o respeito pelo princípio da proibição do excesso que permite que se possa afirmar a permanência do Estado de Direito e uma tão rápida quanto possível, transição para a normalidade constitucional¹¹⁴.

¹¹¹ *Cfr.* ANABELA LEÃO, *Notas Sobre o Princípio da Proporcionalidade ou da Proibição do Excesso*, in *Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000)* da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2001, Coimbra, Coimbra Editora, p. 1019.

¹¹² *Cfr.* JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado de Exceção...*, cit., p. 40.

¹¹³ *Cfr.* GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, *Compreender...*, cit., p. 142.

¹¹⁴ *Cfr.* DULCE LOPES, *O Papel...*, cit., p. 170.

Na verdade, se a *raison d'État* assumida no poder de decretação de um estado de exceção, privilegia o interesse coletivo em detrimento do privado, legitimando que em urgência se recorram a meios extraordinários e se admita o sacrifício de regras para a salvaguarda de fins superiores e, por isso, ao tolerar um mal menor para que se evite um mal maior, justificada com os fins pretendidos os meios empregues¹¹⁵, garantindo-se um rápido regresso à normalidade e salvaguarda da integridade constitucional do Estado.

Assim, e em suma, a opção quanto ao estado de exceção, a declaração e a execução, encontram-se limitados pelo princípio da proibição do excesso, mesmo que com a legitimação ou, melhor dito, com o respaldo deste se admitam restrições e compressões de direitos fundamentais mais extensas, estas sempre se vergam diante do princípio da proibição do excesso¹¹⁶ mantendo a maior conexão possível à normalidade constitucional e ao efeito de manutenção e proteção do estado constitucional de direito¹¹⁷.

3) O Controlo Judicial do Princípio da Proibição do Excesso

A avaliação da conformidade de determinada restrição com o princípio da proibição do excesso tem alguma diversidade, podendo ser alcançada com recurso a uma proposta de ROBERT ALEXY, corporizada na lei da ponderação e a fórmula do peso, ou por uma outra possibilidade que se prende com o controlo de proibição do excesso, avançada entre nós por JORGE REIS NOVAIS.

Nas próximas linhas, procuraremos enunciar tanto o que devemos entender pela lei da ponderação e fórmula do peso, passando em revista algumas das críticas que se lhe podem ser assacadas como também, o controlo de proibição do excesso e, porque como demonstrámos em linhas antecedentes, individualizámos o princípio da razoabilidade não o considerando uma componente do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, dedicaremos algumas linhas ao controlo de razoabilidade. A final, tomaremos a nossa posição sobre qual escolhemos para analisar as restrições intrincadas pelo estado de exceção constitucional que nos encontramos a estudar.

¹¹⁵ Cfr. GERMÁN GÓMEZ ORFANEL, *Excepción, Necesidad y Constitución*, in TRC – Teoría y Realidad Constitucional, N.º 48, Derecho de Excepción, 2021, Madrid, p. 196

¹¹⁶ Cfr. RAQUEL CASTRO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 678.

¹¹⁷ Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Estados de Exceção...*, cit., pp. 66-67.

a) *A Lei da Ponderação e a Fórmula do Peso*

I. A lei da ponderação e a fórmula do peso são construções teóricas de ALEXY que sustenta o seu pensamento relativamente aos princípios jurídicos enquanto comandos de otimização da norma legal. Assim, para a avaliação do respeito pelo princípio da proibição do excesso, o Autor propõe uma lei da ponderação que assente na ideia de quanto maior for o grau de afetação de um princípio, maior deve ser a importância da realização do princípio que com ele colide. No fundo, pondera-se o grau e extensão da intervenção restritiva no seio do próprio direito fundamental, contrapesando o resultado atingido, em correlação entre a intervenção e o resultado¹¹⁸. O primeiro objeto de ponderação, para esta construção, encontra-se na intensidade da intervenção restritiva, sendo excluída desde logo a situação em que o resultado da restrição revista uma pequena importância, quando comparada com uma restrição que seja tida como de intensidade elevada na ótica de quem é o alvo da medida restritiva¹¹⁹. Em suma, é a intensidade da intervenção restritiva no núcleo do direito que corporiza o objeto da ponderação.

A ponderação responde à questão de saber se é constitucionalmente admissível que, aquela restrição conduza àquele benefício e, naturalmente, se aquele benefício é suficiente para sustentar a intensidade daquela restrição específica. Esta ponderação não elimina a possibilidade de decisões injustas, mas é a ponderação sobre a proporcionalidade de determinada restrição relativamente ao ganho verificado com esta que se afigura como um critério de justiça daquela restrição, para aquele efeito¹²⁰. Deste modo, a ponderação foi a forma encontrada para resolver possíveis colisões, mas não resolve todos os problemas, porque a sociedade pluralista acaba por não permitir uma hierarquização de todos os princípios jurídicos, o que só por si merece a nossa discordância, por permitir uma hierarquização de todos os seus valores e de quais prevalecem sobre os outros¹²¹ de forma autocrática e estática que não atende à mutação da sociedade enquanto realidade dinâmica em permanente evolução.

Assim, avalia-se o peso da restrição ao direito fundamental e o peso da satisfação do fim visado pela restrição. Para conseguir encontrar uma solução para a possível colisão de direitos, ALEXY responde com a ponderação de bens,

¹¹⁸ Cfr. ROBERT ALEXY, *La Fórmula...*, cit., p. 23.

¹¹⁹ Cfr. ROBERT ALEXY, *Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, in *O Direito*, Ano 146, 2014, N.º IV, Coimbra, Almedina, p. 822.

¹²⁰ Cfr. RÚBEN RAMIÃO, *O Princípio...*, cit., p. 459.

¹²¹ Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO, *La Racionalidad de la Ponderación*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 77, maio-agosto de 2006, pp. 60-61.

em que o benefício da restrição não necessita de ser unicamente concreto, percebendo-se qual possui o maior peso¹²². A restrição, deste modo, pode ter uma componente concreta e verificável no imediato, mas também uma outra abstrata e possivelmente verificável com aquela restrição¹²³. A intensidade da dicotomia restrição-benefício, assenta na visão que constitucionalmente se tenha de um e de outro. Isto é, saber se é admissível do ponto de vista constitucional, que aquela restrição específica, conduza àquele benefício e, bem-assim, se este é suficiente para fundamentar aquela restrição específica¹²⁴.

II. Conclui-se que, para o Autor, a avaliação da lei da ponderação é feita com base na «*fórmula do peso*».

Está fórmula quase matemática, define o peso de um determinado princípio num caso concretamente avaliado e o princípio que com ele colide, colocando ambos em distintos pratos da balança para que um deles prevaleça sobre o outro. O que aqui se avalia é o peso da restrição ao direito fundamental, contrapesando com o grau de satisfação do fim visado pela norma. Graficamente, aquele que tiver mais peso e maior força, prevalecerá sobre o outro¹²⁵. Quando o número de princípios em colisão aumenta, a adaptação da fórmula do peso e, bem-assim, a sua complexidade¹²⁶. A fórmula do peso, não se resume à medição do peso de cada princípio em colisão, a esta acrescentam-lhe argumentos morais, construindo um complexo de argumentação jurídica e moral sobre o que deve prevalecer sobre o outro¹²⁷. Em suma, a fórmula do peso determina o princípio prevalecente, permitindo que prevaleça aquele que no texto da lei produza uma maior otimização, uma vez que o autor olha para os princípios enquanto comandos de otimização da norma legal¹²⁸.

A proposta de ALEXY não se afigura isenta de críticas. Há quem considere que este tipo de formulação se afigura útil apenas como ponto de partida do

¹²² Cfr. MARTIN BOROWSKI, *La Restricción de los Derechos Fundamentales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, N.º 59, mayo-agosto 2000, p. 39

¹²³ Cfr. ROBERT ALEXY, *La Fórmula...*, cit., p. 25.

¹²⁴ Cfr. ROBERT ALEXY, *La Fórmula...*, cit., p. 27. Importa reter, neste sentido, a ideia que, “a ponderação custos-benefícios pretende, numa perspectiva positiva, sopesar as vantagens (para a consecução do fim) e as desvantagens implicadas pela medida, com a consequência de que quanto maiores forem os sacrifícios causados por esta, maior importância devem assumir os benefícios para a satisfação da finalidade”. Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Juízo(s) de Proporcionalidade...*, cit., p. 44.

¹²⁵ Cfr. ROBERT ALEXY, *La Fórmula...*, cit., pp. 32-33.

¹²⁶ Cfr. ROBERT ALEXY, *La Fórmula...*, cit., p. 33.

¹²⁷ Cfr. ROBERT ALEXY, *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 827.

¹²⁸ Cfr. ROBERT ALEXY, *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, N.º 4, 2005, pp. 572-573.

juízo de compatibilidade com o princípio da proibição do excesso¹²⁹. Uma outra crítica poderia ser a redução a cálculos da fórmula do peso, reduzindo a construção jurídica a um cálculo aritmético, que pode levar a uma falta de precisão assente numa «*fórmula retórica*», que redunde numa construção assente nas apreciações subjetivas, ideológicas e empíricas do Juiz constitucional¹³⁰. Pode, ainda, considerar-se que os sucessivos testes que compõem os subprincípios do princípio da proibição do excesso, exigem raciocínios normativos de complexidade extrema, que podem resultar numa avaliação de mérito político que, naturalmente, extrapola a competência do Juiz constitucional e, acima de tudo, se afigura diversa de uma avaliação jurídica do problema sob análise¹³¹, contribuindo para o retrocesso da “*racionalização e objectivização do procedimento de controlo*”¹³², assentando em critérios incomensuráveis, uma vez que não existe uma hierarquização dos princípios jurídicos, nem uma medida que seja tida como comum, entre eles¹³³.

Vista que se encontra a proposta Alexyana, é tempo de avançarmos para uma outra proposta, que assenta num controlo concreto de conformidade com o princípio da proibição do excesso.

b) O Controlo de Proibição do Excesso

I. O controlo da proibição do excesso propõe que ao controlo da norma concretamente considerada e adotada pelo legislador, se comparem os benefícios conseguidos com a norma e o fim que visa, mas também os sacrifícios que foram impostos ao direito fundamental restringido¹³⁴. É certo que, pela

¹²⁹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Direitos...*, cit., P. 337.

¹³⁰ Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO, *La Racionalidad...*, cit., pp. 53-54.

¹³¹ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Juízo(s) de Proporcionalidade...*, cit., p. 45.

¹³² Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, Reimpressão de 2019, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 250. O Autor é um crítico desta construção e, por isso, não espanta que lance uma crítica feroz à lei da ponderação e à teoria Alexyana de verificação da proporcionalidade, nomeadamente quando considera que esta “*não fornece qualquer elemento sobre a questão (...) de saber qual a margem e densidade do controlo que o juiz constitucional pode fazer incidir sobre os juízos de ponderação que presidiram à restrição que é chamado a controlar*”. Também relativamente à avaliação da fórmula do peso, o Autor manifesta a sua posição crítica da mesma, referindo que: “*sob a aparência de maior sofisticação e de cientificidade, induzidas por uma impenetrabilidade que afasta os não iniciados, nada se ganha em objetividade, racionalização ou descoberta de um resultado intersubjetivamente comprovável*”, acrescentando ainda que, o resultado decorre da utilização de “*fórmulas e equações de muito difícil utilização por um operador comum*”. Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, cit., pp. 249-250, nota 242.

¹³³ Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO, *La Racionalidad...*, cit., p. 54.

¹³⁴ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, cit., p. 250.

comparação, temos em presença uma «ponderação atípica», não percecionando o peso de cada um em que prevalece aquele que tiver o maior peso, mas sim perceber a proficiência material de um determinado meio restritivo, com uma referência alternativa concreta para o fim determinado que com a restrição se pretende alcançar¹³⁵.

A avaliação que se realiza no controlo de proibição do excesso é a restrição propriamente dita, quando comparada com possibilidades que sejam viáveis, comparando essas possibilidades de medidas concretas, descartando a análise aos subprincípios, sucessivamente, considerados¹³⁶. O controlo de proibição do excesso, não se resume a um controlo sucessivo dos subprincípios, assumindo essa diferenciação entre as várias fases de controlo. Assim, uma **primeira fase**, a da delimitação do âmbito normativo de proteção do direito fundamental, identificando a restrição efetuada; uma **segunda fase**, que é a fase de justificação dessa restrição; e, uma **terceira fase**, que é aquela em que realiza o controlo da observância dos limites aos limites dos direitos fundamentais.

Como bem se compreenderá, violará o princípio da proibição do excesso e chumbará no controlo da proibição do excesso aquela norma cuja relação entre o benefício conseguido e a restrição efetuada seja marginal, quando comparada com uma medida alternativa equacionada¹³⁷. Assim, a restrição de liberdade que corporize um benefício mínimo, quando relacionado com o sacrifício imposto e comparado com a medida alternativa, não passará no teste de constitucionalidade por violação do princípio da proibição do excesso.

II. Como já se deixou patente, a ponderação a efetuar, é independente e anterior ao controlo efetuado pelo juiz constitucional. Nessa primeira instância de controlo, é o legislador que tem a palavra, ponderando os bens potencialmente em colisão, para nesta fase de controlo, o juiz se concentrar na relação entre o meio e o fim pretendido, sendo analisada a medida restritiva concreta que foi desenhada em momento posterior àquela ponderação realizada pelo legislador¹³⁸, *i.e.*, a ponderação é o processo de revelação da norma para o legislador, sendo o controlo a comparação entre a norma e as alternativas possíveis e comparáveis a que o legislador podia recorrer.

Este controlo, é imprescindível nas restrições aos direitos fundamentais, quer para dissuadir e prevenir o excesso de uma determinada restrição, quer

¹³⁵ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., p. 754.

¹³⁶ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, cit., p. 252.

¹³⁷ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., p. 134.

¹³⁸ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., p. 755.

para aferir o grau de intensidade dessa mesma restrição¹³⁹. A relação entre o fim ponderoso que fundamenta a restrição, e a restrição em si mesma, só será proporcional e compatível com o princípio, porque não excessiva, se passar no controlo concreto da medida restritiva, com alternativas viáveis que atinjam os mesmos resultados com recurso a restrições menos penosas para o cidadão¹⁴⁰.

Em seguida, analisaremos a proposta que propugna uma esfera de controlo diversa, assente no controlo de razoabilidade, mercê da sua autonomia como já tivemos oportunidade de salientar.

c) *Controlo de Razoabilidade*

I. O controlo de razoabilidade exige que se proceda a uma interpretação material da restrição, percebendo em que medida é que aquela restrição pode ter aplicações que violem o princípio da razoabilidade¹⁴¹. O controlo de razoabilidade permite que se deslinde qual o efeito concreto das medidas restritivas, na esfera do particular, sendo desrazoáveis aquelas que à luz dos critérios de normalidade de uma sociedade aberta respeitadora das mais elementares liberdades, sejam tidas como violadoras do princípio da razoabilidade, ou melhor dito, conduzam a resultados desrazoáveis¹⁴².

É certo que, todas aquelas atuações que se encontrem desconformes com o princípio da razoabilidade, que excedam aquilo que para os padrões do Estado em análise seja razoável, permitem o juízo de inconstitucionalidade¹⁴³. O controlo de razoabilidade, tanto pode ser aplicado à lei restritiva na projeção das suas aplicações, como também às intervenções restritivas individuais e concretas propriamente ditas¹⁴⁴.

II. Uma vez que, no controlo de razoabilidade se avalia a relação entre um dever de Direito Público e a gravidade da medida restritiva gizada na esfera do afetado, concluindo-se pela tolerabilidade ou intolerabilidade para este do dito sacrifício para a sua liberdade e autonomia pessoais¹⁴⁵, facilmente se compreenderá a complexidade deste controlo em que com relativa ligeireza o juiz

¹³⁹ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., p. 757.

¹⁴⁰ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., p. 130.

¹⁴¹ Cfr. ANGEL CARRASCO PERERA, *El «Juicio de Razonabilidad»...*, cit., p. 81.

¹⁴² Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., p. 129.

¹⁴³ Cfr. ANGEL CARRASCO PERERA, *El «Juicio de Razonabilidad»...*, cit., p. 54.

¹⁴⁴ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., p. 143.

¹⁴⁵ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., p. 144.

constitucional pode resvalar o controlo para o mérito político-legislativo que, para além de indesejável, ainda se afigura violador do princípio da separação de poderes¹⁴⁶.

Acresce, a esta dificuldade de evitar juízos valorativos da restrição apresentada à esfera do restringido que, por sinal é a maior dificuldade de um controlo assente na razoabilidade¹⁴⁷, o facto deste se tratar de uma limitação do poder discricionário exercido de uma forma arbitrária¹⁴⁸ que, apesar de se focar na pessoa e no espaço de liberdade do restringido – a matriz que lhe garante autonomia à proporcionalidade em sentido estrito – poder considerar na avaliação eventuais circunstâncias concretas que tenham conduzido àquela medida em específico, mercê da argumentação jurídico-factual que a fundamenta, mas também das razões relevantes que justifiquem essa restrição específica numa avaliação que serve como fator de correção da esfera de liberdade individual do restringido¹⁴⁹.

Em suma, o controlo de razoabilidade foca-se na desrazoabilidade da medida em si mesmo considerada, nos efeitos que esta produz na esfera de liberdade do restringido e, como tal, é nesta gravidade que se concentra o controlo de razoabilidade, no sacrifício propriamente dito.

É tempo de tomar posição, vista que se encontra a proposta de ALEXEY assente na lei da ponderação e na fórmula do peso, mas também as propostas de controlo de proporcionalidade e de razoabilidade de JORGE REIS NOVAIS. É o que faremos em seguida.

d) *Posição Adotada*

I. Importa, em nosso entendimento, antes de tomar uma posição expressa, referir que o Tribunal Constitucional tem optado por seguir uma metodologia assente nos três testes do princípio da proibição do excesso¹⁵⁰, isto é: o teste de aptidão, o teste de necessidade e, por fim, o teste de proporcionalidade em sentido estrito.

Ainda que propugnemos uma posição diversa desta, *i.e.* não avaliando gradativamente os três subprincípios em que se opta por uma passagem de um para

¹⁴⁶ Cfr. ANGEL CARRASCO PERERA, *El «Juicio de Razonabilidad»...*, cit., p. 54.

¹⁴⁷ Cfr. ANGEL CARRASCO PERERA, *El «Juicio de Razonabilidad»...*, cit., p. 57.

¹⁴⁸ Cfr. FRANCESCO NICOSTRA, *I principi...*, cit., p. 7.

¹⁴⁹ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., pp. 768-769.

¹⁵⁰ Cfr. PEDRO MACHETE / TERESA VIOLANTE, *O Princípio da Proporcionalidade...*, cit. p. 18.

o outro consoante o resultado verificado no subprincípio anterior¹⁵¹, não podemos deixar de considerar que uma análise do Juiz constitucional que se detenha sob os subprincípios apenas sobre uma perspetiva dogmática, pode ser útil para a fundamentação do resultado a que se chegue. Na verdade, mesmo que se faça essa partição, o resultado daí decorrente será sempre unitário e concretamente considerado para a restrição sob avaliação¹⁵².

II. Na nossa opinião, é de rejeitar a ponderação como critério de decisão sobre o juízo de constitucionalidade de uma determinada medida. Tendemos a considerar que a ponderação é o momento do legislador, uma vez que é a este que pertence o primeiro controlo. Seria muito pouco profícuo que o juiz refletisse com o mesmo tipo de raciocínio do legislador sobre exatamente a mesma medida, é que não só cairia no subjetivismo do intérprete-aplicador, como também permitiria que o decisionismo imperasse sobre a separação de poderes. É que a margem de conformação do Estado-Legislador é muito superior à do Estado-Administrador, ainda que não seja insindicável, devendo para tal, atender a diversos postulados da ponderação legislativa.

Não colhe a crítica a esta metodologia, segundo a qual se retira o «juízo de *justeza*» próprio do princípio, não devendo o juiz assumir que a ponderação foi efetuada pelo legislador, nem acolhendo os seus fundamentos, mas também que separando a ponderação do controlo do excesso, se perde o maior garantismo proporcionado por uma fundamentação de grau mais exigente¹⁵³. Salvo melhor entendimento, esta crítica não deve colher, uma vez que, desde logo o que se

¹⁵¹ Parece ser essa a preferência do Tribunal Constitucional, sobretudo quando refere que a “*ordem lógica de aplicação dos três subprincípios, que se devem relacionar entre si segundo uma regra de precedência do mais abstrato perante o mais concreto, ou mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia*”. Cfr. Ac. do TC n.º 632/2008, de 23-12-2008, Proc. n.º 977/2008 (MARIA LÚCIA AMARAL). Se bem compreendemos a lógica do Tribunal Constitucional, se a medida for inapta, não há necessidade de recorrer a mais nenhum teste para a julgar inconstitucional. Caso a medida seja apta, mas não seja necessária, recorre-se ao teste de proporcionalidade em sentido estrito. Isto é, se for inapta, é imediatamente inconstitucional, se for apta, mas não for necessária, a proporcionalidade em sentido estrito, funciona como teste de desempate. Tendemos a discordar, porque ainda que os testes aos subprincípios sejam relevantes para um juízo de constitucionalidade global, ele não deve ser tido como gradativo, teste a teste, subprincípio a subprincípio. Aliás, como bem nota JORGE REIS NOVAIS, serão poucos casos de medidas que são totalmente inaptas, ou totalmente desnecessárias para se alcançar um determinado desiderato – cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, cit., p. 252. Acresce que, a avaliação ponderativa do juiz constitucional não é assética quando relacionada com as suas convicções ideológicas, políticas ou científicas, permitindo uma esfera de subjetividade da decisão que não se pode permitir quando a análise é meramente jurídica.

¹⁵² Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Juízo(s) de Proporcionalidade...*, cit., p. 50.

¹⁵³ Cfr. RÚBEN RAMIÃO, *O Princípio...*, cit., p. 464.

pretende é evitar um decisionismo do Tribunal Constitucional que condicione a atividade legislativa, do legislador democrático. Aliás, não se pode pretender que o Tribunal Constitucional, construa alternativas ao decidido pelo legislador. O que se deve outrossim pretender é que, havendo dúvidas quanto ao respeito pelo princípio da proibição do excesso, o Tribunal compare alternativas, as confronte no plano dos efeitos concretos, e decida se a opção escolhida pelo legislador foi, ou não, a que melhor respeita o princípio da proibição do excesso. Não somos partidários de uma noção que permita que os juízes assumam uma posição de ativismo judiciário, olvidando a sua sujeição ao princípio da separação de poderes, dissertando sobre o mérito e a oportunidade política de determinada norma, extrapolando os seus poderes constitucionais.

Aliás, o Tribunal Constitucional já referiu que: “o controlo judicial baseado no princípio da proporcionalidade não tem extensão e intensidade semelhantes consoante se trate de actos legislativos, de actos da administração ou de actos de jurisdição. Ao legislador é reconhecido um considerável espaço de conformação (liberdade de conformação) na ponderação dos bens quando edita uma nova regulação”¹⁵⁴. Apesar disto, é possível que os juízes constitucionais se cinjam a um controlo jurídico da constitucionalidade de uma determinada norma, podendo para tanto considerar que os valores e fins enunciados sejam suficientes para justificar uma determinada restrição. Neste sentido, o princípio da proibição do excesso que, com a denominação mais comum de princípio da proporcionalidade em sentido amplo, detém uma espécie de omnipresença no nosso ordenamento jurídico, funciona como o regulador do poder e *autoritas* do Estado¹⁵⁵, limitando-o nas imposições realizadas ao cidadão e garantindo que sobre estas não paira a nuvem negra do excesso.

III. A avaliação a fazer para sindicar o respeito pelo princípio da proibição do excesso, deve ser realizada apenas à medida considerada, comparando-a com a alternativa, não lhe cabendo determinar qual a melhor medida para um determinado fim. É que, apenas ao legislador democrático, se permite a ponderação sobre qual a melhor medida para atingir determinado fim. Contrariamente, ao juiz constitucional compete apenas decidir sobre se a medida escolhida é, ou não, merecedora de rejeição pelo princípio da proibição do excesso, uma vez que “a censura ao mérito político do exercício da função legislativa não cabe aos tribunais”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Cfr. Ac. do TC n.º 484/00, de 22-11-2000, Proc. n.º 631/99 (PAULO MOTA PINTO).

¹⁵⁵ Cfr. ALEX STONE SWEET/ JUD MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 47, Fall 2008, p. 160.

¹⁵⁶ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Juízo(s) de Proporcionalidade...*, cit., pp. 61-62.

Contudo, esta percepção não se resolve com um mero controlo abstrato pleno de fórmulas quase matemáticas e plenas de subjetividade, uma vez que o controlo se deve basear numa situação de conflito concretamente apurada, não se bastando cenários abstratos de efeitos putativos, devendo ser considerados os efeitos reais e a gravidade que produzam na esfera privada¹⁵⁷. Precisamente, por esta ordem de ideias, o controlo constitucional não se pode, apenas, resumir a uma mera ponderação de bens assentes em fórmulas mais ou menos científicas¹⁵⁸.

Em suma, assumimos a nossa preferência por um controlo de proibição do excesso, que se funde na comparação entre a medida escolhida pelo legislador democrático¹⁵⁹, e uma medida alternativa, comparável, e delimitada pela avaliação da existência de desproporcionalidade entre os benefícios e os sacrifícios impostos pelo Estado ao particular¹⁶⁰. De igual modo, e mercê da individualização do princípio da razoabilidade que julgamos ser a melhor análise ao sobredito princípio, ao invés de o considerar uma parte do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, consideramos que deve ainda ser realizado um controlo de razoabilidade assente na restrição concretamente verificada e, na questão de saber se o efeito perpetrado na esfera do restringido, não ultrapassará o razoável que a Constituição do Estado de Direito permite ao operador público.

Voltaremos a esta matéria, quando no Capítulo seguinte tomarmos posição sobre a decretação do estado de exceção no Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro, avaliando se havia alguma alternativa e, havendo, em que medida é que esta é violadora, ou não, do princípio da proibição do excesso. Aí, avançaremos para uma avaliação concreta das noções teórico-descritivas que aqui enunciámos.

IV. Será o Estado de Exceção a Resposta?

I. Como sabemos, há dois momentos na recente decretação do estado de exceção na nossa democracia constitucional: um **primeiro**, que decorre do

¹⁵⁷ Cfr. OLIVER LEPSIUS, *Protección de los Derechos Fundamentales en la Pandemia del Coronavirus*, Tradução de JANIRE MIMENTZA MARTÍN, in TRC – Teoría y Realidad Constitucional, N.º 47, 2021, pp. 76-77.

¹⁵⁸ Cfr. MARTIN BOROWSKI, *La Idea de los Principios Formales. El Principio de Proporcionalidad En El Control de Constitucionalidad*, Tradução de: ALEJANDRO NAVA TOVAR, in *Ciencia Jurídica*, Vol. 8, N.º 16, 2019, p. 88.

¹⁵⁹ Protegendo o princípio democrático e da separação de poderes que nunca devem ser colocados em causa. Cfr. MARTIN BOROWSKI, *La Idea...*, cit., p. 95.

¹⁶⁰ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., p. 129.

clausulado no Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março que foi duas vezes renovado¹⁶¹ e, como tal, permitiu a manutenção da exceção constitucional até às 23:59 horas do dia 2 de maio de 2020; e, um **segundo**, decretado pelo Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro que, mercê de sucessivas renovações¹⁶² e progressivo aumento da extensão de restrições, permitiu a manutenção do país em estado de exceção até às 23:59 horas do dia 30 de abril de 2021.

É certo que, a pandemia que permite a propagação do vírus SARS-COV2 e origina a doença da COVID-19, abalou as estruturas que no nosso ordenamento jurídico considerávamos mais sólidas, levando a que as questões para as quais tínhamos encontrado respostas cabais, se modificassem e nos deixassem sem respostas. Compreendemos, também, a dificuldade de encontrar um equilíbrio entre aquilo que devia ser, e aquilo que acaba por se verificar, mas se é verdade que não era possível, até pela inexistência do processo de vacinação à época, a inexistência de medidas restritivas, não se afigura aceitável a consideração que a alternativa ao caos seja o desrespeito pelos direitos e liberdades constitucionais¹⁶³ que impõem um determinado formalismo para um resultado pretendido, permitindo deste modo que se considere que essa repartição de poderes é essencial à manutenção do Estado de Direito e salvaguarda da Constituição. De igual modo, todas as experiências históricas em que assistimos a uma banalização da exceção, custaram vidas inocentes e abriram precedentes que escreveram as linhas mais negras da história humanidade. É que, se o medo é um poderoso aliado do terror, a sensação de perigo e necessidade, são perigosos aliados daqueles que têm pouco respeito pela liberdade e pelo processo democrático, normalizando o que tomámos como impensável noutros momentos históricos.

¹⁶¹ Pelo Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril e, pelo Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril. Todos os decretos foram consultados em: www.dre.pt.

¹⁶² A saber: o Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, de 20 de novembro; o Decreto do Presidente da República n.º 61-A/2020, de 4 de dezembro; o Decreto do Presidente da República n.º 66-A/2020, de 17 de dezembro; o Decreto do Presidente da República n.º 6-A/2021, de 6 de janeiro; o Decreto do Presidente da República n.º 6-B/2021, de 13 de janeiro; o Decreto do Presidente da República n.º 9-A/2021, de 28 de janeiro; o Decreto do Presidente da República n.º 11-A/2021, de 11 de fevereiro; o Decreto do Presidente da República n.º 21-A/2021, de 25 de fevereiro; o Decreto do Presidente da República n.º 25-A/2021, de 11 de março; o Decreto do Presidente da República n.º 31-A/2021, de 25 de março; o Decreto do Presidente da República n.º 41-A/2021, de 14 de abril. Todos os decretos foram consultados em: www.dre.pt.

¹⁶³ Cfr. RAQUEL CASTRO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 657.

Se há algum consenso quanto ao primeiro momento que elencámos, já se nos levantam algumas dúvidas relativamente ao segundo momento e que se inicia em novembro de 2020, com a decretação daquele que foi o quarto estado de emergência desde a entrada em vigor da Constituição em 1976. É que, se é verdade que todas as circunstâncias vividas em março de 2020 eram uma absoluta novidade, já não se pode dizer o mesmo relativamente a novembro do mesmo ano, nem se pode argumentar a ausência de alternativas decorrentes, desde logo, do passar do tempo entre o surgimento da pandemia – em que se apostou num comportamento meramente reativo – e o momento vivido com este Decreto Presidencial que distava largos meses daquele momento da novidade. Assim, as circunstâncias não podem ser, salvo melhor opinião, comparáveis, nem no plano dos efeitos, nem no plano das respostas encontradas.

II. Importa, desde já avançar para a análise do Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro. Ora, o prólogo desta análise, não pode deixar de se focar no seu surgimento. Assim, não devemos deixar de levar em consideração que, no período compreendido entre 30 de abril de 2020 e a entrada em vigor deste Decreto Presidencial, o país assistiu a consecutivas e sucessivas Resoluções do Conselho de Ministros cuja intensidade foi subindo progressivamente e cujas restrições foram sendo, também elas, mais extensas. Um coro de vozes dissonantes se foram juntando umas atrás das outras, sobre a duvidosa legalidade constitucional da opção, levando o Primeiro-Ministro a solicitar ao Presidente da República o decretamento do estado de emergência.

Na nota publicada no sítio da internet da Presidência da República, o Presidente refere-se ao projeto de Decreto que enviara, como sendo apto a permitir “*ao Governo tomar certas medidas de combate à pandemia Covid-19*”¹⁶⁴. Na verdade, na exposição de motivos do Decreto em análise, o Presidente refere que: “*a evolução da pandemia COVID-19, assim como as lições dela retiradas, justificam garantias reforçadas da segurança jurídica de medidas adotadas ou a adotar pelas autoridades competentes para a correspondente prevenção e resposta, em domínios como os da convocação de recursos humanos para rastreio, do controlo do estado de saúde das pessoas, da liberdade de deslocação e da utilização de meios do setor privado e social ou cooperativo*”, concluindo que: “*essa garantia reforçada exige a declaração de um estado de emergência de âmbito muito limitado e de efeitos largamente preventivos*”.

¹⁶⁴ Cfr. a nota da Presidência da República, com informação da carta enviada ao Presidente da Assembleia da República, publicada em: <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2020/11/presidente-da-republica-propoe-ao-parlamento-estado-de-emergencia-de-ambito-limitado/>.

Na comunicação¹⁶⁵ que realizou ao país, após aprovação na Assembleia da República, o Presidente salientou a ampla convergência entre as forças políticas que compõem a Assembleia da República e, em segundo lugar, aproveitou para salientar a natureza preventiva e limitada desta declaração, como se a função da exceção fosse a de permitir algum conforto e segurança jurídica nas medidas que sejam necessárias adotar para a contenção e mitigação pandémica. Só por si, esta consideração inquina a justificação da decretação deste estado de exceção constitucional.

III. Visto que se encontra o nascimento tumultuoso do Decreto Presidencial, importa atentar naquilo que permite ao Governo – o órgão executivo competente para a gestão da exceção constitucional, decorrente da decretação do estado de emergência – e, assim, compreender a extensão e amplitude das restrições apresentadas.

O Decreto assume a sua necessidade em função da situação de calamidade pública existente¹⁶⁶, abrangendo a totalidade do território nacional¹⁶⁷, permitindo algumas limitações no tocante ao direito de liberdade e deslocação¹⁶⁸. Ora, no artigo 4.º, o Presidente optou por limitar parcialmente, restringir ou condicionar o exercício de alguns direitos, a saber: o direito à liberdade e de deslocação; a iniciativa privada social e cooperativa¹⁶⁹, os direitos dos trabalhadores¹⁷⁰ e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e vertente negativa do direito à saúde¹⁷¹. O Presidente optou, ainda, por convocar as forças armadas e de segurança para a colaboração nos inquéritos epidemiológicos e no rastreio de contactos dos cidadãos que se encontrassem em vigilância ativa¹⁷².

A opção do Presidente da República – a pedido do Governo – não pode deixar de ser discutida e discutível. Discutida, porque para a mera restrição de direitos fundamentais, não se afigura necessária a decretação de um estado exceção, e discutível porque todos os padrões de urgência e desconhecimento que se verificavam em março de 2020, deixaram de se verificar, ainda que se mantivesse intacta a necessidade de proteção da saúde pública. Assim, levantam-se,

¹⁶⁵ Cfr. a totalidade da comunicação efetuada pelo Presidente da República, publicada em: <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2020/11/mensagem-do-presidente-da-republica-ao-pais-sobre-a-declaracao-do-segundo-estado-de-emergencia-152779/>.

¹⁶⁶ Cfr. o artigo 1.º do Decreto.

¹⁶⁷ Cfr. o artigo 2.º do Decreto.

¹⁶⁸ Cfr. a al. a) do artigo 4.º do Decreto.

¹⁶⁹ Cfr. a al. b) do artigo 4.º do Decreto.

¹⁷⁰ Cfr. a al. c) do artigo 4.º do Decreto.

¹⁷¹ Cfr. a al. d) do artigo 4.º do Decreto.

¹⁷² Cfr. o artigo 5.º do Decreto.

numa primeira análise várias questões para as quais pretendemos encontrar respostas alternativas à escolha assumida. Desde logo, importa questionar se, a decretação do estado de exceção constitucional foi respeitadora do princípio da proibição do excesso? Depois, importa perceber se, a defesa do direito à vida, à integridade física e proteção da saúde justificam a exceção constitucional? Se sim, sempre e em qualquer extensão das restrições constantes do Decreto Presidencial? E, por último, existiriam alternativas viáveis à escolha de decretamento do estado de exceção constitucional?

Iniciemos o caminho por uma distinção essencial entre suspensão de direitos fundamentais e restrição a direitos fundamentais.

1) *A Suspensão e a Restrição de Direitos, Liberdades e Garantias*

I. A primeira constatação que nos permitimos realizar, prende-se com o facto de apenas a decretação de um dos dois estados de exceção constitucionalmente admitidos, permitir a suspensão de direitos fundamentais. Como bem se compreenderá, a mera restrição de um direito fundamental pode ser alcançada de uma outra forma, ou pelo menos não é uma possibilidade exclusiva da decretação de um estado de exceção; já a suspensão de direitos fundamentais, apenas se concretiza por meio deste¹⁷³, com o cumprimento de todas as formalidades apontadas pela Constituição.

Assim, é competência do legislador democrático, por meio de uma Lei, mesmo quando em situações de normalidade – não apenas de normalidade constitucional – restringir um determinado direito fundamental, em detrimento de outros bens que careçam de especial proteção¹⁷⁴. Quando dissemos que mesmo em situação de normalidade, fizemo-lo porque é perfeitamente possível que em situações do quotidiano, o legislador sinta necessidade de limitar um direito fundamental quando se regula o seu exercício¹⁷⁵. E normalidade em contraposição com normalidade constitucional, porque só saímos do plano da normalidade constitucional quando é decretado um estado de exceção constitucional, como já tivemos oportunidade de constatar.

II. Avancemos, então, para os conceitos que nos propusemos tratar.

¹⁷³ Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Significado e Alcance da «Suspensão» do Exercício de Direitos Fundamentais na Declaração de Estado de Emergência*, in E-Publica – Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 7, N.º 1, Abril de 2020, Lisboa, ICJP–CIDP, pp. 127–128.

¹⁷⁴ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, cit. p. 86.

¹⁷⁵ Caso de escola é o caso do direito à greve que pode ser limitado na lei que regula o seu exercício.

Pela banda da suspensão, e sob um prisma conceptual, pensa-se na “impossibilidade de exercer o direito fundamental por um período estritamente delimitado no tempo”¹⁷⁶, sendo certo que, esta é sempre “uma afecção desvantajosa das possibilidades individuais de acesso a um bem jusfundamentalmente protegido”¹⁷⁷. Assim, nesta construção, a suspensão acaba com a determinação que, “por todo o período em que ela vigore, o respectivo direito fundamental fique obnubilado, como que se apagando temporariamente, deixando a correspondente norma constitucional de proteção de produzir efeitos jurídicos na medida da extensão e do alcance da suspensão”¹⁷⁸.

Um outro Autor, entende a suspensão “como a afecção dos direitos, liberdades e garantias que, pressupondo uma declaração de estado de sítio ou de estado de emergência, feita na forma prevista na constituição, atinge em abstracto certos efeitos de protecção da norma de direito fundamental. A suspensão é antes de mais uma modalidade de afecção, porque se traduz num prejuízo na liberdade, pois, através dela, atingem-se desfavoravelmente certos efeitos normativos dos direitos, liberdades e garantias”¹⁷⁹.

Por fim, uma definição mais recente, entende que, a suspensão deve ser tida como o “ato que determina a não-produção temporária dos normais efeitos jurídicos de um outro ato ou norma, o que estará em causa é que, com a suspensão do exercício de direitos fundamentais, o cidadão deixa de beneficiar dos concretos poderes, faculdades ou vantagens que as normas de direitos fundamentais lhe atribuem. Nessa medida, o cidadão que pretenda atualizá-los não obterá qualquer tutela jurídica no plano normativo do direito fundamental (exatamente porque os comportamentos tipicamente subsumíveis no âmbito material da norma de direitos fundamentais deixam agora, por força da suspensão de exercício, de lograr qualquer proteção jusfundamental)”¹⁸⁰.

Sem necessidade de dissecar as três propostas concetuais¹⁸¹, sempre podemos inferir que a suspensão tem por efeito a circunstância de um determinado direito fundamental deixar de ser exercido por um determinado período de tempo. Na verdade, é a própria norma de direito fundamental que é alterada temporariamente pelo decreto presidencial¹⁸², fazendo com que estejamos diante de uma afecção da liberdade do cidadão. A suspensão não apaga o direito fundamental, mas suspende o seu exercício. O que sucede é que, não obstante a sua manutenção existencial no ordenamento jurídico-consti-

¹⁷⁶ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, cit. p. 89.

¹⁷⁷ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, cit. p. 90.

¹⁷⁸ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, cit. p. 92.

¹⁷⁹ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2.ª Edição, 2011, Cascais, Princípa, p. 143.

¹⁸⁰ Cfr. LUÍS HELENO TERRINHA, *A Suspensão...*, cit., pp. 180-181.

¹⁸¹ Para uma análise completa das diferenças entre as três noções concetuais que aqui acabámos de apresentar, podemos recorrer à doutrina de PEDRO MONIZ LOPES, *Significado...*, cit., pp. 128 e ss..

¹⁸² Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Significado...*, cit., p. 137.

tucional, o seu exercício fica em suspenso durante o lapso de tempo em que durar a exceção constitucional, não se verificando o desaparecimento deste¹⁸³. Concluindo, não há uma confusão entre suspensão e supressão, uma vez que o direito fundamental não desaparece, nem tão-pouco o seu regime é substituído por qualquer outro, o que existe é uma suspensão do exercício de determinado direito por um determinado período de tempo¹⁸⁴, conduzindo a uma alteração da própria estrutura protetiva da norma, em que a liberdade protegida, deixa de se encontrar protegida pelo direito fundamental suspenso¹⁸⁵.

Por seu turno, as *restrições* devem ser entendidas como as ações normativas que afetem desvantajosamente o conteúdo dos direitos fundamentais¹⁸⁶, ou o efeito de proteção que promovam¹⁸⁷, podendo estas constituir uma afetação permanente do conteúdo do direito fundamental visado¹⁸⁸, traduzindo-se na modificação efetiva da proteção concedida pelo direito¹⁸⁹. E isto sucede porque, na verdade, uma Lei restritiva poderá ter uma aplicabilidade limitada apenas pelo seu período de vigência que pode ser indeterminado, ao contrário de uma suspensão que está sempre delimitada temporalmente pelo período em que vigore o estado de exceção¹⁹⁰. A diferença entre as restrições e as suspensões de direitos fundamentais, reside desde logo nos pressupostos em que ambas assentam, sendo a suspensão uma ocorrência absolutamente excecional com o pressuposto material de regresso à normalidade e salvaguarda do estado constitucional. Por seu turno, a restrição trata-se de um procedimento quasi-normal de salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos que

¹⁸³ Cfr. PALOMA RODRIGUEZ, *¿Suspensión o Supresión...*, cit., p. 111.

¹⁸⁴ Cfr. PALOMA RODRIGUEZ, *¿Suspensión o Supresión...*, cit., p. 113.

¹⁸⁵ Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Significado...*, cit., p. 137.

¹⁸⁶ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, cit. p. 89.

¹⁸⁷ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos...*, cit., p. 123.

¹⁸⁸ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, cit. p. 89.

¹⁸⁹ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos...*, cit. p. 123.

¹⁹⁰ Ainda que a suspensão seja, na verdade, uma restrição em sentido lato. Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, cit. p. 90. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, defende que: “a suspensão tem em comum com a restrição 1) o facto de também ela constituir uma afetação dos direitos, liberdades e garantias, 2) o facto de, em princípio, se tratar de uma afetação legítima, 3) o facto de traduzir uma afetação que se projeta no plano abstrato (da situação compreensiva) e 4) a semelhante sujeição constitucional expressa ao princípio da proporcionalidade”. Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos...*, cit., pp.144-145. Sublinhados nossos. Na verdade, é esta sujeição que consta do ponto 4 da construção do Autor que, nos parece que acaba por se transformar no busílis da questão. É que, sendo estruturalmente parecidas, a opção entre uma e outra caberá sempre na ampla margem decisória que cumpre ao Estado-Legislador e, mercê da decretação do estado de exceção ser um poder do Presidente da República, sendo, por isso, a este sob consulta ao Governo que cumpre ponderar entre uma e outra possibilidade, como adiante veremos.

se encontram em colisão com determinado direito fundamental¹⁹¹. Ora, se por um lado, na restrição aquilo que existe é uma compressão da norma, limitando o seu alcance, quer quanto aos sujeitos, quer quanto às condutas protegidas; por outro, no caso da suspensão, já pode existir a permissão de alteração da norma de direito fundamental, por um determinado e delimitado lapso temporal¹⁹², sendo por isso temporária.

III. Depreende-se, desta breve análise, que a restrição constituirá também ela um *minus* quando comparada com a suspensão. Na verdade, a restrição de um direito fundamental é, não só um procedimento normal num Estado de Direito, como também não se encontra alicerçado num conjunto extenso de formalidades e garantias. É o âmago das suas diferenças que lhes permite autonomização, uma vez que, pela restrição se pretende a compatibilização entre interesses colidentes, ambos dignos de proteção; e, contrariamente, pela suspensão, pretende-se o regresso à normalidade constitucional com vista à proteção da existência do Estado e da Constituição, assumindo o fardo da suspensão de exercício de direitos fundamentais. No fundo, suspensão e restrição têm similitudes óbvias, porque árvores provenientes da mesma floresta, mas cujos frutos brotam de árvores diferentes.

Em face disso, sempre que se possa resolver o conflito entre interesses constitucionalmente tutelados, pelo meio de uma restrição por Lei ordinária, é a esta que deve recorrer. É que, se uma restrição é aceitável e pode vigorar por um período mais extenso, a possibilidade de desencadear o estado de exceção constitucional, desencadeia um conjunto de poderes extraordinários constitucionalmente consagrados e pensados pelo legislador constituinte para os casos em que o Estado esteja ameaçado e possa sucumbir diante daquela ameaça específica. Também por isso, o seu prazo de existência é tão curto.

2) *As Especificidades do Decreto Presidencial*

I. Como já pudemos verificar em linhas antecedentes, o Presidente da República, optou por não suspender nenhum direito fundamental refugiando-se numa expressão que não deixa qualquer tipo de dúvidas quanto às limitações impostas pelo Decreto Presidencial, *i.e.* “*fica parcialmente limitado, restringido ou condicionado*”. Sendo certo que, o Presidente optou por limitar os direitos à liberdade e de deslocação do artigo 27.º CRP; o direito à iniciativa privada,

¹⁹¹ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos...*, cit. p. 146.

¹⁹² Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Significado...*, cit., pp. 136-137.

social e cooperativa do artigo 61.º da CRP; os direitos dos trabalhadores do artigo 59.º CRP; e, por último o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e vertente negativa do direito da saúde dos artigos 26.º, n.º 1 e 64.º, ambos da CRP.

Isto visto, importa questionar se para este grau de restrições é necessário o recurso a um mecanismo que permite a suspensão de direitos fundamentais? É admissível um estado de emergência de menor amplitude? Seria menos restritivo da liberdade o recurso a uma lei restritiva de direitos fundamentais? O princípio da proibição do excesso cobre esta opção? Viola, ou não, o princípio da proibição do excesso o decretamento de um estado de exceção constitucional, quando existe uma outra opção igualmente viável? É o que veremos em seguida.

II. A primeira nota que parece conter especial relevo, prende-se com a interpretação que nos parece consentânea com a abertura constitucional no artigo 19.º, n.º 3 CRP. Na verdade, o facto de o texto constitucional permitir a suspensão de direitos fundamentais, não quer dizer que seja apenas utilizado para a suspensão de alguns direitos fundamentais. Dito de outro modo: a Constituição ao estabelecer a margem de livre decisão ao Presidente da República para que esta possa suspender alguns direitos, não estabelece que o recurso ao estado de emergência, se admita exclusivamente nos casos em que seja necessária a suspensão de algum direito fundamental. Mercê da análise que fizemos¹⁹³, o estado de emergência é o estado de exceção de menor gravidade e, por isso, cumpridos os pressupostos de declaração, nada obsta a que este sirva para a restrição, ao invés da suspensão. O que se pode discutir é, se essa será a via adequada para a mera restrição. E, para essa discussão, já importa avaliar um conjunto de circunstâncias que ajudem a compreender o cerne do problema.

Assim, desde logo, importa perceber qual a anatomia da situação emergente. É emergente uma situação que se concentra nos efeitos na comunidade; ou, contrariamente, é emergente uma situação imprevisível para a qual não se encontra uma solução alternativa em tempo útil, mercê da sua imprevisibilidade? Propendemos a considerar emergente a segunda ordem de razões. É que, se nos concentrarmos no plano da disseminação de efeitos, uma situação de necessidade poderá durar anos, ainda que as circunstâncias difiram substancialmente entre o primeiro momento e o último, ao passo que, se circunscrevermos a necessidade à emergência e, como tal, a uma situação atual e imprevisível, já encontraremos outro tipo de respostas, para a mesma gama de situações. De

¹⁹³ *Cfr. supra* II, 2), I.

resto, para além da temporalidade dos poderes de exceção, teleologicamente a necessidade que permite o recurso aos poderes de exceção, esculpe-se a cada caso concreto e em função do que seja exigível, ou melhor dito, justificável pelas circunstâncias que os desencadeiam, sendo a sua utilização justificável pelos fins pretendidos assentes numa utilização proporcional desses poderes¹⁹⁴. Acresce que a urgência não subsiste por si mesma, devendo ser encarada como uma categoria específica da necessidade. A situação de necessidade pode perdurar durante anos, ou décadas, mas a urgência é necessariamente delimitada, mercê da imprevisibilidade com que é desencadeada no momento do surgimento desta, a que acresce o facto de uma situação não ser eternamente urgente. Assim, como bem se compreenderá, há casos em que a necessidade é urgente e extraordinária, *i.e.*, aqueles em que a gravidade da situação desencadeada acontece de forma inesperada e sejam verificados um conjunto de eventos suficientemente graves para necessitar de uma alteração das regras que disciplinam os poderes públicos previstos para situação de normalidade¹⁹⁵. Os casos de suspensão de direitos fundamentais, são aqueles em que a situação é grave, urgente e necessária, casos em que pela sua morfologia a unidade e subsistência do Estado e da Constituição se alcancem através da suspensão de um determinado conjunto de Direitos fundamentais. É a estes que o estado de exceção constitucional tributa a sua utilidade, por mais que o seu exercício seja apenas restritivo de Direitos e, como tal, sem a gravidade apenas resolúvel com a suspensão. Como bem se compreenderá, não é toda e qualquer situação fática que deve ser merecedora de um estado de exceção constitucional.

Difícilmente, se poderá concluir que as circunstâncias seriam tão ou mais emergentes à data do Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro, do que as vivenciadas ao tempo do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março. E isto não quer dizer que, a gravidade dos efeitos da pandemia – a situação de necessidade – não fosse mais elevada, quer dizer que o nível de emergência era inferior numa altura quando comparada com a outra. Basta, para concluir deste modo, pensar que no primeiro decreto havia uma novidade, desconhecida e cujas respostas se afiguravam repletas de limitações. Contrariamente, ao momento da decretação deste estado de exceção, existia uma experiência totalmente diferente, que moldou a forma de reação. Se, porventura, tivéssemos elaborado uma comparação entre as restrições ou suspensões de direitos fundamentais escolhidas pelo Presidente na República, não poderíamos concluir de forma diversa desta. E, por isso, recentrando a questão, é de questionar a admissibilidade do decretamento de

¹⁹⁴ Cfr. VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA, *Los Fundamentos...*, cit., pp. 304-305.

¹⁹⁵ Cfr. VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA, *Los Fundamentos...*, cit., p. 306.

um estado de exceção constitucional, sem que as circunstâncias ao momento da decretação sejam, verdadeiramente, emergentes? É admissível que este venha a revestir efeitos preventivos ou de mero «conforto» jurídico? É necessária, para resposta a estas questões, alguma reflexão.

Há quem considere adequada uma decretação preventiva do estado de emergência, mercê da disrupção, incerteza e pânico causados pela pandemia, aproveitando para correlacionar isso com a voluntária tomada de medidas de proteção individual da generalidade dos cidadãos¹⁹⁶. Não podemos concordar com este posicionamento, desde logo porque como bem se compreenderá, sempre que exista uma possibilidade de garantir uma avaliação cuidada das medidas a tomar, definindo por meio de Lei as medidas restritivas necessárias, alcançando consensos políticos do órgão que, para tal, detenha a legitimidade democrática, para a emissão de leis restritivas de direitos fundamentais, não deve desperdiçar essa oportunidade, seguindo um caminho mais restritivo¹⁹⁷. É certo que, como já notava ROGÉRIO SOARES, a legislação de emergência corrompe o próprio conceito de lei¹⁹⁸, mas se isto é verdade, não é menos verdade que, com o tempo, a permissividade inicial que pode existir numa circunstância emergente, vai recuando. Dito de outro modo: as soluções não são alheias ao decurso do tempo. Num trecho lapidar, o Tribunal Constitucional, refere que: “o decurso do tempo implica um acréscimo de exigência ao legislador no sentido de encontrar alternativas que evitem que, com o prolongamento, o tratamento diferenciado se torne claramente excessivo para quem o suporta”¹⁹⁹. O argumento relativo ao pânico e à incerteza da sociedade, é colocado em causa quando se assume que, voluntariamente, uma ampla maioria da população tomou medidas preventivas e, como tal, não precisou de uma intervenção do Estado.

E, nem se recorra à argumentação que possa sustentar um afastamento do órgão legislativo democrático – a Assembleia da República – por se considerar que a dificuldade na criação de consensos dificultaria a apresentação de soluções céleres e credíveis, uma vez que a autorização concedida ao Presidente da República pela Assembleia da República²⁰⁰, reuniu sempre um consenso muito amplo nas mais variadas forças políticas. Em particular, este Decreto contou com 193 votos favoráveis num universo de 230 Deputados, contando sempre com a aprovação da força política que sustenta o Governo e da maior força política da oposição, não sendo compreensível como a geração de con-

¹⁹⁶ Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Estados de Exceção...*, cit., p. 74.

¹⁹⁷ Cfr. PEDRO MACHETE, *Direito...*, cit., p. 12.

¹⁹⁸ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, 1969, Coimbra, Atlântida Editora, p. 151.

¹⁹⁹ Cfr. Ac. do TC n.º 353/2012 de 05-07-2012, Proc. n.º 40/12 (JOÃO CURA MARIANO).

²⁰⁰ Cfr. o artigo 10.º, n.º 1 da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro.

sensos em emergência não coincidiu com a geração de consensos para uma solução que não implicasse o decretamento de um estado de exceção²⁰¹. É que, insistimos, tão grave quanto a necessidade que implica a decretação da exceção constitucional, é um quadro em que se banalize a exceção retirando protagonismo ao órgão que representa a vontade político-democrática da população, em detrimento de uma solução que concentra a resposta no Presidente que decreta e no Governo que executa.

Como facilmente se depreende desta análise, uma característica fundamental da emergência é a existência de circunstâncias que são tidas como imprevisíveis e, como tal, não cobertas normativamente pelo Direito positivo existente. A situação deixa de ser emergente quando o que se verifica é a proliferação dos efeitos desta, mas não a situação emergente propriamente dita. As diferenciações que o tempo vai implicando, não são situações emergentes, mesmo que sejam diferenciações ou consequências desta²⁰².

Caso diverso, é aquele que encontramos no Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, de 20 de novembro²⁰³, em que com o agravar dos

²⁰¹ Não resistimos a partilhar alguns trechos da Declaração de voto da Deputada ISABEL MOREIRA da força política que sustenta o Governo, com a qual concordamos integralmente, e segundo a qual num comportamento adotado por outros Estados que sofrem iguais dificuldades no combate à pandemia, “*teria andado bem o Executivo, e andarà bem se o fizer rapidamente, se tivesse apresentado uma proposta de lei à Assembleia da República que servisse de autorização legislativa à sua atuação em tempos pandémicos. Não seríamos inovadores, já que foi o que se fez em França, com a «lei da urgência sanitária», no Reino Unido, com a «Coronavirus Act 2020» ou em Itália, países onde o Parlamento não perdeu a centralidade na matéria, o que aqui seria, também, de enorme importância, por respeito pelo artigo 165.º da Constituição e porque o Governo responde perante a Assembleia da República*”, prosseguindo a sua declaração considerando – em nosso entendimento, de forma acertada – que se afigura evidente a “*desadequação da figura da Declaração de Estado de Emergência aos tempos que vivemos. Não há qualquer razão para se lançar mão de um estado de exceção constitucional que existe para suspender alguns direitos, liberdades e garantias. Tanto assim é que não há direitos suspensos*” e, como tal, o Decreto que apenas autoriza a limitação, restrição ou condicionamento parcial do exercício de alguns Direitos, assume um “*caráter preventivo, o que não tem qualquer cabimento constitucional*”. Assim, verifica-se “*um desvio de poder constitucional. O Sr. Presidente da República lança mão de um instituto constitucional que tem uma função delimitada para lhe atribuir uma outra, precisamente a que caberia ao Parlamento, essa de restringir ou autorizar a restrição de direitos, liberdades e garantias*”. Concluindo a Deputada, referindo que “*nada justifica que não seja o Parlamento o protagonista da medida em que podem e devem alguns direitos, liberdades e garantias ser restringidos. A responsabilidade pela ação política é, depois, claro, do Governo, e só do Governo, que responde perante o Parlamento, ao contrário do Presidente da República*”. Cfr. Diário da Assembleia da República, I.ª Série, N.º 21, de 21 de Novembro de 2020, disponível em: <https://www.parlamento.pt/DAR/Paginas/DAR1Serie.aspx>.

²⁰² Cfr. BÖCKENFÜRDE, *The Repressed...*, cit., p. 119.

²⁰³ Na exposição de motivos que realiza do Decreto, o Presidente da República, refere que: “*algumas dessas medidas, pela sua gravidade e potencial lesão de direitos, liberdades e garantias, exigem constitucionalmente a declaração do estado de emergência*”.

contágios, da pandemia e pressão nos serviços médicos, o Presidente da República decide suspender parcialmente alguns direitos fundamentais. É que, desde que exista a intenção ou, pelo menos no exercício do poder discricionário de decisão de decretação de um estado de exceção, a *voluntas* de realizar algum tipo de suspensão, aí já é no domínio do estado de exceção que nos movimentamos, não podendo esse tipo de medidas ser alcançadas de outra forma que não seja mediante o decretamento de um estado de exceção. Ainda assim, sempre se poderá discutir se essa suspensão é consentânea com o princípio da proibição do excesso, tomando em linha de conta a limitação expressa que este constitui à exceção constitucional porque como vimos o respeito pelo princípio da proibição do excesso é transversal a todos os momentos relevantes da exceção constitucional – da decisão ao decretamento, não esquecendo a execução –, mas o plano de análise que aí se realizará, já será diverso deste que aqui realizamos.

Em suma, havendo necessidade de uma revisão mais gravosa, *v.g.* os casos em que não seja suficiente a formulação “*fica parcialmente limitado, restringido ou condicionado o exercício dos seguintes direitos*”²⁰⁴, obrigando ao recurso à formulação: “*fica parcialmente suspenso o exercício dos seguintes direitos*”²⁰⁵, já não se coloca a questão da alternativa comparável a que se pudesse ter recorrido, evitando a decretação do estado de exceção constitucional para a mera restrição de direitos fundamentais. Assim, e no raciocínio que nos encontramos a realizar, já não seria comparável a Lei restritiva de Direitos fundamentais, sendo quando muito admissível, uma construção que baseasse o controlo entre restrição e suspensão de direitos fundamentais, percebendo se a alternativa restrição seria menos gravosa e, como tal, mais respeitadora do princípio da proibição do excesso do que a suspensão de um determinado Direito fundamental. O plano de análise, seria por isso, assente na suspensão e na sua medida, comparando-a com uma medida alternativa de restrição de determinado Direito, mas sempre dentro de um quadro de exceção constitucional.

III. Arrumada que se encontra a questão de saber se um estado de exceção pode ser utilizado para fins preventivos, importa perceber se o mesmo se aplica apenas para que se produzam restrições ligeiras a alguns direitos fundamentais. Isto é, se a defesa dos direitos que o Presidente restringiu apenas poderia ser alcançada mediante o recurso ao decretamento do estado de emergência.

Uma primeira advertência quanto à natureza do ato de decretação do Presidente da República. Desde logo, há uma margem de livre decisão do Presi-

²⁰⁴ *Cfr.* Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro.

²⁰⁵ *Cfr.* Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, de 20 de novembro.

dente que lhe confere um poder discricionário²⁰⁶, uma vez que o Presidente mediante o cumprimento dos requisitos elencados, pode escolher entre decretar, ou não decretar. É um poder próprio, mas acima de tudo, não existe nem a imposição de o fazer, ou a obrigação de não fazer²⁰⁷. Contudo, a discricionariedade no campo constitucional acaba sempre por se encontrar limitada pela exígua autonomia constitucional, que pode reduzir as alternativas ao dispor do decisor²⁰⁸, a que acresce a vinculação ao princípio da proibição do excesso, que decorre desde logo do artigo 19.º, n.º 3 da CRP, mas também deste ser um limite a todo e qualquer ato discricionário. No fundo, movimentamo-nos numa matéria em que a discricionariedade é totalmente condicionada pela ordem Constitucional vigente.

É precisamente pela vinculação ao respeito pelo princípio da proibição do excesso, que acaba por resumir a amplitude da escolha do poder presidencial, é que as situações de exceção constitucional se resumem àquelas que são perigosas para a existência do próprio Estado e que, como tal, não podem ser removidas por outros meios mais ligeiros constitucionalmente delimitados, mas apenas mediante o recurso a poderes extraordinários ou de exceção²⁰⁹, mesmo que estes sempre se verguem à força dos princípios constitucionais estruturantes²¹⁰. Numa palavra, o poder discricionário de decretamento da exceção constitucional, não pode ser utilizado para fins desrazoáveis e arbitrários, sob pena de ser igualmente violador do princípio da razoabilidade. Aqui, a análise a realizar, será sempre na ótica da privação de liberdade motivada pela medida, sem que se leve em linha de conta os fins, os benefícios e as virtualidades que com a medida se alcançam.

IV. Assim, entendemos que as restrições aos direitos fundamentais feitas pelo Presidente da República no Decreto do Presidente da República n.º

²⁰⁶ Não resistimos, a transcrever um trecho de HART, em que o autor disserta sobre algumas das bases da discricionariedade. Diz o Autor: “*I think, remembering that discretion is after all the name of an intellectual virtue: it is a near-synonym for practical wisdom or sagacity or prudence; it is the power of discerning or distinguishing what in various fields is appropriate to be done and etymologically connected with the notion of discerning*”. Cfr. HART, *Discretion*, in *Harvard Law Review*, Vol. 127, n.º 2, 2013, p. 656.

²⁰⁷ Na verdade, “do facto de o Chefe do Estado “só pode[r]” declarar o estado de exceção ocorrida a factualidade traçada no *Tatbestand* resulta que “pode” declará-lo. Acresce que a norma em causa não impõe (tal como não proíbe) as ações alternativas «declarar o estado de sítio ou de emergência», mas simplesmente permite-as, e permite os seus contrários”. Cfr. GONÇALO BARGADO, *O Estado de Exceção Constitucional – Teoria e prática*, in *O Direito*, Ano 152, 2020, N.º II, Coimbra, Almedina, p. 277.

²⁰⁸ Cfr. GONÇALO BARGADO, *O Estado de Exceção...*, cit., p. 278,

²⁰⁹ Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., pp. 399-400.

²¹⁰ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, cit. p. 82.

51-U/2020, de 6 de novembro, poderiam ter sido feitas por meio de uma lei restritiva de direitos. E fazemo-lo, pelas seguintes ordens de razões.

Uma **primeira**, porque segundo o artigo 165.º, n.º 1, al. b) da CRP, legislar sobre direitos, liberdades e garantias, pertence à reserva de competência relativa da Assembleia da República, que a possui para as leis restritivas de direitos fundamentais, mas também para todas as intervenções nestes direitos²¹¹. Assim, existiria desde logo uma alternativa, à decretação de um estado de exceção constitucional, ainda que essa alternativa implicasse a construção de uma maioria dentro do órgão legislativo que obviasse a decretação de um estado de exceção e permitisse uma restrição mais, ou menos extensa, dentro dos limites impostos às restrições pela via da legislação ordinária, garantindo que não se perpetuasse a exceção constitucional, pelo tempo em que a pandemia perdurasse. Assim, partindo deste pressuposto, não colhe o argumento segundo o qual, o Presidente preferiu assegurar-se que não se trocava, num momento de incerteza, a segurança jurídica pelo caos ou anarquia, desde logo, porque o cumprimento da Constituição não origina o caos²¹² e muito menos a anarquia, mas também porque se uma ampla maioria aprovou o conjunto de Decretos presidenciais sempre que foram decretados – como já tivemos oportunidade de ver nas linhas antecedentes –, por maioria de razão, também conseguiriam encontrar um entendimento que permitisse uma lei de emergência sanitária que restringisse um conjunto de direitos fundamentais, mediante determinados pressupostos²¹³ de forma a garantir a segurança jurídica e um maior equilíbrio na resposta pandémica, fruto de um consenso político tão amplo quanto possível. Mesmo que se considere que seria preferível um ato normativo proveniente do Governo, a Assembleia da República, poderia sempre conceder uma autorização legislativa para que o Governo legisle nessa matéria, estabelecendo os limites e as matérias em que o pode fazer. No fundo, a constituição de maiorias deve assentar na promoção de consensos amplos e estruturados para temas transversais.

²¹¹ Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª Edição Revista, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, p. 327.

²¹² Cfr. RAQUEL CASTRO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 651.

²¹³ Caso que secunda este entendimento, é o caso da Lei n.º 62-A/2020, de 27 de outubro, que estabelece a imposição transitória da obrigatoriedade do uso de máscara em espaços públicos. No artigo 3.º, n.º 1 desta Lei, estabelece-se que “*é obrigatório o uso de máscara por pessoas com idade a partir dos 10 anos para o acesso, circulação ou permanência nos espaços e vias públicas sempre que o distanciamento físico recomendado pelas autoridades de saúde se mostre impraticável*”. Ora, como podemos constatar com elevado grau de facilidade, se foi possível para a imposição do uso da máscara, também o seria para um conjunto de outras restrições cujo consenso se encontraria dentro da normalidade do processo democrático.

Não colhe, igualmente, um argumento segundo o qual, as situações excepcionais necessitam de respostas imediatas, uma vez que a ausência dessas respostas pode implicar com todo um coletivo, que inviabilizaria o recurso à Assembleia da República para que os representantes do povo decidam²¹⁴. E não colhe porque, como vimos em linhas antecedentes, não havia necessidade de uma resposta urgente e momentânea, existia isso sim uma necessidade de resposta que respeitasse os direitos fundamentais e permitisse uma solução gizada entre quem tem a responsabilidade de legislar sobre direitos fundamentais – a Assembleia da República, ou Governo sob autorização desta. É que a urgência de uma solução célere, não existia ao tempo da decretação deste Decreto, desde logo porque o seu resultado, poderia ser encontrado mediante o recurso a outro tipo de possibilidades jurídico-constitucionais, mas também porque sobrou tempo entre a situação realmente emergente que conduziu ao decretamento do primeiro estado de exceção constitucional e aquele que aqui cuidamos. Tempo esse que foi desperdiçado sempre se acreditando que a restrição de Direitos fundamentais por resolução do conselho de ministros se afigurava suficiente e, quando as restrições fossem mais gravosas, sempre o Presidente da República poderia acudir o órgão executivo, com a decretação de um estado de exceção constitucional. De erro em erro, aqui chegámos, a este Decreto Presidencial de duvidosa compatibilidade com o princípio da proibição do excesso, enquanto que acaba por se banalizar o recurso à última *ratio* de defesa da Constituição e do Estado de Direito.

Uma **segunda** ordem de razões assente numa construção concreta do perigo a que a normalização da exceção conduz. Na verdade, quanto maior o tempo em que o Estado se encontra em emergência, utilizando poderes extraordinários e restringindo direitos fundamentais, maior a normalização desta, permitindo-se uma maior necessidade de acomodação daquelas imposições restritivas²¹⁵. E isto é particularmente relevante, quando percebemos que por cada renovação da emergência, maiores as restrições contrariando a lógica que define que os poderes de emergência são de natureza temporária, para necessidades específicas de restrição²¹⁶ a direitos fundamentais por um lado, mas também revestem uma maior utilidade no curto-prazo, para situações iminentes ou emergentes que possam vir a causar danos no Estado Constitucional²¹⁷. Assim, o estado de emergência, não é mais do que uma resposta temporária

²¹⁴ Cfr. FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO, *Naturaleza y Regimen Legal de la Suspension General de los Derechos Fundamentales*, in Revista de Derecho Político, N.ºs 18-19, 1983, p. 39

²¹⁵ Cfr. OREN GROSS, *Chaos and Rules...*, cit., pp. 1071-1072.

²¹⁶ Cfr. OREN GROSS, *Chaos and Rules...*, cit., p. 1073.

²¹⁷ Cfr. BRUCE ACKERMAN, *The Emergency...*, cit., p. 1044.

que visa um breve retorno à normalidade e não a perpetuação dos seus efeitos e restrições, a circunstâncias cujos poderes pré-estabelecidos para situações de normalidade constitucional não são suficientes, não podendo, precisamente por isso, continuarem inalterados²¹⁸.

Uma **terceira** ordem de razões, porque como vimos a normalização permite que o receio da não-existência de alternativas jurídicas conduzam a um indesejável momento em que a pretensa tutela de saúde pública se sobreponha ao ordenamento jurídico-constitucional, alcançando a dignidade de justificar e motivar todo o tipo de intervenções restritivas nas liberdades individuais dos cidadãos²¹⁹. É que a ciência não pode ser o respaldo que motive a proliferação de medidas restritivas²²⁰, nem tão-pouco servir como organização que substitua as instituições democraticamente legitimadas na avaliação e definição de restrições num cenário de permanente mutação da realidade²²¹. Consequentemente, os estados de exceção são inoperantes para situações graves que se prolonguem no tempo e, como tal, requeiram outro tipo de atuação normativa²²², decorrente do normal funcionamento das instituições e do funcionamento democrático do Estado constitucionalmente consagrado na Constituição.

Ensaaiemos, em seguida e por fim, uma análise que incida sobre o princípio da proibição do excesso e, bem-assim da razoabilidade, mas também atentaremos na forma como o Decreto do Presidente da República os devia ter observado em todas as suas fases.

3) *O Decreto Presidencial Viola o Princípio da Proibição do Excesso?*

I. É chegado o último momento de análise ao Decreto Presidencial, e aquele em que ensaiámos uma avaliação da conformidade do Decreto do Pre-

²¹⁸ Cfr. BÖCKENFÖRDE, *The Repressed...*, cit., p. 118.

²¹⁹ Cfr. JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ, *La Intervención Administrativa en Los Derechos Fundamentales de Las Personas Por Motivos de Salud Pública*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 210, Enero-Marzo 2021, p. 99.

²²⁰ Cfr. ESTEVE PARDO, *La Apelación...*, cit., p. 50.

²²¹ Cfr. PEDRO LOMBA, *Constituição, Estado de Emergência e Administração Sanitária: Alguns Problemas*, in *E-Publica – Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 7, N.º 1, abril de 2020, Lisboa, ICJP–CIDP, pp. 41–42.

²²² Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Anotação ao Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 10 de setembro de 2020, Proferido no Processo n.º 088/20.8BALS*, in *Revista de Direito Administrativo*, N.º 10, janeiro-abril de 2021, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 136.

sidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro com o princípio da proibição do excesso²²³.

Como já indicámos quando tratámos o princípio da proibição do excesso, somos partidários de uma tese contraposta à proposta da lei da ponderação e da fórmula do peso de ALEXV. Estamos em crer que, no caso vertente, a diferença de propostas é latente, ou pelo menos, a diferença do entendimento que fazemos de uma em confronto com outra é manifesta. Se percebemos bem a proposta da lei da ponderação e da fórmula do peso, pondera-se entre o grau de afetação da restrição, contrapesando com o resultado e os interesses aí em presença. Ora, assim, sendo o interesse contraposto a defesa da saúde pública, ou melhor dito, da vida humana que, potencialmente, pode ser atacada se nada

²²³ Não obstante a enunciação da conformidade de determinado ato com o princípio da proibição do excesso não queira dizer que este se encontra conforme, nem tão-pouco que a ponderação a efetuar pelo legislador existiu, não resistimos a enunciar sumariamente as referências à proporcionalidade nos vários decretos de emergência emanados do Presidente da República.

Assim, o Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, estabelecia que a declaração se limitava ao “*estritamente necessário*”. Por seu turno, o Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril, já encontra alguma omnipresença de referências ao princípio da proibição do excesso e seus subprincípios, desde logo ao considerar que as medidas governamentais que regulamentaram o anterior estado de emergência, assentaram “*num juízo de estrita proporcionalidade*”, concluindo como “*indispensável a renovação da declaração de estado de emergência*”. No Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril, também relativamente aos decretos de execução, o Presidente considera que estes obedeceram a um “*estrito escrutínio de proporcionalidade, com o objetivo último de conter a propagação do vírus*”, verificando-se, deste modo, “*a indispensabilidade das medidas adotadas para a contenção da doença, reduzindo a perda de vidas humanas*”. No Decreto 51-U/2020, de 6 de novembro, que aqui analisamos, não existe nenhuma referência expressa ao princípio da proibição do excesso, ainda que neste se refira que as medidas foram adotadas na “*justa medida*”. À ausência de referência neste decreto, juntam-se mais seis Decretos, a saber: Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, de 20 de novembro; Decreto do Presidente da República n.º 66-A/2020, de 17 de dezembro; Decreto do Presidente da República n.º 6-A/2021, de 6 de janeiro; Decreto do Presidente da República n.º 25-A/2021, de 11 de março; Decreto do Presidente da República n.º 31-A/2021, de 25 de março; e, por fim, o Decreto do Presidente da República n.º 41-A/2021, de 14 de abril. Em quatro dos Decretos de emergência, o Presidente utilizou a expressão “*tomar medidas que considere adequadas*”, permitindo ao governo que, dentro dos limites do Decreto Presidencial, discricionariamente, decida as medidas a tomar, numa permissão normativa de difícil compatibilização com o disposto no artigo 19.º da CRP. Em plena crise em crescimento exponencial, o Presidente recorreu a uma formulação que justifica um confinamento mais agressivo, estabelecendo, para tal que: “*(...) um confinamento mais rigoroso, é diretamente proporcional à eficácia e rapidez da desaceleração de novos casos*” e, assim, volta a abrir a porta a uma permissão normativa discricionária ao Governo, dizendo por isso que, a decretação do estado de emergência, visa “*(...) permitir ao Governo tomar as medidas mais adequadas para continuar a combater esta fase da pandemia*”.

fosse feito, em contraposição ao peso das restrições, seria sempre de menor monta do que o interesse da coletividade na proteção da saúde pública²²⁴.

Não se rejeita que o princípio da precaução tenha uma íntima conexão com o princípio da proporcionalidade e que a isso possa conduzir uma certa maleabilidade ou, pelo menos, permissividade do princípio da proibição do excesso²²⁵, que numa formulação ambígua, parece ser a posição do *Bunderverfassungsgericht* ao considerar, já no decorrer da pandemia, que o respeito pelo princípio, exige que se avaliem todas as circunstâncias do caso concreto onde se pode incluir o estado existente ao momento da pandemia que é dinâmica e tendencialmente volátil nas restrições que se efetuem²²⁶, nem olvidamos que se deve proteger a saúde pública e que a proteção desta deva sobrepor-se aos interesses individuais contestados²²⁷. Neste enquadramento, a segurança do povo assume um particular relevo, mas esse relevo não pode inquirar toda a discussão, nem tão-pouco secundarizar as garantias constitucionais existentes, ou todo o complexo de formalismos decorrentes da Constituição. A isto acresce que, não podemos deixar de ter em mente que, o respeito pelo princípio da proibição do excesso deve ser transversal a toda a exceção constitucional e, como tal, não podemos de ânimo leve, fazer dele tábua rasa em troca de uma pretensa garantia de segurança. Assim, sendo os argumentos comunitários e de segurança relevantes, não podemos deixar de defender os princípios jurídicos estruturantes do nosso ordenamento jurídico-constitucional, em especial o princípio da proibição do excesso, nem podemos tão-pouco deixar de defender com particular acuidade o respeito pelos Direitos fundamentais. Em suma, parece-nos que podemos afirmar que, para esta conceção, a Decretação do Estado de Emergência mercê do peso que a saúde pública exerceria, desequili-

²²⁴ Relatando o pensamento de ALEXY, RAQUEL CASTRO refere que, para este Autor “os direitos podem/ devem ceder perante bens coletivos, na medida em que a precedência de um bem coletivo possa ser fundamentada à luz dos princípios, não sendo admissível a qualificação como configurações/regulações e não como restrições das afetações desvantajosas efetuadas em razão de bens coletivos. Só pode, contudo, tratar-se de uma relação de prevalência condicionada e não absoluta, apurada no processo ponderativo; Por conseguinte, são constitucionalmente admissíveis intervenções desvantajosas sobre quaisquer direitos ou liberdades, justificadas pelo dever de proteção da saúde; Quando está em causa a liberdade geral, essas compressões devem ser entendidas como expressão de uma obrigação social que estaria ab initio incluída na liberdade geral, agora sujeita a uma intervenção carente de justificação constitucional; Essa intervenção não pode deixar de ser qualificada uma restrição, em sentido amplo, quando perpetrada por ato normativo, para efeitos de convocação do regime de proteção dos direitos fundamentais”. Cfr. RAQUEL CASTRO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 673.

²²⁵ Cfr. ESTEVE PARDO, *La Apelación...*, cit., p. 41.

²²⁶ Cfr. *BVerfG*, 1 BvQ 94/20.

²²⁷ Cfr. JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ, *La Intervención...*, cit., p. 85.

braria os pratos em favor do estado de exceção, ao invés de outras alternativas que, se afiguravam possíveis.

II. Aqui chegados, surge o momento de avaliar se, pela metodologia do controlo de proibição do excesso, chegaríamos, ou não, a conclusão diversa. É o que faremos nas linhas seguintes.

Desde logo, importa referir que para uma maior utilidade do controlo de proibição do excesso, devem ser consideradas alternativas viáveis e, nesse campo, a possibilidade mais lógica não pode deixar de ser uma Lei restritiva de direitos fundamentais com proveniência na Assembleia da República, ou no Governo mediante autorização legislativa desta. Ora, para a restrição de determinados direitos fundamentais, no grau de restrição que acabou por fazer vencimento no texto do Decreto do Presidente da República, esta parece afigurar-se como uma alternativa jurídica e factualmente viável. Desde logo, porque estávamos longe do pico pandémico – que já havia chegado meses antes – em que o País se via confrontado com o pânico de uma circunstância desconhecida e incontável, com inúmeras restrições e suspensões de direitos fundamentais. Nem tão-pouco com o pico pandémico 2.0 que chegaria cerca de dois meses volvidos deste estado de exceção constitucional, não sendo por isso útil como qualquer forma de prevenção.

Acresce que, desde maio de 2020 a novembro de 2020, a Assembleia da República teve tempo mais do que suficiente para encontrar um consenso que permitisse a criação de uma lei de emergência sanitária que, segundo julgamos poder dizer, seria fácil, dadas as percentagens de aprovação dos Decretos Presidenciais²²⁸. Encontrada essa maioria, poder-se-ia ter construído um texto legal que passasse a ser a regulação das situações de emergência material, mas não de emergência em sentido estrito. Emergentes, porque gravíssimas e sem conforto legal que permita uma resposta adequada, mas não emergentes ao ponto de poderem desencadear um estado de exceção constitucional que vise proteger, no limite, a existência do próprio Estado. É que o estado de exceção constitucional não é, nem pode passar a ser, apto a responder perante situações que se prolongam no tempo. É a dicotomia que já estudámos em linhas antecedentes entre a necessidade e a urgência, em que a urgência é uma categoria da necessidade, e não o seu contrário. À data de escrita deste estudo, longos se demonstravam os meses vividos em pandemia, ficando a ideia de perpetuação desta sempre que se tentava regressar a uma vida normal. Se esta circunstância for sempre fundamento material bastante para a decretação de um estado de

²²⁸ No caso do Decreto que aqui avaliamos, acabou por superar os 80% dos Deputados eleitos na Assembleia da República.

exceção, mais do que tudo o resto é o Estado de Direito, a Democracia e a Constituição que passam a estar em maior perigo de manutenção e subsistência. Ninguém compreenderia que fundamentos menores motivassem a decretação da exceção, ou mesmo que esses fundamentos redundassem na perda de qualidade democrática, que na Constituição tem a guardiã dos Direitos, Liberdades e Garantias. Mais, a abertura de precedente de decretação pode, no limite, permitir que a emergências diversas e menores, fundamentem um estado de exceção constitucional.

O controlo de proibição do excesso, como já tivemos oportunidade de estudar, subsume-se nos benefícios e prejuízos concretos de uma determinada restrição, sendo os benefícios, como bem se compreenderá, necessariamente maiores do que os prejuízos de uma determinada restrição²²⁹. No nosso caso avalia-se, se a decretação do estado de emergência nas circunstâncias descritas respeita o princípio da proibição do excesso. Tendo por base, um quadro factual que o assume como preventivo e limitado ao ponto de poder ser substituído por uma lei restritiva de direitos fundamentais como já tivermos oportunidade de explanar. É que, quando colocada em pé de igualdade, a medida em si mesmo considerada, com esta alternativa possível, comparando-as, pode-se concluir pela inconstitucionalidade da decretação por violação do princípio da proibição do excesso, uma vez que a decretação deste estado de exceção, permite um benefício marginal mínimo quando comparado com uma alternativa juridicamente viável e, concomitantemente, um sacrifício acrescido ao particular, violando desta forma o princípio da proibição do excesso²³⁰. É que o benefício marginal mínimo conseguido, contrasta com a restrição elevada de passar a porta da normalidade constitucional, para a exceção constitucional por motivos que poderiam, com algum grau de compromisso, resolver-se sem a ultrapassagem dessa porta, sem o trilhar desse caminho complexo, sem que, com isso se abra a precedência de, para o recurso à exceção não ser apenas admissível a verificação das mais graves das circunstâncias graves. Numa palavra: sem abrir a porta da concentração dos poderes de emergência por motivos menores. Insistimos, a porta do problema abre-se ao mesmo tempo que o precedente de decretação se abriu

Não se recorra, ainda assim, ao argumento que defende a discricionariedade total do ato do Presidente, porque se é verdade que o é, não é menos verdade que este se verga sempre diante do princípio da proibição do excesso, como também, a existência permanente de um grau de sindicabilidade desta decisão,

²²⁹ *Cfr.* JORGE REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., pp. 106-107.

²³⁰ *Cfr.* JORGE REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., pp. 134-135.

mormente quando se entenda que esta é excessiva²³¹. Para além disso, a discricionariedade da decisão de decretar a exceção constitucional, não conduz à arbitrariedade desta e, por isso, não é uma discricionariedade total, mas sim uma discricionariedade limitada do Presidente da República. Ao Tribunal Constitucional, não caberá uma avaliação que defenda qual a melhor medida, se assim fosse estar-se-ia a invadir a margem de conformação do legislador democrático, mas apenas decidir se a medida escolhida pelo legislador democrático é compatível, ou não, com o princípio da proibição do excesso. Simplificando, ao controlo judicial da medida, apenas cabe dizer se há, ou não, desproporcionalidade e, como tal excesso, entre os benefícios e os sacrifícios da opção de decretação de estado de exceção constitucional que a ele se encontra vinculado pelo Legislador Constituinte. Importa, ainda, salientar que com o passar do tempo, a margem de conformação que ao Legislador é garantida, vai diminuindo de intensidade, permitindo que ao Tribunal Constitucional se garanta uma maior margem de avaliação das soluções concretas. O passar do tempo, tem um efeito particular na avaliação do desenho concreto das restrições de Direitos fundamentais. Questão diversa seria se, por algum motivo, ainda nos permitíssemos a realizar um controlo de razoabilidade que nos parece difícil quando a avaliação é ao Decreto, ao invés de uma avaliação às medidas concretas dele decorrentes, é que no controlo de razoabilidade o que nos interessa é a restrição produzida na esfera do restringido, na autonomia e liberdade do restringido. Contudo, se considerássemos que a utilização do poder discricionário de decretamento do estado de exceção constitucional pudesse ser de utilização arbitrária por parte do Presidente da República, aí já poderíamos considerar que se violaria o princípio da razoabilidade, pela aplicação desrazoável da norma constitucional na utilização arbitrária do poder de decretação da exceção constitucional, sempre relembrando que uma norma razoável, pode em si mesma permitir aplicações desrazoáveis.

Em jeito de conclusão, tendemos a considerar que o Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro, é violador do princípio da proibição do excesso, encontrando-se por isso ferido de inconstitucionalidade material. Assim, à época do decretamento da exceção, deviam ter sido escolhidos mecanismos que se encontrassem ao alcance do legislador democrático res-

²³¹ Veja-se neste sentido a Declaração de voto de CUNHA BARBOSA, no Ac do TC n.º 396/11 de 21-09-2011, Proc. n.º 72/11 (JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO), ao “(...) referir que se não é insensível à situação de gravidade e excepcionalidade (...) que afecta o país e, conseqüentemente, que a mesma exija a adopção de medidas de carácter excepcional (...). Porém, como se haverá de convir, tal situação de excepcionalidade não poderá conduzir a uma situação de afastamento de todo e qualquer controlo judicial, sem embargo de se dever reconhecer o amplo poder de conformação de que naturalmente dispõe o legislador democrático”.

peitando a Constituição, bem como o procedimento atendível para a restrição de Direitos, Liberdades e Garantias, ao invés de se caminhar para o desconhecido – no plano dos efeitos de longo prazo, como sejam os precedentes abertos com tal escolha – decorrente do estado de exceção constitucional que, como vimos, neste Decreto Presidencial era, não obstante a sua expressiva maioria, perfeitamente evitável.

V. Conclusões

I. A exceção constitucional é uma resposta transitória do Estado a um câmbio da normalidade constitucional que, com vista à reposição da normalidade, reforça e concentra durante um determinado lapso temporal os poderes executivos públicos permitindo a restrição ou suspensão de Direitos Fundamentais. O estado de exceção constitucional não se encontra fundamentado por toda e qualquer situação de necessidade, ficando reservado para aquelas situações em que todos os outros mecanismos constitucionais de normalidade seriam insuficientes. Assim, o estado de exceção constitucional visa, desde logo, o retorno à normalidade constitucional, sendo apenas aplicável aos casos em que é necessária a salvaguarda do Estado e defesa do quadro Constitucional existente.

II. O regime constitucional da exceção, decorre do disposto no artigo 19.º CRP e da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, que estabelece o regime do estado de sítio e do estado de emergência, estabelecendo um poder que se constitui nos limites constitucionalmente delimitados, não admitindo o estabelecimento de permissões genéricas de restrições a concretizar pelo órgão executivo. Na verdade, em todos os momentos do estado de exceção constitucional, que se iniciam com a decisão de decretamento, se efetivam com o decretamento e se prolongam pela execução, a exceção constitucional encontra-se vinculada aos princípios estruturantes do Estado de Direito em geral, e ao princípio da proibição do excesso, em particular – *cf.* artigo 19.º, n.º 4 CRP.

III. O princípio da proibição do excesso, pedra angular do nosso sistema jurídico-constitucional, pode subdividir-se, vulgarmente, em três subprincípios, a saber: *idoneidade ou aptidão*, *necessidade ou meio menos restritivo* e, por último, *proporcionalidade em sentido estrito*. A estes deve ser acrescentado o princípio da razoabilidade, cuja autonomia se verifica facilmente pela análise de uma determinada restrição ou ação restritiva. Durante os períodos de exceção, é ao princípio da proibição do excesso que se deve a manutenção na esfera do Estado de Direito, respeitando um rápido regresso à normalidade Constitucio-

nal, obrigando a que todas as restrições, compressões ou suspensões de exercício de Direitos fundamentais se curvem diante do princípio da proibição do excesso, não obstante a permissão constitucional para sua própria salvaguarda que, ainda assim, não confere o poder de arbitrariamente restringir Direitos, Liberdades e Garantias.

IV. O controlo judicial do princípio da proibição do excesso pode ser realizado mediante o recurso à lei da ponderação e à fórmula do peso, assentando numa dicotomia entre a intervenção restritiva e o resultado alcançado, sendo a partir da fórmula do peso que se encontra o que deve prevalecer. É, mediante a avaliação da satisfação do fim visado pela restrição que, ponderando os restantes bens em presença se percebe qual possui o maior peso e, como tal, deve ser o prevalecente. Por seu turno, o controlo de proibição do excesso avalia a restrição concretamente adotada pelo legislador relacionando-a com as vantagens dela decorrentes, comparando a restrição efetuada com medidas alternativas. Nos casos em que o benefício alcançado pela opção escolhida seja mínimo, essa restrição é inconstitucional pela violação do princípio da proibição do excesso. Pode ainda realizar-se um controlo de razoabilidade, em que a restrição é inconstitucional sempre que produza uma situação que se manifeste excessiva, intolerável e, como tal, desrazoável na esfera do restringido.

V. Pela nossa parte, manifestamos a nossa opção pelo recurso ao controlo de proibição do excesso que se funde numa comparação entre a medida escolhida pelo legislador democrático e uma medida que seja comparável com a opção, sempre se delimitando pela existência de desproporcionalidade entre benefícios e sacrifícios impostos pelo Estado. Na mesma senda, e mercê da individualização do princípio da razoabilidade, consideramos ser de realizar um controlo de razoabilidade assente na restrição concretamente verificada e sua desrazoabilidade na esfera do restringido.

VI. A pandemia da COVID-19, veio abalar as mais sólidas bases do nosso ordenamento jurídico, permitindo um desfilar de estados de exceção constitucional, uns mais pertinentes e mais relevantes do que outros, sendo certo que com o Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 novembro, estabeleceu-se o que muitos consideram ser um estado de exceção preventivo, para confortar juridicamente restrições que a saúde pública e novo sacrosanto princípio da precaução ditado pelos cânones dos especialistas pandémicos venham a ditar a cada momento, permitindo que se restrinjam um conjunto muito limitado de Direitos, ainda que em exceção, para proteger o cidadão de si mesmo, ultrapassando a certeza que há muito se viviam tempos pandémicos

e muitas vezes se puderam tomar decisões que implicassem resultados diferentes dos verificados.

VII. É que, não nos parece que se possa recorrer a um estado de exceção constitucional como «*tábua de salvação*» de uma postura meramente reativa, nem tão-pouco para se ultrapassar a Assembleia da República que deve legislar em sede de restrições a Direitos fundamentais. Na verdade, não se verificam nem suspensões, nem tão-pouco restrições que de tão extensas devessem ser realizadas ao abrigo de uma exceção constitucional, mas sim um conjunto limitado que deixaria antever que, ao longo de um período temporal não concretizável seriam necessárias, contrariando não só a temporalidade do estado de exceção constitucional, como permitindo que este resolvesse todas as omissões legislativas que permitiam gizar um quadro legal *infra* Constitucional mas que se afigurasse suficiente para situações em que não fosse necessário o recurso a um mecanismo jurídico que visa a defesa do Estado e da Constituição. Acresce que a exceção constitucional é uma resposta urgente a uma situação de extraordinária e urgente necessidade, não apenas à mera necessidade, sendo certo que a maioria que aprovou a autorização à decretação do estado de exceção teria sido mais do que suficiente para o estabelecimento de uma lei de emergência sanitária.

VIII. Por último, e na forma como entendemos deve ser realizado o controlo da proibição do excesso, estamos em crer que comparando a opção que fez vencimento, com a alternativa disponível e sabendo que o princípio da proibição do excesso deve ser transversal a toda a exceção constitucional, entendemos que o Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro, viola o princípio da proibição do excesso, devendo por isso o legislador ordinário ter feito uso dos seus poderes, em respeito pelas vinculações Constitucionais, legislando sobre emergências de saúde pública.

A justificação notarial e o efeito presuntivo do registo predial

RITA MARTINS CLÍMACO*

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Justificação notarial*: 2.1. *Evolução histórica*; 2.2. *Considerações genéricas*. 3. *Efeito presuntivo do registo predial*. 4. *Aplicação do artigo 7.º, do Código do Registo Predial, em sede de ação de impugnação de escritura de justificação notarial*: 4.1. *A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça antes de 2008*; 4.2. *O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 1/2008*; 4.3. *A jurisprudência depois de 2008 até à atualidade*. 5. *Análise crítica do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 1/2008*. 6. *Conclusão*. *Referências bibliográficas*.

1. Introdução

O propósito fundamental do registo predial de dar publicidade à situação jurídica dos prédios exige que a lei atribua uma especial força jurídica às inscrições registais. Tal força jurídica é conhecida por fé pública e consiste em garantir aos terceiros que a situação jurídica publicitada existe nos exatos termos em que está registada.¹

O registo predial também se propõe refletir toda a história jurídica do prédio, garantindo que o registo estabelece uma cadeia ininterrupta de transmissões e onerações do bem, desde a primeira pessoa inscrita como titular até quem figura, no novo ato a registar, como autor da alienação ou oneração.² Trata-se do princípio do trato sucessivo, um princípio fundamental do registo predial,

* Mestranda no Curso de Direito e Prática Jurídica, especialidade em Ciências Jurídico-Forenses, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Estudos de Registo Predial*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017, p. 13.

² LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 10.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 277 e RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Estudos de Registo Predial...*, p. 34.

que se encontra consagrado no artigo 34.º, do Código do Registo Predial. Como instrumento adicional de garantia do princípio do trato sucessivo, vige o princípio da legitimação, que assegura não poderem ser titulados factos dos quais resulte a transmissão de direitos ou a constituição de encargos sobre imóveis sem que estes estejam definitivamente inscritos a favor de quem transmite ou constitui o encargo (cfr. n.º 1 do artigo 9.º, do Código do Registo Predial). Resulta, assim, que o titular que quiser alienar ou onerar o prédio, apenas o poderá fazer se registar a aquisição.

A inscrição registal tem por objeto factos jurídicos, que têm de constar de documentos que legalmente os comprovem – trata-se de uma imposição legal do n.º 1 do artigo 43.º, do Código do Registo Predial. Acontece, porém, que nem todos os factos com eficácia real sobre imóveis têm a sua validade ou eficácia dependente da observância de forma escrita. É o caso da usucapião, da acessão e da posse, que não estão sujeitas a nada mais do que a verificação empírica dos respetivos requisitos legais. Logo, o titular que adquiriu o seu direito, por exemplo, através de usucapião, está juridicamente impedido de praticar alguns dos mais importantes atos do tráfego negocial, enquanto não proceder ao registo dessa aquisição. Deste modo, quando o interessado pretender promover o registo de qualquer um daqueles factos está obrigado a promover a respetiva obtenção de um título escrito.³

O legislador teve que engendrar um meio que permitisse ao interessado obter um documento que suprisse, para efeitos de registo, o título em falta.⁴ E é, neste âmbito, que surge a justificação notarial, enquanto providência de natureza excepcional que reduz as situações em que a informação do registo se encontra desatualizada ou é omissa, por permitir o acesso ao registo quando de outra forma não é possível.⁵ A justificação notarial baseia-se em declarações dos próprios interessados, confirmadas por três declarantes, competindo ao notário apreciar a idoneidade das razões invocadas. E como qualquer outro facto registado, também a escritura de justificação notarial é passível de ser impugnada judicialmente (cfr. artigo 101.º, do Código do Notariado), discutindo-se na jurisprudência e na doutrina se os justificantes, em sede de ação de

³ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Registo de usucapião titulada por escritura de justificação notarial e presunção de titularidade do direito, Anotação ao AUJ n.º 1/2008, de 04-12-2007», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 24, outubro/dezembro de 2008, pp. 37-38 e RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Estudos de Registo Predial...*, p. 22.

⁴ RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Estudos de Registo Predial...*, p. 22.

⁵ ANTÓNIO MAGRO BORGES DE ARAÚJO, *Prática Notarial*, 4.ª Edição revista e actualizada, Coimbra: Almedina, 2003, p. 335 e FERNANDO NETO FERREIRINHA, *Manual de Direito Notarial – Teoria e Prática*, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2019, p. 618.

impugnação de escritura de justificação notarial, devem ou não beneficiar da presunção de titularidade prevista no artigo 7.º, do Código do Registo Predial.

Assim, a elevada importância de que reveste a justificação notarial na prática, permitindo que a realidade registal se aproxime da realidade material, que o comércio jurídico imobiliário se desenvolva e que o registo se reforce nas suas funções de publicidade, segurança e credibilidade das situações dos prédios, justifica a nossa atenção ao tema em apreço. Impõe-se, portanto, questionar qual a interpretação mais conforme com o espírito da lei, será atribuir ou afastar a presunção?

2. Justificação notarial

Primeiramente, impõe-se uma breve panorâmica geral dos traços mais marcantes e distintivos da evolução histórica do instituto e das características mais importantes do atual regime da justificação notarial.

2.1. *Evolução histórica*

A dificuldade de os particulares reunirem todos os documentos necessários para o registo dos factos jurídicos aquisitivos dos seus direitos impedia que a realidade registal correspondesse à realidade material, provocando um descrédito da instituição e suscitando dúvidas sobre a sua utilidade e impossibilitava esses particulares de beneficiarem dos efeitos substantivos decorrentes do registo predial. Para solucionar o problema da falta ou insuficiência dos documentos comprovativos da aquisição, o legislador criou um expediente legal simplificado denominado “justificação de direitos”.⁶

A justificação de direitos foi regulada, pela primeira vez, pelo artigo 2.º, do Decreto n.º 4619, de 13 de julho de 1918⁷, que consagrou apenas a justificação judicial e admitiu somente a justificação da mera posse. De facto, na vigência da Lei Hipotecária, a inscrição possessória foi concebida para as situações em

⁶ MÓNICA JARDIM, «A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade», *Escritos de Direito Notarial e Registral*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 387-388.

⁷ Transcrevemos o artigo 2.º, do Decreto n.º 4619, de 13 de julho de 1918: “O registo do domínio a que se refere o § 1.º do artigo 89.º do regulamento do registo predial de 20 de janeiro de 1898 será feito em face de sentença transitada em julgado, que atribua ao requerente do registo o direito de propriedade plena sobre o respetivo prédio”.

que o verdadeiro proprietário não pudesse inscrever o “domínio” – ou seja, o direito de propriedade adquirido antes de 1867, derivada ou originariamente e o direito de propriedade adquirido originariamente na vigência do Código de Seabra – por carecer de “título formal” suscetível de ser inscrito. Deste modo, em vez de se autorizar a inscrição do “domínio”, prevendo-se um título de justificação do mesmo, previu-se a justificação da mera posse geradora da presunção de titularidade do direito e autorizou-se a sua inscrição. A inscrição da posse não correspondia ao “título formal” que estava em falta, mas a posse registada preparava a formação do título aquisitivo da propriedade, uma vez que, a seu tempo, o possuidor conseguiria obter o título de domínio que pretendia mediante a prescrição aquisitiva.⁸

Assim sendo, num primeiro período, só se estimulava o registo de factos jurídicos cuja oponibilidade a terceiros não era afetada pela ausência do correspondente registo, pois a inscrição possessória não foi concebida para a aquisição derivada da propriedade na vigência do Código de Seabra, que deveria ser registada sob pena de inoponibilidade; e a justificação só permitia obter título para a primeira inscrição no registo, ou seja, para estabelecer o trato sucessivo relativamente a prédios não descritos ou, se descritos, quando sobre eles não incidisse inscrição de aquisição ou equivalente.⁹

Em 1951, a Lei n.º 2049, de 6 de agosto, veio regular a execução do regime da obrigatoriedade do registo predial que, pela primeira vez, no seu artigo 27.º, consagrou a justificação extrajudicial de direitos reais para os casos de registo obrigatório. Este procedimento traduzia-se numa declaração do proprietário, prestada sob juramento e confirmada por três testemunhas idóneas, que seria efetuada perante a autoridade administrativa competente. Com a justificação extrajudicial passou a ser possível o registo do direito de propriedade adquirido derivadamente e dos direitos denominados como “propriedades imperfeitas” que, não sendo registados, eram inoponíveis a terceiros.¹⁰

Em 1956, como grande novidade no nosso ordenamento jurídico, surgiu a justificação notarial, criada pelo Decreto-Lei n.º 40.603, de 18 de maio, com o objetivo de facilitar o registo obrigatório nos casos de inexistência de títulos

⁸ MÓNICA JARDIM, «A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade»..., pp. 388-389, pp. 391-392.

⁹ MÓNICA JARDIM, «A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade»..., p. 394.

¹⁰ ISABEL FERREIRA QUELHAS GERALDES e OLGA MARIA BARRETO GOMES, *Justificação Relativa ao Trato Sucessivo – Escritura de justificação/processo de justificação registal*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 35 (nota de rodapé 67) e MÓNICA JARDIM, «A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade»..., pp. 401-402.

bastantes (estabelecimento do trato sucessivo) e, especialmente, nos casos em que aos interessados não fosse possível a apresentação de documentos comprovativos de transmissões intermédias, em virtude de extravio, destruição ou outro motivo atendível, quando os prédios já estavam inscritos em nome de outrem (reatamento do trato sucessivo). Ademais, o Decreto-Lei n.º 40.603 instituiu a figura da justificação notarial em relação a todos os direitos sobre imóveis inscritos na matriz, quer fossem ou não oponíveis à margem do registo, e impôs a escritura pública como única forma da justificação notarial. Neste seguimento, o Código do Registo Predial de 1959 adotou as justificações como meios expeditos, simples e económicos de suprimento da falta dos documentos necessários.¹¹

Em 1984, com o Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de julho, que aprovou o Código do Registo Predial de 1984, também se mantiveram os dois tipos de justificação – a judicial e a extrajudicial (notarial) –, mas ambas passaram a servir de expediente para obter os documentos em falta com vista ao estabelecimento de novo trato sucessivo. Deste modo, à justificação foi atribuída também a capacidade de suprir a falta absoluta de documento comprovativo da aquisição originária por usucapião do direito de propriedade ou de outro direito real menor suscetível de ser usucapido. E o Decreto-Lei n.º 286/84, de 23 de agosto, introduziu outra importante novidade no Código do Notariado: na hipótese de justificação notarial tendente quer ao reatamento do trato sucessivo, quer ao estabelecimento de novo trato sucessivo, sempre que não se consiga provar a intervenção do titular inscrito no registo predial, porque, embora intervindo, não há documento válido que possa provar a sua intervenção, deve ocorrer a sua notificação prévia e só depois a escritura de justificação notarial será, ou não, lavrada^{12, 13}.

Assim, num segundo período, a justificação passou a traduzir-se também num meio de obter documentos que permitissem dar publicidade registal a direitos que, não sendo publicitados, seriam inoponíveis a terceiros; a par da justificação judicial, surgiu a justificação extrajudicial; admitiu-se a justificação judicial e extrajudicial com vista não só à primeira inscrição, mas, ainda, ao reatamento do trato sucessivo e ao estabelecimento de novo trato sucessivo.¹⁴

¹¹ MÓNICA JARDIM, «A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade»..., pp. 402-403, p. 405, p. 407.

¹² Cfr. o atual artigo 99.º, do Código do Notariado.

¹³ MÓNICA JARDIM, «A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade»..., pp. 413-414.

¹⁴ MÓNICA JARDIM, «A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade»..., pp. 391-392.

Por fim, o Decreto-Lei n.º 273/2001, de 13 de outubro – na sequência de uma política de desjudicialização de matérias que não consubstanciavam verdadeiro litígio – instituiu a transferência da competência dos tribunais relativas aos processos de caráter eminentemente registal para as conservatórias, de entre as quais o processo de justificação, tendente ao suprimento da falta de documentos, para inscrever atos de registo sobre imóveis. Deste modo, foi extinto o processo de justificação judicial e criado o atual processo de justificação de direitos a correr nas conservatórias do registo predial.¹⁵

Resulta do caminho percorrido que, como refere Borges de Araújo, “(...) na génese do sistema em que assenta a justificação notarial está o princípio registal do trato sucessivo. Partindo da ideia de que, respeitando este princípio, se poderia criar um documento que substituísse, para efeitos de registo, títulos faltosos, criou-se um sistema em que nos aparece a nova escritura, de natureza excecional, para apoiar e servir as necessidades do registo obrigatório (...) [e] do registo predial em geral, ao possibilitar registos que de outro modo seriam impossíveis”¹⁶.

2.2. *Considerações genéricas*

A justificação notarial é uma providência de natureza excecional que visa providenciar aos interessados um meio de titulação de factos jurídicos relativos a imóveis e dar consistência prática ao estabelecimento do princípio do trato sucessivo na modalidade de inscrição prévia e continuidade das inscrições, sempre que os adquirentes não disponham de documentos que comprovem os seus direitos.¹⁷ O artigo 116.º, do Código do Registo Predial, consagra três modalidades de justificação notarial para fins de registo predial: o estabelecimento do trato sucessivo, o reatamento do trato sucessivo e o novo trato sucessivo.

A justificação notarial para estabelecimento do trato sucessivo visa obter um título que permita a primeira inscrição, estabelecendo o trato sucessivo em relação a prédios ainda não descritos ou, quando descritos, sem inscrição de aquisição ou equivalente (cfr. n.º 1 do artigo 116.º, do Código do Registo

¹⁵ MÓNICA JARDIM, «A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade»..., pp. 416–417.

¹⁶ ANTÓNIO MAGRO BORGES DE ARAÚJO, *Prática Notarial*..., p. 339.

¹⁷ FERNANDO NETO FERREIRINHA, *Manual de Direito Notarial – Teoria e Prática*..., p. 618 e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Registo de usucapião titulada por escritura de justificação notarial e presunção de titularidade do direito, Anotação ao AUJ n.º 1/2008, de 04-12-2007»..., p. 38.

Predial).¹⁸ Consiste na declaração feita pelo interessado – o justificante –, em que este se afirma, com exclusão de outrem, titular do direito que se arroga, especificando a causa da sua aquisição e referindo as razões que o impossibilitam de a comprovar pelos meios normais, devendo mencionar, quando for alegada a usucapião baseada em posse não titulada, as circunstâncias de facto que determinam o início da posse, bem como as que consubstanciam e caracterizam a posse geradora da usucapião (cfr. artigo 89.º, do Código do Notariado).

A justificação notarial para reatamento do trato sucessivo, a que se refere o n.º 2 do artigo 116.º, do Código do Registo Predial, tem por objeto a dedução do trato sucessivo a partir do titular da última inscrição, por meio de declarações prestadas pelo justificante (cfr. n.º 1 do artigo 90.º, do Código do Notariado). Neste caso, o direito que se justifica é um direito de propriedade titulado cuja sequência das aquisições derivadas (transmissões intermédias) é ininterrupta, mas, relativamente a algumas dessas transmissões, o interessado não dispõe do respetivo documento que as permita comprovar, seja porque o documento se extraviou, seja por ter sido destruído por um facto natural ou por qualquer outra razão atendível¹⁹. Quando assim for, na escritura de justificação devem ser reconstituídas as sucessivas transmissões com especificação das suas causas e identificação dos respetivos sujeitos, indicando, relativamente àquelas a respeito das quais o interessado afirme ser-lhe impossível obter o título, as razões de que resulta essa impossibilidade (cfr. n.ºs 2 e 3 do artigo 90.º, do Código do Notariado).

E a justificação notarial para estabelecimento de novo trato sucessivo aplica-se aos casos em que se verificou uma interrupção na cadeia das transmissões, motivada em regra por abandono do proprietário, tornando necessário que o justificante invoque a posse conducente à usucapião, enquanto causa originária de aquisição (cfr. n.º 3 do artigo 116.º, do Código do Registo Predial e artigo 91.º, do Código do Notariado). O justificante deve especificar as circunstâncias de facto que determinaram o início da posse, bem como as que consubstanciam e caracterizam a posse geradora de usucapião. Neste caso, lavra-se unicamente o registo dessa aquisição originária com base na escritura de justificação notarial que a comprove.²⁰

Os artigos 95.º a 101.º, do Código do Notariado, consagram regras comuns às três modalidades, destacando-se a participação de três declarantes para confirmarem as declarações prestadas (artigo 96.º), a advertência de que os outor-

¹⁸ RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Estudos de Registo Predial...*, p. 23.

¹⁹ JOAQUIM DE SEABRA LOPES, *Direito dos Registos e do Notariado*, 11.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2020, p. 630, p. 633.

²⁰ RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Estudos de Registo Predial...*, p. 24.

gantes podem incorrer no crime de falsas declarações (artigo 97.º), a publicação da escritura de justificação notarial, por meio de extrato do seu conteúdo, num dos jornais mais lidos do concelho da situação do prédio (artigo 100.º) e a possibilidade de impugnação da escritura de justificação notarial (artigo 101.º).

A admissibilidade de qualquer uma daquelas modalidades depende da verificação de dois pressupostos: a existência do direito e uma total ausência de qualquer situação controvertida. É necessário que haja uma razoável certeza de que o direito existe e que o notário que preside à celebração da escritura esteja suficientemente convicto dessa mesma existência, sob pena de recusar a prática do ato. Por outro lado, a existência de qualquer dúvida quanto à real existência do direito por parte do justificante ou alguma indefinição quanto ao prédio em causa inviabilizam o recurso à justificação, pois não é ao notário que incumbe dirimir litígios. Essa é uma exclusiva função judicial, que só através do recurso aos tribunais e unicamente por decisão do juiz pode ser exercida.²¹

Quando admissível, a escritura de justificação notarial constitui um documento autêntico, nos termos do n.º 2 do artigo 363.º, do Código Civil, pelo que faz prova plena do facto jurídico que titula (cfr. n.º 1 do artigo 371.º, do Código Civil), colocando o facto justificado ao mesmo nível de qualquer outro facto jurídico que haja sido celebrado com a observância da sua forma particular. Deste modo, uma vez justificado, nada distingue o facto jurídico titulado por justificação notarial do facto jurídico celebrado pela forma escrita legal. Com efeito, a inscrição registal do primeiro deve desencadear os mesmos efeitos, incluindo o efeito presuntivo, de qualquer outra inscrição registal.²²

3. Efeito presuntivo do registo predial

De igual modo, também se impõe um breve afloramento sobre o efeito presuntivo do registo predial. Sendo a finalidade própria do registo predial a segurança do comércio jurídico, a confiança transmitida por aquele tem de envolver uma tutela dos interesses de todos os que sustentam os seus atos na realidade registal²³.

²¹ ISABEL FERREIRA QUELHAS GERALDES e OLGA MARIA BARRETO GOMES, *Justificação Relativa ao Trato Sucessivo – Escritura de justificação/processo de justificação registal...*, p. 37 e JOSÉ AUGUSTO MOUTEIRA GUERREIRO, *Ensaio sobre a Problemática da Titulação e do Registo à Luz do Direito Português*, Coimbra: Editora, 2014, pp. 136-137.

²² JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Registo de usucapião titulada por escritura de justificação notarial e presunção de titularidade do direito, Anotação ao AUJ n.º 1/2008, de 04-12-2007»..., p. 39.

²³ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª Edição, Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 128.

Uma expressão forte da fé pública concretiza-se na atribuição de valor presuntivo à inscrição registal, isto é, a inscrição definitiva faz presumir que o direito existe tal como consta do registo e que pertence nesses mesmos termos ao titular a que se reporta. Isto corresponde ao efeito presuntivo do registo predial, consagrado no artigo 7.º, do Código do Registo Predial, que atribui ao titular do registo a presunção da titularidade do direito.²⁴ Segundo Luís Menezes Leitão²⁵, a presunção da titularidade corporiza-se em duas presunções: a) a de que o direito existe, tal como consta do registo; e b) a de que pertence, nesses precisos termos, ao titular inscrito. Para José Mouteira Guerreiro²⁶, a primeira presunção pode qualificar-se como uma presunção de verdade e a segunda como uma presunção de exatidão.

A presunção da titularidade do direito desonera o titular inscrito de alegar e provar a existência do direito registado e que tal direito lhe pertence. Trata-se de uma presunção ilidível mediante prova do contrário (cfr. n.º 2 do artigo 350.º, do Código Civil), que acarreta para o titular inscrito a vantagem de inverter o ónus da prova, obrigando aquele que impugna o direito registado a provar que a pessoa que tem o registo a seu favor não é o titular do direito. Assim, desde que a inscrição permaneça em vigor, será presumido que o direito existe e pertence ao titular registado, apenas sendo os seus efeitos extintos por meio do cancelamento correspondente (cfr. artigo 10.º, do Código do Registo Predial).²⁷

4. Aplicação do artigo 7.º, do Código do Registo Predial, em sede de ação de impugnação de escritura de justificação notarial

O cerne da problemática que nos ocupa prende-se com a questão de saber se a presunção de titularidade do direito consagrada no artigo 7.º, do Código do Registo Predial, é ou não aplicável em sede de ação de impugnação de escritura de justificação notarial – problemática que tem implicações ao nível da repartição do ónus da prova. Nos números seguintes, veremos como a jurispru-

²⁴ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Registo de usucapião titulada por escritura de justificação notarial e presunção de titularidade do direito, Anotação ao AUJ n.º 1/2008, de 04-12-2007»..., p. 37 e RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Estudos de Registo Predial*..., pp. 40-41.

²⁵ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*..., p. 284.

²⁶ JOSÉ AUGUSTO MOUTEIRA GUERREIRO, *Temas de Registos e de Notariado*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 40.

²⁷ ISABEL FERREIRA QUELHAS GERALDES e OLGA MARIA BARRETO GOMES, *Justificação Relativa ao Trato Sucessivo – Escritura de justificação/processo de justificação registal*..., p. 164 e RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Estudos de Registo Predial*..., p. 41.

dência do Supremo Tribunal de Justiça oscilou na interpretação do artigo 7.º, do Código do Registo Predial, e como, após uniformização de jurisprudência, consolidou de forma dominante uma única interpretação.

4.1. *A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça antes de 2008*

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça sobre esta questão dividia-se em duas orientações:

- (1) Em algumas decisões, entendia-se que o artigo 7.º, do Código do Registo Predial, leva a que, após o registo da escritura de justificação notarial, seja ónus do impugnante a prova de que o justificante não é o titular do direito justificado;
- (2) E noutras decisões, entendia-se que o artigo 7.º, do Código do Registo Predial, não se aplica à inscrição baseada em escritura de justificação notarial, sendo sempre ónus do justificante, antes ou depois da inscrição registal, provar os factos constitutivos do seu direito.²⁸

Tem sido unânime para ambas as orientações²⁹ que a ação de impugnação de escritura de justificação notarial é uma ação de simples apreciação negativa, pois está em causa a inexistência do direito justificado (alínea c) do n.º 3 do artigo 10.º, do Código de Processo Civil). O que, em princípio, nos termos do n.º 1 do artigo 343.º, do Código Civil, faz recair sobre o justificante o ónus de provar os factos constitutivos do direito afirmado na justificação impugnada.

No entanto, a primeira orientação defendia que, por um lado, a norma do n.º 1 do artigo 343.º, do Código Civil, é excecional em relação ao regime geral do ónus da prova (do artigo 342.º, do Código Civil), ao passo que a norma do artigo 7.º, do Código do Registo Predial, é especial em relação ao mesmo regime geral. Daí que, estando em concorrência uma norma excecional e uma norma especial, deve aplicar-se a norma especial. Por outro lado, conforme o

²⁸ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, «Justificação notarial: nulidade e registo», in (coord.) AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; ALMEIDA, Marta Tavares de, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 249-251.

²⁹ A favor da aplicação da presunção: STJ 19-mar.-2002 (RIBEIRO COELHO), Proc. 02A197; STJ 5-nov.-2002 (REIS FIGUEIRA), Proc. 02A900; STJ 3-jul.-2003 (QUIRINO SOARES), Proc. 03B2066; STJ 29-jun.-2005 (SALVADOR DA COSTA), Proc. 05B2072; STJ 11-jul.-2006 (SEBASTIÃO PÓVOAS), Proc. 06A2105. Recusa a aplicação da presunção: STJ 24-jun.-2004 (LUCAS COELHO), Proc. 03B3843; STJ 25-out.-2005 (AZEVEDO RAMOS), Proc. 05A2709; STJ 21-fev.-2006 (FERNANDES MAGALHÃES), Proc. 06A073; STJ 14-nov.-2006 (SILVA SALAZAR), Proc. 06A3486. Acessíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

n.º 1 do artigo 344.º, do Código Civil, “*as regras dos artigos anteriores*” – portanto, também a do n.º 1 do artigo 343.º, do Código Civil – “*invertem-se, quando haja presunção legal*”. O que quer dizer que, havendo presunção legal, não se aplicam as regras dos artigos 342.º e seguintes, do Código Civil. Importa, portanto, para esta orientação, verificar se o direito justificado foi ou não levado a registo.³⁰ E, nos termos do artigo 100.º e do n.º 2 do artigo 101.º, ambos do Código do Notariado, a realização do registo predial com base na escritura de justificação notarial depende da sua publicação num jornal e da emissão de uma certidão, desde que decorridos 30 dias desde a data da sua publicação e que não se receba comunicação da pendência de impugnação judicial do facto justificado.

Não surgindo, naquele período de 30 dias, qualquer impugnação, pode ser emitida a certidão da escritura e com base nela pode efetuar-se o registo definitivo. Nesta situação, opera então a presunção legal do artigo 7.º, do Código do Registo Predial, que faz inverter o ónus da prova na ação de simples apreciação negativa, pelo que o justificante não tem de provar que o seu direito existe (só tem de provar que está registado), mas cabe ao impugnante provar o contrário do que consta do registo (n.ºs 1 e 2 do artigo 350.º, do Código Civil).³¹ Isto porque, se a impugnação é deduzida depois do prazo do n.º 2 do artigo 101.º, do Código do Notariado, não há qualquer obstáculo ao registo de aquisição e então este gozará dos seus efeitos substantivos. Como refere o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de julho de 2003, “(...) deve entender-se que o artigo 343.º/1, CC, que carrega sobre o réu o ónus de provar os factos constitutivos do seu direito, cede sempre que o mesmo réu tiver à mão o registo predial da justificação (a inscrição) e, com ele, invoque a presunção [do] artigo 7.º, CRP. Aí, como que se vira o bico ao prego e do regime especial de ónus da prova, consagrado naquele artigo 343.º/1, passa-se para o geral [do] artigo 342.º/1”.³²

Pelo contrário, se o direito justificado não foi levado ao registo, mas, entretanto, for impugnado, não há qualquer presunção legal a considerar, cabendo ao justificante o ónus de provar os factos constitutivos do seu direito (n.º 1 do artigo 343.º, do Código Civil). Esta é a impugnação que obsta ao registo e, por isso, naturalmente, impede a produção dos efeitos próprios do registo.³³

Por outro lado, a segunda orientação defendia que, não estando a ação de impugnação sujeita a qualquer prazo de caducidade, é totalmente indiferente que

³⁰ STJ 5-nov.-2002 (REIS FIGUEIRA), Proc. 02A900.

³¹ STJ 5-nov.-2002 (REIS FIGUEIRA), Proc. 02A900.

³² STJ 3-jul.-2003 (QUIRINO SOARES), Proc. 03B2066 e STJ 11-jul.-2006 (SEBASTIÃO PÓVOAS), Proc. 06A2105.

³³ STJ 5-nov.-2002 (REIS FIGUEIRA), Proc. 02A900.

já tenha ou não sido lavrado o registo com base na escritura de justificação notarial. Se o registo já se encontra lavrado, o impugnante apenas terá de pedir o seu cancelamento, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º, do Código do Registo Predial. É que o referido registo foi feito exatamente com base na escritura de justificação notarial que se impugna, e esta e as declarações nela contidas só valem para efeitos de descrição na Conservatória do Registo Predial, se não vierem a ser impugnadas (artigo 101.º, do Código do Notariado). Mas se o forem, o direito passa a ser incerto³⁴, pelo que o justificante não pode beneficiar da presunção do artigo 7.º, do Código do Registo Predial, já que é aquele mesmo direito cuja existência se pretende apurar na ação. Consequentemente, afastada a presunção derivada do registo e mantida a incerteza do direito invocado pelo justificante, a este compete provar os factos constitutivos do seu direito.³⁵

4.2. O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 1/2008

Em virtude desta controvérsia, o Supremo Tribunal de Justiça uniformizou jurisprudência, por Acórdão de Uniformização de Jurisprudência de 4 de dezembro de 2007 (relator Azevedo Ramos), Proc. 07A2464, publicado com o n.º 1/2008, no sentido de que: “Na ação de impugnação de escritura de justificação notarial prevista nos artigos 116.º, n.º 1, do Código do Registo Predial e 89.º e 101.º do Código do Notariado, tendo sido **os réus que nela afirmaram a aquisição**, por usucapião, do direito de propriedade sobre um imóvel, inscrito definitivamente no registo, a seu favor, com base nessa escritura, **incumbe-lhes a prova dos factos constitutivos do seu direito, sem poderem beneficiar da presunção do registo decorrente do artigo 7.º do Código do Registo Predial**”³⁶ [negrito nosso]. O Tribunal propugnou, assim, pela segunda orientação, fundamentando o acórdão nos seguintes termos:

- (1) Em primeiro lugar, pesou a desconfiança suscitada pela escritura de justificação notarial como meio de titulação de factos sujeitos a registo e as

³⁴ Porque “sendo embora a escritura um documento com força probatória plena, esta limita-se ao que foi perccionado pelo notário – ou seja, à emissão das declarações que dela constam como feitas pelos interessados e pelos declarantes –, não abrangendo a veracidade das declarações por ele atestadas como efetivamente produzidas” – STJ 19-mar.-2002 (RIBEIRO COELHO), Proc. 02A197.

³⁵ STJ 24-jun.-2004 (LUCAS COELHO), Proc. 03B3843; STJ 25-out.-2005 (AZEVEDO RAMOS), Proc. 05A2709; STJ 21-fev.-2006 (FERNANDES MAGALHÃES), Proc. 06A073; STJ 14-nov.-2006 (SILVA SALAZAR), Proc. 06A3486.

³⁶ Estava em discussão no caso *sub judice* o direito de propriedade, mas a decisão tem alcance relativamente ao registo de aquisição de quaisquer direitos reais de gozo.

- suspeitas de falsas declarações relativamente ao justificante, salientando o Tribunal que “a escritura de justificação notarial não oferece cabais garantias de segurança e de correspondência com a realidade, potenciando, mesmo, a sua utilização fraudulenta e permitindo que o justificante dela se sirva para titular direitos que não possui, com lesão de direitos de terceiros. Efetivamente, trata-se de uma forma especial de titular direitos sobre imóveis, para efeito de descrição na Conservatória do Registo Predial, baseada em declarações dos próprios interessados, embora confirmadas por três declarantes, em que a fraude é possível e simples de executar”;
- (2) Em segundo lugar, o Tribunal argumentou que “a justificação notarial não constitui ato translativo, pressupondo sempre, no caso de invocação de usucapião, uma sequência de atos a ela conducentes, que podem ser impugnados, antes ou depois de ser efetuado o registo, com base naquela escritura. É que (...) o artigo 101.º, n.º 1, do Cód. do Notariado, não fixa qualquer prazo para a propositura da ação de impugnação do facto justificado”;
- (3) E em terceiro lugar, entendeu o Tribunal que “a impugnação da escritura de justificação significa a impugnação dos factos com base nos quais foi celebrado o registo, [pelo que] a impugnação desses factos, traduzida na alegação da sua não verificação ou da sua não correspondência com a realidade, não pode deixar de abalar a credibilidade do registo e a sua eficácia prevista no artigo 7.º, do Cód. Reg. Predial (...). Daí que, impugnada a escritura com base na qual foi lavrado o registo, por impugnado também se tem de haver esse mesmo registo, não podendo valer contra o impugnante a referida presunção, que é precisamente a presunção de que existe um direito cuja existência é posta em causa através da ação de impugnação”.

A decisão não foi unânime, e conta com sete declarações de voto, o que antecipa a fragilidade da argumentação apresentada e da posição assumida.

4.3. *A jurisprudência depois de 2008 até à atualidade*

Em momento ulterior, admitiu-se, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de julho de 2015³⁷, ser jurisprudência consolidada, aquela em que

³⁷ STJ 9-jul.-2015 (MARTINS DE SOUSA), Proc. 448/09.5TCFUN.L1.S1.

“o titular inscrito com base em facto aquisitivo – v.g., situação de usucapião – titulado por escritura de justificação notarial tem o encargo probatório de demonstrar a aquisição e validade do seu direito, não beneficiando da presunção de titularidade registal emergente do artigo 7.º do CRP”.

Desde então e até à atualidade, esta é a jurisprudência dominante. Neste sentido, STJ 10-jan.-2023 (Ferreira Lopes), Proc. 583/19.1T8FAR.E1.S1; STJ 10-mai.-2020 (Maria João Vaz Tomé), Proc. 47/07.6TVPR.T.P1.S1; STJ 11-abr.-2019 (Ilídio Sacarrão Martins), Proc. 68/14.2TBPTS.L1.S1; TRP 22-nov.-2021 (Manuel Domingos Fernandes), Proc. 3128/19.0T8PRT.P1; TRL 23-jan.-2020 (Eleonora Viegas), Proc. 6192/19.8T8LRS.L1-8; TRL 30-abr.-2015 (Maria José Mouro), Proc. 699/13.8TVLSB.L1-2; TRC 17-mar.-2022 (Alberto Ruço), Proc. 348/19.0T8PCV.C1; TRC 27-abr.-2021 (Isaías Pádua), Proc. 711/17.1T8CTB.C1; TRG 29-set.-2022 (Alcides Rodrigues), Proc. 81/20.0T8VFL.G1; TRG 23-jun.-2021 (António Figueiredo de Almeida), Proc. 4279/17.0T8GMR.G1; TRE 25-jun.-2020 (Maria João Sousa e Faro), Proc. 1493/19.8T8FAR; TRE 08-fev.-2018 (Tomé Ramião), Proc. 17/3.5TBTNV-A.E1.³⁸

5. Análise crítica do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 1/2008

A orientação do Supremo Tribunal de Justiça foi acolhida por Isabel Pereira Mendes³⁹, José Luís Ramos⁴⁰ e Rui Pinto Duarte⁴¹, que também entendem que a justificação notarial não oferece cabais garantias de segurança e de correspondência com a realidade, devendo o justificante provar os factos constitutivos do seu direito. Para José Luís Ramos, a escritura de justificação notarial, assentando exclusivamente nas declarações do próprio interessado, sem qualquer controlo ou contraditório, apenas prova aquilo que os justificantes declararam e que a autoridade refere como praticado, baseando-se em perceções e não em provas. Com efeito, sendo a fraude relativamente simples de executar, admitir que a presunção de titularidade do direito se aplique nestes casos, contribuiria

³⁸ Acessíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

³⁹ ISABEL PEREIRA MENDES, *Código do Registo Predial – Anotado e Comentado com Diplomas Conexos*, 17.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2009, p. 183.

⁴⁰ JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Manual de Direitos Reais*, 3.ª edição, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2022, p. 321.

⁴¹ RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 4.ª Edição revista e aumentada, Cascais: Principia, 2020, pp. 250-251.

para certificar atitudes dolosas e fraudulentas, suscetíveis de abalar a segurança jurídica que o registo predial deve valorar e acautelar. Já Rui Pinto Duarte reforça que, sendo o registo em causa feito com base na escritura de justificação notarial, a impugnação da mesma significa a impugnação dos factos com base nos quais foi celebrado o registo e essa impugnação, traduzida na alegação da não verificação dos factos referidos na escritura, não pode deixar de abalar a credibilidade do registo e a sua eficácia presuntiva.

José Alberto Vieira⁴², José Lebre de Freitas⁴³, Maria Clara Sottomayor⁴⁴, Isabel Galdes e Olga Gomes⁴⁵, Mónica Jardim⁴⁶ e Rui Ataíde⁴⁷ defendem a opinião contrária à orientação jurisprudencial dominante, no sentido de que, nas ações de impugnação de escritura de justificação notarial, o justificante deve beneficiar da presunção do artigo 7.º, do Código do Registo Predial. Julgamos que estes Autores têm razão. Vejamos porquê.

Em primeiro lugar, o argumento segundo o qual a escritura de justificação notarial não oferece cabais garantias de segurança e de correspondência com a realidade, não procede. Este argumento ataca diretamente a própria justificação notarial enquanto meio de documentar factos jurídicos não escritos, reduzindo o seu valor probatório. A justificação notarial, por ter fonte legal, coloca-se legitimamente ao lado de qualquer outro modo legítimo de titulação na ordem jurídica portuguesa, devendo a inscrição registal produzir o mesmo efeito presuntivo em todas as situações, e não pode ser desvalorizada ou diminuída no seu alcance somente porque se presta a uma utilização fraudulenta. Na verdade, não se trata de um expediente forjado por particulares para obstar à impossibilidade do registo de um facto que, por força do seu regime jurídico, não aparece titulado por escrito, mas de um instituto normativamente consagrado com a força de lei para propiciar ao adquirente do direito a ultrapassagem desse entrave, permitindo-lhe registar o facto aquisitivo respetivo sem ter de recorrer à via judicial, árdua, lenta e dispendiosa. Deste modo, o Tribunal não pode partir de um preconceito valorativo negativo de desconfiança em relação à generalidade

⁴² JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Registo de usucapião titulada por escritura de justificação notarial e presunção de titularidade do direito, Anotação ao AUJ n.º 1/2008, de 04-12-2007»..., p. 42.

⁴³ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, «Justificação notarial: nulidade e registo»..., pp. 253-254.

⁴⁴ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «O papel da jurisprudência nos efeitos do registo predial», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 409.

⁴⁵ ISABEL FERREIRA QUELHAS GERALDES e OLGA MARIA BARRETO GOMES, *Justificação Relativa ao Trato Sucessivo – Escritura de justificação/processo de justificação registal*..., p. 170.

⁴⁶ MÓNICA JARDIM, «A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade»..., p. 455.

⁴⁷ RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Estudos de Registo Predial*..., p. 42.

dos cidadãos que recorrem a este expediente, enfraquecendo a credibilidade da justificação notarial enquanto meio de documentar factos jurídicos.⁴⁸

Além disso, convém ressaltar que a lei submete a escritura de justificação notarial a uma pluralidade de exigências e diligências e estipula sanções para os outorgantes que não observem o cumprimento da lei, nos artigos 89.º a 101.º, do Código do Notariado.⁴⁹ A lei exige que o interessado, na sua declaração, especifique a causa da sua aquisição e refira as razões que o impossibilitam de a comprovar pelos meios normais (n.º 1 do artigo 89.º); que a declaração seja confirmada por três testemunhas e que o notário só admita como declarantes pessoas com idoneidade para tal (artigo 96.º); que seja feita uma advertência ao justificante e às testemunhas de que incorrerão nas penalidades correspondentes ao crime de falsas declarações perante oficial público se prestarem ou confirmarem declarações falsas (artigo 97.º); que a escritura de justificação seja instruída com os documentos referidos no artigo 98.º; que nos casos de reatamento do trato sucessivo ou de estabelecimento de novo trato, seja notificado previamente o titular inscrito, dando-lhe a possibilidade de reagir e só depois, se este não quiser ou não puder reagir, é que poderá ser feita a justificação (artigo 99.º) – por isso, também não se pode afirmar que o contraditório não é garantido; que a escritura de justificação seja publicada num jornal por meio de extrato do seu conteúdo (artigo 100.º) e que a certidão da escritura só seja passada decorridos 30 dias sobre a data em que o extrato for publicado, se nesse prazo não for recebida comunicação da pendência de impugnação (n.º 2 do artigo 101.º).

Em segundo lugar, o argumento relativo à ausência de prazo para a propositura da ação de impugnação de escritura de justificação notarial também não procede e nem se concebe a sua pertinência, porque qualquer facto jurídico pode ser impugnado antes ou depois do seu registo. É uma possibilidade que não se traduz numa especificidade atinente à escritura de justificação notarial. Esta pode ser impugnada antes de decorrido o prazo de 30 dias do n.º 2 do artigo 101.º, do Código do Notariado, paralisando a feitura do registo definitivo; ou após aquele prazo, não impedindo que o justificante inscreva o seu direito no registo predial.⁵⁰

⁴⁸ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Registo de usucapião titulada por escritura de justificação notarial e presunção de titularidade do direito, Anotação ao AUJ n.º 1/2008, de 04-12-2007»..., pp. 39-41 e MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «O papel da jurisprudência nos efeitos do registo predial»..., p. 403.

⁴⁹ ISABEL FERREIRA QUELHAS GERALDES e OLGA MARIA BARRETO GOMES, *Justificação Relativa ao Trato Sucessivo – Escritura de justificação/processo de justificação registal...*, p. 177.

⁵⁰ ISABEL FERREIRA QUELHAS GERALDES e OLGA MARIA BARRETO GOMES, *Justificação Relativa ao Trato Sucessivo – Escritura de justificação/processo de justificação registal...*, pp. 174 e 179.

Em terceiro lugar, o argumento segundo o qual o registo não pode gerar a presunção, uma vez que foi feito exatamente com base na escritura de justificação notarial impugnada, também não procede. Este argumento põe em causa o efeito presuntivo do registo quando promovido a partir de uma justificação notarial, porque, primeiro, se assim fosse, então sempre que um título formal que tivesse viabilizado o registo definitivo fosse impugnado, ter-se-ia de afirmar, em coerência, que o registo não gera a presunção do artigo 7.º, do Código do Registo Predial, porquanto a credibilidade do registo foi posta em causa; segundo, porque, após o registo definitivo, a escritura de justificação notarial, precisamente porque cumpriu na íntegra o seu fim, deixa de assumir relevância e o importante passa a ser o facto justificado e registado; e porque, se o registo não pode gerar a presunção, então o n.º 2 do artigo 101.º, do Código do Notariado, esvazia-se de conteúdo útil. Se, com ou sem registo, o justificante nunca beneficia das presunções decorrentes do registo, então não existe razão para a lei exigir o decurso daquele prazo.⁵¹ Este argumento introduz, assim, uma dicotomia probatória no contexto da aplicação do artigo 7.º, do Código do Registo Predial: se a inscrição registal da aquisição se faz com base num facto titulado por justificação notarial, o beneficiário do registo não goza da presunção de titularidade, enquanto em todos os outros casos, a presunção mantém o seu âmbito de aplicação. Com efeito, retirar ao registo definitivo do direito justificado o efeito presuntivo relativamente à titularidade do direito inscrito, afasta também o especial valor da escritura de justificação notarial como documento autêntico, que faz prova plena do facto jurídico que titula (cfr. n.º 2 do artigo 363.º e n.º 1 do artigo 371.º, ambos do Código Civil).⁵²

E, por último, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça não respeita os critérios hermenêuticos de interpretação versados no artigo 9.º, do Código Civil. Segundo RUI ATAÍDE, “o Supremo Tribunal de Justiça restringiu o âmbito literal de aplicação do artigo 7.º, sem em momento algum demonstrar, com base nos elementos extra literais, designadamente, o elemento sistemático e o teleológico, que o legislador disse mais do que queria, tal como é imposto pelos fundamentos comuns que legitimam a interpretação restritiva”⁵³.

⁵¹ ISABEL FERREIRA QUELHAS GERALDES e OLGA MARIA BARRETO GOMES, *Justificação Relativa ao Tratado Sucessivo – Escritura de justificação/processo de justificação registal...*, p. 173 e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Registo de usucapião titulada por escritura de justificação notarial e presunção de titularidade do direito, Anotação ao AUJ n.º 1/2008, de 04-12-2007»..., p. 40.

⁵² JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Registo de usucapião titulada por escritura de justificação notarial e presunção de titularidade do direito, Anotação ao AUJ n.º 1/2008, de 04-12-2007»..., p. 39 e MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «O papel da jurisprudência nos efeitos do registo predial»..., p. 403.

⁵³ RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Estudos de Registo Predial...*, p. 42.

Interpretemos, então, o artigo 7.º, do Código do Registo Predial, com a finalidade de saber se cabem ou não no âmbito da presunção registal, os registos feitos com base na justificação notarial.

Tendo por base a construção dogmática de Miguel Teixeira de Sousa, a interpretação é correta, não se estiver de acordo com a vontade do legislador, mas antes se observar as regras definidas no artigo 9.º, do Código Civil. Para tal, há que considerar como elementos da interpretação, o elemento literal (respeitante ao sentido da letra da lei), o elemento histórico (referido ao momento em que a lei foi produzida), o elemento sistemático (referido ao enquadramento sistemático da lei) e o elemento teleológico (respeitante à finalidade da lei). Pretende-se encontrar o espírito da lei a partir da sua letra com base na sua história, na sua sistemática e na sua teleologia (cfr. n.º 1 do artigo 9.º, do Código Civil).⁵⁴

O elemento literal respeita à estrutura gramatical da lei considerada na totalidade do seu enunciado (dimensão sintática) e refere-se ao significado das palavras utilizadas na lei no contexto da sua estrutura (dimensão semântica).⁵⁵ Da letra do artigo 7.º – “*O registo definitivo constitui presunção de que o direito existe e pertence ao titular inscrito, nos precisos termos em que o registo o define.*” –, resulta estarmos perante uma presunção que tem existência a partir do momento em que haja o registo definitivo. Ou seja, a partir desse momento, o titular do registo definitivo beneficia da presunção de que o direito existe e lhe pertence, nos precisos termos em que o registo o define. Literalmente, não existe qualquer referência ao documento que serve de base ao registo, nem qualquer outra limitação. É, por isso, irrelevante a natureza do título que lhe serve de base, uma vez que a lei não distingue consoante o título registado seja uma escritura pública que titula um contrato ou uma escritura pública autorizada por um processo de justificação notarial⁵⁶. Este significado literal fornece apenas uma hipótese de interpretação, devendo agora reconstruir-se o pensamento legislativo através dos elementos não literais.⁵⁷

O elemento histórico respeita à justificação da fonte, isto é, saber o que motivou a produção da fonte, nomeadamente que factos levaram o legislador a produzir uma lei sobre uma determinada matéria e que necessidades eram satisfeitas pela fonte no momento da sua produção. Deve considerar-se a situa-

⁵⁴ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 347, p. 349.

⁵⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito...*, p. 352.

⁵⁶ ISABEL FERREIRA QUELHAS GERALDES e OLGA MARIA BARRETO GOMES, *Justificação Relativa ao Trato Sucessivo – Escritura de justificação/processo de justificação registal...*, p. 173 e MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «O papel da jurisprudência nos efeitos do registo predial»..., p. 409.

⁵⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito...*, p. 357.

ção social e jurídica existente no momento da formação da lei, bem como a intenção do legislador que produziu a lei.⁵⁸ Apesar de não ser possível encontrar exposições oficiais de motivos, trabalhos preparatórios ou anteprojetos, a verdade é que desde a primeira legislação no sistema jurídico português, nenhum limite foi imposto à presunção derivada do registo, nem mesmo quando surgiu a justificação notarial pelo Decreto-Lei n.º 40.603, de 18 de maio de 1956. Deste modo, não se pode sobrepor um juízo ou preconceito judicial à ponderação efetuada pelo legislador entre os eventuais perigos do processo de justificação notarial e os benefícios dele decorrentes, ponderação essa que, desde a origem histórica do instituto, fez prevalecer necessidades práticas da titulação de factos com vista ao seu ingresso no registo sobre os riscos de fraude, considerados mais remotos. Os processos de justificação foram evoluindo no sentido de desjudicialização e de um progressivo alargamento e simplificação, sinal de que o legislador avaliou de forma positiva o seu funcionamento e importância prática para fazer ingressar no registo todos os prédios.⁵⁹

O elemento sistemático impõe que a lei seja interpretada no respetivo ambiente sistemático, pelo que o significado a atribuir à lei deve ser o que melhor se harmonize com o respetivo subsistema (preceitos da mesma fonte) e com o sistema jurídico.⁶⁰ Neste caso, resulta do regime jurídico da nulidade e do cancelamento do registo (cfr. artigos 13.º, 16.º e n.º 1 do artigo 17.º, do Código do Registo Predial) que tanto a simples impugnação de facto registado e justificado, como a impugnação do registo propriamente dito não afetam o efeito presuntivo do artigo 7.º, do Código do Registo Predial, enquanto o registo não for cancelado. O que quer dizer que o efeito presuntivo do registo, mesmo de registo nulo, se mantém nos seus precisos termos até vir a ser cancelado com base em decisão judicial com trânsito em julgado, que julgue a ação procedente e, conseqüentemente, seja reconhecida uma situação jurídica distinta da publicitada pelo registo.⁶¹ Resulta ainda do n.º 1 do artigo 8.º, do Código do Registo Predial, que a impugnação dos factos registados não gera o cancelamento do registo *ipso facto*, mas apenas presume o pedido de cancelamento do registo.

Por último, o elemento teleológico procura determinar quais os objetivos que a lei pode prosseguir e qual a finalidade que justifica a vigência da lei,

⁵⁸ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito...*, p. 357.

⁵⁹ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «O papel da jurisprudência nos efeitos do registo predial»..., p. 402, p. 406.

⁶⁰ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito...*, p. 360.

⁶¹ ISABEL FERREIRA QUELHAS GERALDES e OLGA MARIA BARRETO GOMES, *Justificação Relativa ao Trato Sucessivo – Escritura de justificação/processo de justificação registal...*, pp. 168-171, p. 179.

atendendo ao ambiente socioeconómico, político e cultural em que a fonte é interpretada.⁶² Ora, a presunção do artigo 7.º, do Código do Registo Predial, visa proteger a credibilidade do registo e a publicidade que dele decorre, permitindo que quem regista o direito beneficie da presunção de que é titular desse direito. Em termos práticos, torna mais efetiva a oponibilidade *erga omnes* do direito real (cfr. artigo 5.º, do Código do Registo Predial), que foi obtida ou consolidada através do correspondente registo. O fundamento desta presunção prende-se precisamente com o princípio da legitimação consagrado no artigo 9.º, e com o princípio do trato sucessivo previsto no artigo 34.º, ambos do Código do Registo Predial.⁶³ Na verdade, quando existe falta de documento e, conseqüentemente, de registo, a justificação notarial é o meio indicado para permitir o acesso ao registo, aproximando a realidade material e a realidade registal e indo ao encontro do que se presume. Se o problema fosse só a justificação notarial, decerto que o legislador já teria limitado a presunção.

Conclui-se, em face do exposto, que o legislador não disse mais do que queria dizer e que a interpretação restritiva do artigo 7.º, do Código do Registo Predial, seguida pelo Supremo Tribunal de Justiça não encontra “*na letra da lei um mínimo de correspondência verbal*” (cfr. n.º 2 do artigo 9.º, do Código Civil) e não tem em conta a presunção de que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados e consagrou as soluções mais acertadas (cfr. n.º 3 do artigo 9.º, do Código Civil). Com efeito, no âmbito da presunção registal cabem os registos feitos com base na justificação notarial, pelo que não se deve distinguir o que o legislador não distingue, pois tal significa desvirtuar o alcance e a finalidade social de um procedimento consagrado pelo legislador para obter a coincidência entre a realidade registal e a realidade material⁶⁴.

6. Conclusão

Os processos de justificação têm sido, desde a sua criação, um meio com uma função social importante, destacando-se a justificação notarial que se tem revelado um instrumento útil e prático num país onde se verifica um número significativo de prédios não inscritos e de situações possessórias públicas e duradouras. O recurso à justificação notarial tem contribuído para a democratização do acesso à propriedade, para o aumento da propriedade registada e para a

⁶² MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito...*, pp. 366-367, p. 369.

⁶³ ISABEL FERREIRA QUELHAS GERALDES e OLGA MARIA BARRETO GOMES, *Justificação Relativa ao Trato Sucessivo – Escritura de justificação/processo de justificação registal...*, pp. 167-168, p. 179.

⁶⁴ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «O papel da jurisprudência nos efeitos do registo predial»..., p. 409.

coincidência entre a realidade material e a realidade registal, elementos fundamentais para a concretização dos interesses dos particulares e para a segurança do tráfego jurídico e circulação de bens.⁶⁵

A consagração pelo legislador da justificação notarial como meio de titular factos jurídicos revelou-se um benefício para os particulares, facilitando e simplificando o acesso ao registo. No entanto, esses mesmos particulares, quando demandados em sede de ação de impugnação da sua escritura de justificação notarial, viam-se confrontados com uma instabilidade jurisprudencial no que concerne à interpretação do artigo 7.º, do Código do Registo Predial. Ora se entendia que cabia ao impugnante o ónus de provar que o justificante não era o titular do direito justificado, ora se entendia que era ónus do justificante provar os factos constitutivos do seu direito.

O Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 1/2008, acabou por sufragar a segunda interpretação, valendo-se de a escritura de justificação notarial não oferecer cabais garantias de segurança e de correspondência com a realidade, das suspeitas de falsas declarações relativamente ao justificante, da ausência de prazo para a propositura da ação de impugnação de escritura de justificação notarial e de o registo não poder gerar a presunção, uma vez que foi feito exatamente com base na escritura de justificação notarial impugnada.

Deve realçar-se a importância do registo definitivo e dos seus efeitos substantivos, não existindo razão alguma que justifique a alteração da regra relativa às presunções registais decorrentes do artigo 7.º, do Código do Registo Predial. De facto, os argumentos que o Supremo Tribunal de Justiça utiliza para fundamentar a sua posição são frágeis e colocam em causa a unidade do sistema jurídico, introduzindo novos elementos jurídicos na ordem jurídica registal. Como se observou, afastar a presunção de titularidade do direito consagrada no artigo 7.º, do Código do Registo Predial, em sede de ação de impugnação de escritura de justificação notarial, traduz-se, à margem da lei, numa exceção ao efeito presuntivo do registo, que tem como consequências nefastas a desvalorização da fé pública dos registos com base em escritura de justificação notarial e o enfraquecimento do valor probatório da escritura de justificação notarial. Mas, mais importante, descredibiliza a justificação notarial enquanto meio de documentar factos jurídicos.

Deste modo, a interpretação restritiva seguida pelo Supremo Tribunal de Justiça não merece acolhimento, pois da interpretação do artigo 7.º, do Código

⁶⁵ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «O papel da jurisprudência nos efeitos do registo predial»..., pp. 407-408.

do Registo Predial, resulta que quer o elemento literal, quer os elementos não literais, não sustentam esse resultado.

Em resposta à questão inicialmente colocada, a interpretação conforme o espírito da lei é a de atribuir também a presunção ao justificante de uma escritura de justificação notarial. Julgamos, por isso, que, numa ação de impugnação de escritura de justificação notarial, o justificante deve beneficiar da presunção do artigo 7.º, do Código do Registo Predial, cabendo a quem impugna o facto registado a prova de que a titularidade não existe na esfera jurídica do titular inscrito.

Referências bibliográficas

- ARAÚJO, António Magro Borges de, *Prática Notarial*, 4.ª Edição revista e actualizada, Coimbra: Almedina, 2003.
- ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *Estudos de Registo Predial*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017.
- DUARTE, Rui Pinto, *Curso de Direitos Reais*, 4.ª Edição revista e aumentada, Cascais: Principia, 2020.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª Edição, Lisboa: Quid Juris, 2009.
- FERREIRINHA, Fernando Neto, *Manual de Direito Notarial – Teoria e Prática*, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2019.
- FREITAS, José Lebre de, «Justificação notarial: nulidade e registo», in (coord.) AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; ALMEIDA, Marta Tavares de, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, 249-267.
- GERALDES, Isabel Ferreira Quelhas e GOMES, Olga Maria Barreto, *Justificação Relativa ao Trato Sucessivo – Escritura de justificação/processo de justificação registal*, Coimbra: Almedina, 2017.
- GUERREIRO, José Augusto Mouteira, *Ensaio sobre a Problemática da Titulação e do Registo à Luz do Direito Português*, Coimbra: Editora, 2014.
- *Temas de Registos e de Notariado*, Coimbra: Almedina, 2010.
- JARDIM, Mónica, «A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade», *Escritos de Direito Notarial e Registral*, Coimbra: Almedina, 2017, 385-458.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Direitos Reais*, 10.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2022.
- LOPES, Joaquim de Seabra, *Direito dos Registos e do Notariado*, 11.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2020.
- MENDES, Isabel Pereira, *Código do Registo Predial – Anotado e Comentado com Diplomas Conexos*, 17.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2009.

- RAMOS, José Luís Bonifácio, *Manual de Direitos Reais*, 3.^a edição, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2022.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara, «O papel da jurisprudência nos efeitos do registo predial», in AAVV. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra: Almedina, 2012, 369-410.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2018.
- VIEIRA, José Alberto, «Registo de usucapião titulada por escritura de justificação notarial e presunção de titularidade do direito, Anotação ao AUJ n.º 1/2008, de 04-12-2007», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 24, outubro/dezembro de 2008, 21-42.

A Grundnorm e o problema da fundamentação última da normatividade jurídica

The Grundnorm and the problem of ultimate justification of legal normativity

JOÃO MARCELO BRITO DA SILVA*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Kelsen e o problema da normatividade jurídica. 3. A Grundnorm e o trilema de Münchhausen. 4. A herança kantiana de Kelsen. 5. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo apresentar a contribuição da Grundnorm enquanto formulação teórica kelseniana para a fundamentação última de validade do sistema de normas de direito positivo. De acordo com tal visão, torna-se imprescindível compreender o papel desempenhado pela Grundnorm na teoria jurídica de Kelsen e, posteriormente, como a tal formulação teórica contribui para a possível objeção levantada pelo Trilema de Münchhausen. Orientando-se pela distinção entre proposições fáticas e proposições normativas, assim como salientou David Hume em sua obra Tratado da Natureza Humana, bem como pela separação conceitual entre direito e moral, conclui-se ao fim pela herança kantiana de Kelsen, o que faz com que em última análise a Grundnorm obtenha sua força normativa do imperativo categórico kantiano.

PALAVRAS-CHAVE: Grundnorm. Fundamentação. Trilema de Münchhausen. Normatividade. Hans Kelsen.

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Farias Brito. Mestrando em Ciências Histórico-Jurídicas, especialidade de Teoria do Direito, pela Universidade de Lisboa. Membro da ABRAFI. Autor de livro e artigos jurídicos. Advogado. E-mail: joao.marcelo.b.silva@gmail.com.

ABSTRACT: The present work has the objective of presenting a contribution to the Grundnorm as a kelsenian theoretical formulation towards the ultimate foundation of validity of a legal system of positive law. According to that notion, it is indispensable to comprehend the role played by the Grundnorm in the Kelsen's legal theory and, consequently, to how that theoretical formulation contributes to reject the possible objection of the Münchhausen's Trilema. Oriented by David Hume's distinction of factual propositions and normative ones, so it is conceded that the conceptual separation between law and morality, it is concluded at its end by Kelsen's Kantian heritage, which makes that the Grundnorm in ultimate instance obtains its normative force from the Kantian categorical imperative.

KEYWORDS: Grundnorm. Foundation. Münchhausen's Trilema. Normativity. Hans Kelsen.

1. Introdução **

A Grundnorm desempenha um papel importante na teoria kelseniana no que toca à possibilidade de fundamentação última do sistema jurídico. Esta possibilidade de fundamentação última dá-se do seguinte modo. Tendo como ponto de partida a pressuposição de que o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser outra norma esta por sua vez de hierarquia superior, tem-se diante de Kelsen um problema do *regressus ad infinitum* ao qual Kelsen utiliza-se do recurso teórico da Grundnorm para que se dê um ponto de parada ao ponto de partida iniciado pela norma jurídica de menor hierarquia no ordenamento jurídico.

A este ponto de partida atribui Kelsen à *Grundnorm* o caráter de pressuposto lógico de abertura do ordenamento jurídico. No entanto, argumenta-se no presente trabalho por uma revisão da função desempenhada pela Grundnorm na teoria kelseniana para defender a posição de que, ao se utilizar da propositura teórica do trilema de Münchhausen formulado por Hans Albert e do problema de fundamentação última, e.g., validade, de qualquer sistema de conhecimento humano, seja ela metafísica, lógico-analítica ou hermenêutica, a norma fundamental de Kelsen desempenha um papel de abertura do sistema jurídico não

** O presente artigo é fruto de trabalho realizado sob a regência da Senhora Professora Doutora Cate-drática Maria Fernanda Santos Martins Palma Pereira como requisito para aprovação no seminário de Teoria da Justiça e o Problema da Verdade do ano letivo curricular 2020/2021 do Mestrado em Direito e Ciência Jurídica.

como pressuposto lógico-hipotético, senão antes como pressuposto transcendental, e.g., *a priori*, de fundamentação da razão prática.

Não obstante isso, a Grundnorm possui notável herança kantiana no que toca à sua força normativa ser representada dentro do neokantismo pelo imperativo categórico kantiano, o que, na terminologia kantiana, deriva de um juízo sintético *a priori*, ou, em outras palavras, corresponde a uma lei da razão prática fundamentada racionalmente.

2. Kelsen e o problema da normatividade jurídica

Seres humanos são seres gregários e a vida humana em conjunto pressupõe a formação de instituições que possam regular a vida em conjunto. Um exemplo dessas instituições é o Estado o qual se tem por bem definir aqui como a instituição política manifestada a partir da vontade política de um povo. Outra instituição social de especial relevo para a regulação da vida humana em sociedade é o direito. O direito regula a vida humana em sociedade de tal forma que se apresenta como uma realidade normativa da própria sociedade. Especialmente nesse ponto, o de que o direito é uma instituição social e que possui como fim regular a vida intersubjetiva em sociedade é que se tentará delinear alguns apontamentos iniciais sobre o pensamento jurídico de Kelsen. Neste sentido, o propósito da teoria pura do direito é servir como uma teoria geral do direito positivo. Neste sentido, Ebenstein (1971) afirma que Kelsen seguindo a tradição kantiana de filosofia tentou fazer com o direito o que Kant havia feito com as ciências naturais, i.e., possibilitar por meio de categorias transcendentais humanas, v.g., espaço, tempo e causalidade, causa e efeito, todo o conhecimento do mundo sensível.

Por isso, o pensamento jurídico de Kelsen ganha especial relevo quando da apresentação de seu contributo para o estudo geral do direito positivo, eis que quando da apresentação de uma teoria pura do direito se pode notar que tal se propõe a uma análise estrutural do direito positivo¹. Isso se evidencia na medida em que o projeto de uma tal teoria se aviva com o objetivo do estudo do direito positivado e válido. Com este objetivo em mente, v.g., o de estabelecer uma teoria geral do direito positivo, Kelsen se debruça sobre o postulado

¹ Por direito positivo, entende-se o direito posto, positivado, por uma autoridade legalmente competente, o que implica afirmar que o direito positivo é o direito criado por mãos humanas e não aquele ditado pela natureza em frontal oposição à doutrina do direito natural. Apenas a título de nota, uma diferença patente da doutrina do direito natural e a doutrina do direito positivo é precisamente a identificação entre direito e justiça por aquela e a distinção feita entre a justiça e o direito por esta.

da pureza metodológica de sua teoria. Tal postulado vindica ser um divisor de águas no sentido de que sirva à teoria pura do direito como delimitador de uma ciência do direito objetivo. Portanto, a teoria pura do direito é pura no sentido de que todo o direito é purificado de qualquer coisa que não guarda relação com seu objeto, a norma jurídica expressa pela proposição normativa.

Wenn sie sich als eine »reine« Lehre vom Recht bezeichnet, so darum, weil sie eine nur auf das Recht gerichtete Erkenntnis sicherstellen und weil sie aus dieser Erkenntnis alles ausscheiden möchte, was nicht zu dem exakt als Recht bestimmten Gegenstand gehört. Das heißt: Sie will die Rechtswissenschaft von allen ihr fremden Elementen befreien. Es scheint eine Selbstverständlichkeit zu sein. (Kelsen, 1934, p. 1).

Conforme citado anteriormente, a pureza metodológica da teoria kelseniana reside justamente de se extrair tudo que venha a ser alheio ao objeto de estudo do direito sob um ponto de vista científico². Isso implica dizer que o direito passa a ser entendido e definido abstratamente como um sistema coercivo de normas. A este sistema coercivo de normas é que corresponde o objeto da teoria pura do direito. Isso significa que independente de tempo e espaço há um elemento que possibilita ao direito ser identificado como direito. Tal elemento é a capacidade de o direito se utilizar da coerção como uma técnica social para impor sua vontade perante os demais. Esta figura de linguagem significa que o direito faz uso da coerção como elemento constitutivo de seu ser, o que o diferencia de outros dois tipos de instituições normativas que regulam o comportamento humano: a religião e a moral. Pois enquanto o direito é coercitivo, a religião e a moral são voluntárias. Uma objeção poderia ser levantada no sentido de que haveria uma contradição no uso da força do direito para se evitar a força.

O direito, então, é precisamente uma técnica social para promover a paz dentro de uma comunidade política desde que cada um de seus membros abdique de usar a força, também entendida como violência ou coerção, contra seus próximos. O direito é monopolista da força, e, neste sentido, o Estado também o é, visto que é dele se originam as normas jurídicas. Segundo Kelsen (1941, p. 81), “Law is order according to which the use of force is forbidden only as a delict, that is, as a condition, but is allowed as a sanction, that is, as a

² A justiça, por exemplo, não pertence ao objeto de uma tal ciência do direito positivo na medida em que Kelsen considera ser ela determinada por critérios últimos subjetivos, o que impossibilitaria seu conhecimento científico pelo jurista, posto que somente se pode fazer ciência do que é objetivo e não do subjetivo.

consequence”.³ O direito positivo criado, estabelecido pelo humano a partir de um ato vontade, a legislação, possui uma característica em que lhe permeia por inteiro, quer seja a de que somente as normas criadas em conformidade com uma norma anterior podem ser entendidas como parte integrante do sistema jurídico de um Estado. Surge, então, a gênese do que se pode entender como *Grundnorm*.

No mesmo sentido, a questão referente à diferença entre o mundo normativo e o mundo factual de modo que se tentará explicar a impossibilidade de derivação de um juízo normativo a partir de um juízo factual ou descritivo. Faz-se alusão ao dito anteriormente em relação à barreira intransponível entre o mundo normativo e o mundo descritivo, v.g., entre o mundo das normas e o mundo dos fatos, alude-se à Lei de Hume a qual reza que o mundo normativo está diametralmente dissociado do mundo factual, ou seja, o mundo normativo e o mundo factual representam dois conceitos distintos e incomunicáveis. A esta tal diferença corresponde uma impossibilidade de derivação de proposições Aristóteles já havia mencionado o princípio da lógica clássica expresso na impossibilidade de se realizar a *metabasis eis allo genos*, i.e., a mudança de um gênero para outro no curso da argumentação de um silogismo.

One cannot, therefore, prove anything by crossing from another genus – e.g. something geometrical by arithmetic. For there are three things in demonstration: one, what is being demonstrated, the conclusion (tis is what belongs to some genus in itself); one, the axioms (axioms are the things on which the demonstration depends); third, the underlying genus of which the demonstration makes clear the attributes and what is accidental to it in itself. (Aristotle, 1984, Posterior Analytics I, 7, 75^a38-75^b1).

A Lei de Hume, assim entendida, preconiza a impossibilidade de derivação de juízos normativos de meros juízos descritivos. De acordo com tal asserção, juízos factuais só podem ser originadas de juízos factuais, e, de igual forma, juízos normativos só podem ser originados de outros juízos normativos. A isto

³ A título de nota, diz-se que a questão de se saber da necessidade do direito comunga da mesma questão de se saber da necessidade do Estado. Ambos são cogentes, e, neste sentido, a autoridade política perfaz-se em autoridade jurídica. Neste sentido, a autoridade do direito é, no mínimo, relacionada à autoridade do Estado. A ausência do direito resultaria na ausência do Estado, por sua via. Apenas os anarquistas sonham com a ausência do Estado, o que inevitavelmente levá-los-á à ausência do direito, é dizer, uma sociedade totalmente livre de coerção. No entanto, entende-se aqui que a mera possibilidade de haver conflitos, faz jus à necessidade de autoridade política, e, consequência de possibilidade de existência do direito como instrumento de pacificação social.

se chama a barreira intransponível, ou barreira metodológica, entre juízos descritivos e juízos normativos. Portanto, num primeiro momento da presente argumentação, faz-se necessário analisar a famosa passagem⁴ em que David Hume trata da controvérsia da possibilidade ou não de derivação de proposições normativas a partir de proposições meramente descritivas.

I cannot forbear adding to these reasonings an observation, which may, perhaps, be found of some importance. In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, *is*, and *is not*, I met with no proposition that is not connected with an *ought*, or an *ought not*. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this *ought*, or *ought not*, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shou'd be observ'd and explain'd; and at the same time that a reason shou'd be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the reader; and am persuaded, that this small attention wou'd subvert all the vulgar system of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceiv'd by reason. (Hume, 2000, p. 302, grifos no original).

Dessarte, dada a existência da barreira intransponível entre o mundo normativo e o factual, ou, caso se prefira chamar, entre o mundo do dever ser e o mundo do ser, faz-se necessário esclarecer que a partir de juízos factuais apenas podem se originar outros juízos factuais e a partir de juízos normativos apenas podem se originar outros juízos normativos. A isto chama-se de dualismo metodológico. Isto não é suficiente, no entanto, para caracterizar o pensamento kelseniano. Soma-se a isto que as proposições factuais são regidas pelo princípio da causalidade enquanto que proposições normativas são regidas pelo princípio da imputação.

Como exemplo do que se acabou de mencionar, pode-se citar que as leis que formam as ciências da natureza, ou ciências naturais, são leis que descrevem a realidade de modo que tais descrições se dão na forma de proposições descritivas, estas, por sua vez, regendo-se pelo princípio da causalidade expresso na

⁴ Cf. HUME. David. *Treatise of Human Nature*. Oxford University Press.

seguinte afirmação: dado A, logo B. Por sua vez, as ciências sociais regem-se pelo princípio da imputação expresso na seguinte afirmação: dado A, deve-se seguir B. Neste sentido, é possível afirmar que a validade de um argumento descrito se dá na medida em que se tendo premissas verdadeiras, i.e., representativas da realidade, é possível inferir conclusões igualmente verdadeiras. Por sua vez, uma proposição normativa possui sua validade atestada pelo fato de a) pertencer a determinado sistema normativo e ii) em decorrência de “a”, poder ser derivada logicamente de uma proposição normativa imediatamente de hierarquia superior a sua.

Portanto, em linhas gerais, a validade de um argumento seja descritivo ou normativo reside provisoriamente no que se pode chamar de licitude de inferência de uma premissa para outra, seja ela descritiva ou normativa. E, portanto, O problema da normatividade do direito diz respeito ao fundamento de validade de suas proposições normativas. Um contraponto à teoria de Kelsen é a feita por Hart no sentido de que este elabora uma teoria da norma de reconhecimento capaz de diferenciar o direito do não direito. Assim, a validade de uma norma jurídica da qual no vocabulário hartiano somente existem regras no direito depende da existência de uma segunda regra, nomeadamente uma regra de reconhecimento.

Contra a teoria da *Grundnorm* insurge-se Hart ao propor que ao invés de uma norma fundamental capaz de atestar a validade normativa de todo o sistema jurídico e permitir que todas as demais normas possam ser derivadas a partir desta mesma norma o fundamento de normatividade de um sistema jurídico deve recair sobre uma tal regra de reconhecimento. Propõe o autor inglês que tal teoria da *Grundnorm* na verdade obscurece a questão acerca da validade do sistema normativo. Hart compreende o sistema jurídico como que um sistema em que vigoram simultaneamente regras primárias e secundárias. As regras primárias são responsáveis pela regulação do comportamento humano de modo a regula-lo. Por óbvio que tal regulação somente pode tomar a forma de uma permissão, proibição ou regulação propriamente dita no sentido em que é permitido que se aja desde que preenchidos os requisitos legais para tanto. As regras secundárias, por sua vez, visam a servir como meio de modificação do sistema legal previamente esposado por meio de regras de mudança, assim como um meio de permitir a judicatura para que se possa aplicar o direito por meio de regras de judicatura, e, por fim, uma regra de reconhecimento que permita aos oficiais ou agentes do Estado distinguir o direito do não direito.

Um regra de reconhecimento é a reposta de Hart para o problema da fundamentação última da validade do direito. Hart, diferentemente de Kelsen, entende que o fundamento de validade de um ordenamento jurídico depende, em última instância, de uma regra secundária de reconhecimento, ou sim-

plesmente regra de reconhecimento, a qual tem por característica delimitar o direito do não direito. Desta feita, o direito é separado do não direito por meio da regra de reconhecimento. Em que pese se entende como crítica direta ao pensamento kelseniano e sua formulação teórica da *Grundnorm* Hart proporciona importante meio de contestação do que entende ser a inviabilidade de uma fundamentação última normativa com base apenas na derivação lógica de uma norma de outra norma.

Some writers, who have emphasized the legal ultimacy of the rule of recognition have expressed this by saying that, whereas the legal validity of other rules of the system can be demonstrated by reference to it, its own validity cannot be demonstrated but is 'assumed' or 'postulated' or is a 'hypothesis'. This may, however, be seriously misleading. Statements of legal validity made about particular rules in the day-to-day life of legal system whether by judges, lawyers, or ordinary citizens do indeed carry with them certain presuppositions. They are internal statements of law expressing the point of view of those who accept the rule of recognition of the system and, as such, leave unstated much that could be stated in external statements of fact about the system. (Hart, 2012, p. 108).

Hart (2012) entende que existem duas condições mínimas e necessárias para a existência de um sistema jurídico. De um lado, pode-se dizer que um Sistema jurídico é composto de regras que visam a regular o comportamento humano de modo que estas regras são geralmente obedecidas, ou seguidas, pela população presente em determinado território onde vigora determinado sistema jurídico, e, além disso, suas regras de reconhecimento as quais especificam o critério de validade jurídica, adjudicação e alteração dos textos normativos são de igual forma aceitas e seguidas, ou seja, possuem eficácia perante os agentes do Estado.

Ao findar deste primeiro capítulo, tem-se por explicado o papel da *Grundnorm* e sua importância para a fundação da normatividade jurídica. Partindo-se da constatação da impossibilidade de derivação de proposições normativas a partir de proposições descritivas por meio da Lei de Hume já expressa de certo modo pelo dito aristotélico da impossibilidade de se performar a *metabasis eis allo genos* é que se constrói a presente problemática a ser resolvida no próximo capítulo, a saber, como é possível fundamentar a *Grundnorm*.

3. A *Grundnorm* e o trilema de Münchhausen

O propósito deste capítulo é o de estabelecer a natureza e as condições de possibilidade da *Grundnorm* na teoria kelseniana. Kelsen, preocupado com

o problema da fundamentação última da normatividade⁵ jurídica, lança mão da teoria da *Grundnorm* como artifício teórico para fundamentar a normatividade, e, portanto, a obrigação dos sujeitos de direito de obedecerem o direito. Ademais, o postulado da pureza metodológica de Kelsen não admite que se fundamente a normatividade na natureza nem em fatos. O problema da fundamentação ou justificação do conhecimento apresenta-se como o problema central da epistemologia de modo geral e, em particular, da epistemologia jurídica especialmente quando se trata de apresentar um fundamento para a normatividade jurídica, eis que se está ciente através da Lei de Hume e da distinção entre ser, *sein*, e, dever, *sollen*, que de proposições descritivas não se pode derivar proposições normativas.

Em continuidade com o retro apresentado, o direito pode ser entendido, ainda, de acordo em relação com a facticidade e em relação com a moralidade. Em relação com a facticidade, duas possibilidades surgem, a saber, a tese normativa a qual defende que o direito seja entendido como que separado da facticidade e a tese da normatividade a qual defende a posição de que o direito seja explicado em termos de separação dos fatos. Ainda assim, há duas outras posições desta vez em relação ao direito e a moral. A tese não separatista defende que o direito seja entendido como que de forma conjunta com a moral e a tese separatista defende que o direito que seja entendido em termos de sua separação com a moral. Dentro da matriz que surge das interrelações entre as relações entre direito e facticidade e direito e moral surgem respectivamente três possibilidades, visto que uma está excluída, quer seja a interrelação entre a tese factual a tese não separatista. Portanto, as opções que se seguem são da seguinte ordem: a) direito natural de acordo com a tese normativa e a tese não separatista, b) tese do positivismo jurídico empírico de acordo com a tese separatista e a tese factual, e, por fim, c) a própria tese do normativismo jurídico kelseniano.

Atento a isso, é que se deve ter em mente que a existência da *Grundnorm* passa a ser de fundamental importância, eis que há uma necessária relação entre ela e a o trilema de Münchhausen. Isso porque a *Grundnorm* propõe-se a servir como um fundamento último de validade do ordenamento jurídico ao passo que o trilema de Münchhausen representa uma prisão em que se encontra toda e qualquer pessoa que busque dar um fundamento último ao conhecimento.

⁵ Apenas a título de nota, a origem da palavra “norma” advém do latim e foi primeiramente usada pelo arquiteto romano Vitruvius para designar um instrumento reto com o qual era possível fazer ângulos retos, mas que também significava o próprio ângulo reto. No entanto, depois deste primeiro uso, Cícero Neste sentido, Cf. PAULSON, Stanley L. Der Normativismus Hans Kelsens. **Juristenzeitung**, p. 529-536, 2006.

Kelsen preocupa-se em saber o que mantém a unidade de um sistema ou ordenamento jurídico diante da multiplicidade de normas que tal apresenta.

Eine Vielheit von Normen bildet eine Einheit, ein System, eine Ordnung, wenn ihre Geltung auf eine einzige Norm als letzten Grund dieser Geltung zurückgeführt werden kann. Diese Grundnorm konstituiert als die gemeinsame Quelle die Einheit in der Vielheit aller Ordnung bildenden Normen. Und daß ihre Geltung auf die – diese Ordnung konstituierende – Grundnorm zurückgeführt werden kann. (Kelsen, 1934, p. 63).

Não à toa, a *Grundnorm* exerce fundamental importância na caracterização do conjunto de normas não apenas como normas esparsas, mas como um ordenamento jurídico próprio. O próprio papel de unidade do ordenamento jurídico. No entanto, a *Grundnorm* precisa superar a prisão do trilema de Münchhausen exposta por Hans Albert.⁶ Mencionada prisão compreende o processo de fundamentação última do conhecimento humano expresso notadamente em um trilema. Mencionada prisão epistemológica dá-se do seguinte modo a partir do trilema de Münchhausen em que se apresenta o problema da fundação racional de justificação do conhecimento humano expresso no regresso ao infinito, círculo lógico e na suspensão arbitrária ou parada dogmática do processo justificatório é que se insurge Kelsen e sua *Grundnorm* para conferir a justificação necessária para o fundamento de normatividade do ordenamento jurídico em geral.

If however, our principle is to be taken seriously, the following problem arises at once: if one demands a justification for *everything*, one must also demand a justification for the knowledge to which one has referred back the views requiring foundation. This leads to a situation with three alternatives: to a trilemma which appears unacceptable: in other words, to a trilemma which, in view of the analogy existing between our problem and one which that celebrated and mendacious baron one had to solve, I should like to call the *Münchhausen trilemma*. For, obviously, one must choose here between 1. an infinite regress, which seems to arise from the necessity to go further and further back in the search for foundations, and which, since it is impossible, affords no secure basis; 2. a logical circle in the deduction, which arises because, in the process of justification, statements are used which were characterized before as in need of foundation, so that they can provide no secure basis; and, finally, 3. the *breaking-off of the*

⁶ ALBERT, Hans. **Treatise on Critical Reason**. 1. ed. New Jersey: Princeton University Press, 1985.

process at a particular point, which, admittedly, can always be done in principle, but involves an arbitrary suspension of the principle of sufficient justification. (ALBERT, 1985, p. 18, grifos no original).

Contra a prisão epistemológica exposta pelo trilema de Münchhausen em que se apresenta o problema da fundação racional de justificação do conhecimento humano expresso no regresso ao infinito, círculo lógico e na suspensão arbitrária ou parada dogmática do processo justificatório é que se insurge Kelsen e sua *Grundnorm* para conferir a justificação necessária para o fundamento da normatividade do ordenamento jurídico em geral. O autor vienense postula, então, pela existência de uma norma a qual não é posta por mãos humanas, mas deve ser pressuposta como fundamento de validade do ordenamento jurídico como ordem coativa.

Tendo em vista a impossibilidade de derivação de normas, especialmente jurídicas, a partir de fatos, ou, em outras palavras, face à impossibilidade de conclusões normativas a partir de proposições descritivas, tem-se que o problema da normatividade jurídica precisa ser solucionado buscando-se um fundamento último de validade da mesma. A normatividade jurídica diz respeito ao caráter normativo do direito e sob a perspectiva da validade de seus enunciados normativos diz-se que uma determinada norma jurídica é válida ou não a depender de seu pertencimento a determinado sistema jurídico.

In der Tat will Kelsen, indem er eine hypothetische Grundnorm postuliert – eine Norm, die Allen Normen als Geltungsgrund vorausgesetzt ist, also auch der Verfassung, und deshalb nicht real, sondern nur hypothetisch sein kann –, jedem Weiterfragen nach inhaltlichen Geltungsgrund den Boden entziehen. Dies geschieht freilich nicht willkürlich, sondern Kelsen sucht damit eine Lösung für das Dilemma eines unendlichen Begründungsregresses anzugeben, der sich natürlich auch anders umgehen lässt: Durch Annahme eines naturrechtlichen oder sonstwie unbezweifelbaren Geltungsgründen (auch durch ihn wird an irgendeiner Stelle Durch Setzung einer Norm die Suche nach einem weiteren Geltungsgrund abgebrochen) oder durch Rückführung der Geltung ausschließlich auf die Wirksamkeit. (Sellmann e Demko, 2019, p. 52).

Por fim, a pressuposição da Grundnorm alcança patamar epistemológico singular na teoria de Kelsen, eis que a partir dela é que se fundará todo o arcabouço da teoria pura do direito. Desta feita, tal deve ser compreendida em termos de um juízo sintético a priori a fim de se ver possível a superação do trilema de Münchhausen e a fundação epistemológica do ordenamento jurídico

como um todo. Precisamente tal norma hipotética é que servirá como critério de demarcação do direito e o não direito.⁷

A razão de ser de Grundnorm vir expressa em um juízo sintético a priori reside no fato de que tal se faz como medida apta a superar o trilema de Münchhausen de modo singular, visto que não se está ao mesmo tempo evitando o regresso ao infinito, o argumento circular e a suspensão arbitrária ou domática do argumento em algum ponto de sua justificação.

Para que uma norma fundamental possa ser estabelecida faz-se necessário pensar em uma lei natural nos termos kantianos que a possa preceder para que possa servir de sustento. É necessário resgatar a herança kantiana de Kelsen para que se possa aperceber como a norma fundamental, i.e., *Grundnorm*, tem a ver com a teoria kantiana assim esposada em sua *Die Metaphysik der Sitten*, o que será útil para tecer uma crítica e comparação entre o pensamento de Kant e Kelsen no que toca ao fundamento último de validade do direito. Portanto, o que se segue são tais considerações.

4. A herança kantiana de Kelsen

Ao chegar ao último capítulo deste presente trabalho, apresenta-se uma síntese do que foi exposto até o presente momento. Uma norma jurídica ganha seus *status* de juridicidade quando derivada de outra norma de hierarquia superior, e, neste tocante, surge o problema do regresso ao infinito o qual a Grundnorm almeja resolver ao superar o problema posto pelo trilema de Münchhausen. O que se tentará argumentar aqui é a defesa de que, por mais que a Grundnorm tenha um caráter eminentemente *a priori* à luz da teoria kantiana haja visto seu caráter de norma pressuposta pela ordem jurídica vigente de um dado Estado, há de se considerar a formulação de Hart quando afirma que o fundamento da normatividade jurídica de um dado ordenamento jurídico reside precisamente na aceitação de uma regra de reconhecimento. Somado a isso é que se defenderá de que a normatividade de um ordenamento jurídico em questão é pressuposta na medida em que se é aceita de modo geral pelas pessoas, i.e., as pessoas sujeitas a determinado ordenamento jurídico aceitam se sujeitar à autoridade do direito expressa pela sua normatividade conferindo caráter de ordem que jurídica.

⁷ Kelsen menciona uma distinção entre o ato de cobrar tributos e conseqüentemente o de pagar tais tributos e o ato de entregar dinheiro a um gângster. O primeiro ato deve ser reputado como um ato de direito, eis que amparado por uma exigência legal ao passo que o gângster não tem o amparo da lei para agir de tal forma. Neste sentido, Cf. KELSEN, **Reine Rechtslehre**. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, especialmente primeiro capítulo “Recht und Natur”, item 4, D.

Kelsen e seu pensamento podem ser delimitados como circunscritos ao neokantismo da Escola de Marburgo em contraposição ao da Escola de Baden. Este mais ligado à ciência e a lógica e aquele mais afeito ao historicismo e fenomenologia. Kelsen herdeiro intelectual de Kant separa o direito da apreciação moral ao contrário do que fez Kant com sua *Rechtslehre* e *Tugendlehre*. Kant não separa o direito da apreciação moral, pelo contrário, o interrelaciona com ela de modo a perfazer com que o direito seja identificado com a legítima capacidade de aplicar coerção contra terceiros para se fazer valer sob uma lei universal de liberdade. Do ponto de vista lógico-formal, a teorização da *Grundnorm* serve como artifício teórico por parte de Kelsen na tentativa de separar o direito da moral, eis que com ela pretende-se dar um fundamento último ao direito pelo próprio direito, rejeitando a tematização com a moral.

Eis que a derivação normativa não pode ocorrer a partir de questões de fato, portanto a *Grundnorm* surge como mecanismo argumentativo a favor do fundamento último do sistema normativo a partir do ponto de vista kelseniano. Pergunta-se: como é possível à *Grundnorm* servir como fundamento último de validade do sistema jurídico? No que se segue, apresentar-se-á uma crítica centrada à teoria do fundamento último de validade do direito por parte de Kelsen ao se utilizar da *Grundnorm*. Como sabido, o autor vienense tenta apartar o direito da moral e, neste sentido, utiliza-se da *Grundnorm* como meio de fundamentar o direito no próprio direito. Isto fica claro quando Kelsen entende que derivação de uma norma somente pode ocorrer a partir de outra norma preestabelecida e que tal derivação a fim de evitar o regresso ao infinito deve pressupor a tal norma fundamental como pressuposto lógico transcendental. À pergunta de como saber quando tal norma deve ser tida como pressuposta em determinado ordenamento jurídico, Kelsen responde que tal deve ocorrer quando houver eficácia global dentro do ordenamento jurídico. Desta forma, não se pode, à luz do pensamento kelseniano, pressupor tal norma arbitrariamente.

Will man das Wesen der Grundnorm erkennen, muß man sich vor allem bewußt bleiben, daß sie sich unmittelbar auf eine bestimmte, tatsächliche gesetzte, durch Gewohnheit oder Satzung erzeugt, im großen und ganzen wirksame Verfassung, mittelbar auf die dieser Verfassung gemäß erzeugte, im großen und ganzen Zwangsordnung bezieht, indem sie die Geltung dieser Verfassung und der ihr gemäß erzeugt Zwangsordnung begründet. (Kelsen, 2017, p. 359).

No entanto, como dito anteriormente, Kelsen não consegue purificar sua teoria da sua herança kantiana pelo que se intentará demonstrar a seguir. Kant⁸

⁸ Kant entende que a filosofia desde a Antiguidade grega comporta três divisões dessas divisões não

ao formular sua teoria do direito em sua *Die Metaphysik der Sitten* asseverou que o direito obtém sua normatividade ou obrigatoriedade de segui-lo quando da constatação de que há uma normatividade ética expressa num juízo sintético *a priori*. Neste sentido, o direito, a parte da ética, obtém seu fundamento de normatividade a partir da normatividade ética a qual se dá por meio de um juízo sintético *a priori* por meio dos preceitos da razão humana. Tal afirmação destoa do pensamento de Kelsen, visto que a teoria pura do direito almeja fundamentar o direito no próprio direito apartado de qualquer apreciação moral.

Da meine Absicht hier eigentlich auf die sittliche Weltweisheit gerichtet ist, so schränke ich die vorgelegte Frage nur darauf ein: ob man nicht meine, daß es von der äußersten Notwendigkeit sei, einmal eine reine Moralphilosophie zu bearbeiten, die von allem, was nur empirisch sein mag und zur Anthropologie gehört, völlig gesäubert wäre; denn, daß es eine solche geben müsse, leuchtet von selbst aus der gemeinen Idee der Pflicht und der sittlichen Gesetze ein. Jedermann muß eingestehen, daß ein Gesetz, wenn es moralisch, d. i. als Grund einer Verbindlichkeit, gelten soll, absolute Notwendigkeit bei sich führen müsse; daß das gebot: du sollst nicht lügen, nicht etwa bloß für Menschen gelte, andere vernünftige Wesen sich aber daran nicht zu kehren hätten; und so alle übrige eigentliche Sittengesetze; daß mithin der Grund der Verbindlichkeit hier nicht in der Natur des Menschen, oder den Umständen in der Welt, darin er gesetzt ist, gesucht werden müsse, sondern *a priori* lediglich in Begriffen der reinen Vernunft, und daß jede andere Vorschrift, die sich auf Prinzipien der bloßen Erfahrung gründet, und sogar eine in gewissen Betracht allgemeine Vorschrift, so fern sie sich dem mindesten Teile, vielleicht nur einem Bewegungsgrunde nach, auf empirische Gründe stützt, zwar eine praktische Regel, niemals aber in moralisches Gesetz heißen kann. (Kant, 2019, p. 13).

Ainda assim, a obrigatoriedade de se obedecer ao direito decorre da obrigatoriedade de se obedecer à autoridade política estabelecida dentro do Estado. Mas, se isto é assim, segue-se que deve haver uma normatividade anterior, a qual Kant identifica como uma normatividade natural, e que sirva como meio para se derivar a normatividade jurídica. A normatividade anterior é precisamente a normatividade expressa na lei moral kantiana expressa no imperativo

precisa se desfazer, a saber, a lógica, física e ética. A lógica prima pelas leis do entendimento humano universal e geral a todos os seres racionais. A física trata da filosofia das leis da natureza enquanto a ética trata das leis da liberdade. Enquanto a lógica não possui parte empírica, visto que se a tivesse não seria universalmente válida para todo ser racional, a física e a ética possuem uma base empírica sob a qual podem aplicar seus conhecimentos.

categorico. Não é o objetivo do presente trabalho fazer uma defesa do imperativo categorico ou lei moral kantiana, apenas limita-se a fazer menção a tal lei moral expressa de tal forma e que significa para a teoria da Grundnorm sua verdadeira fundamentação. Desta forma, o direito retira sua instância de validade diretamente da validade da lei moral kantiana.

Es kann also eine äußere Gesetzgebung gedacht werden, die lauter natürlich Gesetze enthielte; alsdenn aber müßte doch ein natürliches Gesetz vorausgeben, welches die Autorität des Gesetzgebers (d. i. die Befugnis, durch seine bloße Willkür andere zu verbinden) begründete. (Kant, 2017, p. 331).

Portanto, a Grundnorm resta caracterizada como o princípio da normatividade jurídica, mas que, ao invés do que pretende Kelsen, defende-se aqui a ideia de que tal não é possível de existir por si só, mas tão somente na medida em que haja uma lei natural anterior, notadamente uma norma que decorra de um juízo sintético a priori nos termos kantianos, eis que somente assim é que a normatividade jurídica restará fundada. De outro modo, não há que se falar em fundamento último da normatividade do direito.

Apenas a título de comparação, Hart diferentemente de Kelsen aborda a questão do pertencimento, i.e., da validade jurídica, a partir do que se convencionou chamar de regra de reconhecimento. Hart difere de Kelsen, portanto, precisamente no que toca à uma regra social, por assim dizer, visto que ela é socialmente reconhecida.

5. Conclusão

A Grundnorm é um artifício utilizado por Hans Kelsen a fim de proceder a uma fundação da normatividade jurídica. À diferença de Hart, Kelsen funda o direito numa norma fundamental, a saber, a Grundnorm ou norma fundamental, a qual tem caráter de norma hipotética. Tal norma fundamental intenta conferir ao direito seu fundamento último de validade normativa. Inobstante isso,

Ao longo do presente trabalho, pôde-se ter em vista que o argumento em prol de uma norma fundamental é decorrência lógica da argumentação de que somente se pode derivar uma norma a partir de outra norma preexistente. A partir disso, surge um problema teórico representado pelo trilema de Münchhausen o qual representa um problema para o fundamento epistemológico normativo do direito. Ora, se para fundamentar é preciso fundamentar de modo que se evite o regresso ao infinito, o argumento circular e a suspensão arbitrá-

ria, o que acaba por gerar uma crença dogmática em algo sem maior razão que permita crer numa fundamentação racional, e.g., uma fundamentação que se proponha a ser justificada em termos de superação do que se pode identificar como dúvida razoável, tem-se o recurso paralelismo entre Kant e Kelsen no que toca especificamente à questão de que Kelsen herdeiro intelectual de Kant lança mão sobre o argumento da Grundnorm com vistas a purificar sua teoria de qualquer interferência moral, o que se mostra inviável haja vista que conforme Kelsen tenta realizar tal purificação moral do direito é justamente esta relação entre direito e moral que permitirá que o direito encontre seu fundamento último de normatividade.

Deste modo, recorre-se à Kant para explicar como se dá tal processo de fundação última da normatividade da moralidade, o que se encontra restrito à formulação do imperativo categórico como exposição perfeita da lei moral. Contanto não é o objetivo do presente trabalho estudar minuciosamente a formulação do imperativo categórico, mas tão somente no que interessa para a compreensão da relação entre direito e moral, tentou-se mostrar tal relação com os escritos de Kant, nomeadamente na sua *Metafísica dos Costumes e Fundamentação à Metafísica dos Costumes*. Em suma, a Grundnorm retira sua força normativa precisamente do juízo sintético a priori kantiano, o qual, de acordo com Kant, é um imperativo racionalmente deduzível.

Referências

- ACCETTI, Carlo Invernizzi. L'idée d'ordre dynamique et la théorie de la Grundnorm. Une interprétation du fondement de la validité du droit chez Hans Kelsen. **Droit et societe**, n. 1, p. 181-199, 2016.
- ALBERT, Hans. **Treatise on critical reason**. 1. ed. New Jersey: Princeton University Press, 1985.
- BULYGIN, Eugenio. An Antimony in Kelsen's Pure Theory of Law. **Ratio Juris**, v. 3, n. 1, p. 29-45, 1990.
- EBENSTEIN, William. The pure theory of law: demythologizing legal thought. **Calif. L. Rev.**, v. 59, p. 617, 1971.
- FRANKENA, William K. The naturalistic fallacy. **Mind**, v. 48, n. 192, p. 464-477, 1939.
- FRIEDMANN, Johannes. Bemerkungen zum Münchhausen-Trilemma. **Erkenntnis**, v. 20, n. 3, p. 329-340, 1983.
- GIANFORMAGGIO, Letizia. Hans Kelsen on the deduction of validity. **Rechtstheorie**, v. 21, p. 181, 1990.
- GOYARD-FABRE, Simone. L'inspiration kantienne de Hans Kelsen. **Revue de Métaphysique et de Morale**, v. 83, n. 2, p. 204-233, 1978.

- GUASTINI, Riccardo. Kelsen on Validity (once more). **Ratio Juris**, vol. 29, n. 3, p. 402-409, 2016.
- HART, H. L. A. **The concept of law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- HELPER, Inácio; STEIN, Leandro Konzen. Kelsen eo trilema de Münchhausen. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, v. 30, n. 58, p. 47-72, 2009.
- HORVÁTH, Karl Rudolf. Das Problem der Rechtsgeltung. **Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie**, v. 36, p. 122-144, 1943.
- HUGHES, Graham. Validity and the basic norm. **Calif. L. Rev.**, v. 59, p. 695, 1971.
- KANT, Immanuel. **Die metaphysik der sitten**. Vol. 8. 18. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 2017.
- KANT, Immanuel. **Grundlegung zur metaphysik der sitten**. Vol. 7. 18. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 2017.
- KELSEN, Hans. (1913). zur Lehre vom öffentlichen rechtsgeschäft. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 31(2/3), 190-249.
- KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law, Its Method and Fundamental Concepts. **LQ Rev.**, v. 50, p. 474, 1934.
- KELSEN, Hans. Causality and imputation. **Ethics**, v. 61, n. 1, p. 1-11, 1950.
- KELSEN, Hans. Der Begriff der Rechtsordnung. **Logique et Analyse**, v. 1, n. 3/4, p. 150-167, 1958.
- KELSEN, Hans. Law, state and justice in the pure theory of law. **Yale LJ**, v. 57, p. 377, 1947.
- KELSEN, Hans. On the basic norm. **Calif. L. Rev.**, v. 47, p. 107, 1959.
- KELSEN, Hans. Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence, The. **Harv. L. Rev.**, v. 55, p. 44, 1941.
- KELSEN, Hans. The law as a specific social technique. **U. Chi. L. Rev.**, v. 9, p. 75, 1941.
- LUHMANN, Niklas. Die Geltung des Rechts. **Rechtstheorie**, v. 22, p. 273, 1991.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. **Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, v. 58, p. 41, 2011.
- MIRANTE, Daniela. Hans Kelsen: ruptura ou continuidade entre a Teoria Pura do Direito e a Teoria Geral das Normas. **Revista Direito e Práxis**, v. 5, n. 1, p. 120-151, 2014.
- NEVES, António Castanheira. O direito como validade: a validade como categoria jurisprudencialista. **R. Fac. Dir.**, vol. 34, n. 2, p. 39-76, 2013.
- NINO, Carlos Santiago. Some confusions around Kelsen's concept of validity. **ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, p. 357-377, 1978.

- OPALEK, Kazimierz; WOLEŃSKI, Jan. Is, ought, and logic. **ARSP: Archiv Für Rechts-Und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, p. 373-385, 1987.
- PAULSON, Stanley L. Der Normativismus Hans Kelsens. **Juristenzeitung**, p. 529-536, 2006.
- PAULSON, Stanley L. On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm. **Ratio Juris**, v. 13, n. 3, p. 279-293, 2000.
- PAULSON, Stanley L. The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law. **Oxford J. Legal Stud.**, v. 12, p. 311, 1992.
- PFORDTEN, Dietmar v. d. Sein, Werten, Sollen. **ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, v. 79, n. 1, p. 48-69, 1993.
- RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. **Am. J. Juris.**, v. 19, p. 94, 1974.
- RAZ, Joseph. Legal validity. **ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, p. 339-353, 1977.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. A norma fundamental da teoria pura do direito à teoria geral das normas. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 8, n. 26, p. 111-135, 2014.
- SPAACK, Torben. Legal positivism, law's normativity, and the normative force of legal justification. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, p. 469-485, 2003.
- SPAACK, Torben. Kelsen and Hart on the Normativity of Law. **PERSPECTIVES ON JURISPRUDENCE: ESSAYS IN HONOUR OF JES BJARUP**, Peter Wahlgren, ed, p. 397-414, 2005.
- STONE, Julius. Mystery and mystique in the basic norm. **The modern law review**, v. 26, n. 1, p. 34-50, 1963.
- STRANGAS, Johannes. Bemerkungen zum Problem der Letztbegründung. **Philosophie et Culture: Actes du XVIIe congrès mondial de philosophie**, v. 4, p. 157-161, 1988.
- TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. A Teoria da Estrutura Hipotética das Normas Jurídicas de Kelsen: características, evolução e balanço de sua Importância. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 121, p. 73-120, 2020.
- VIALA, Alexandre. Le positivisme juridique: Kelsen et l'héritage kantien. **Revue interdisciplinaire d'études juridiques**, v. 67, n. 2, p. 95-117, 2011.
- WINKLER, Gunther. Sein und Sollen. **Rechtstheorie**, v. 10, p. 257, 1979.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Kelsen, the Is-Ought dichotomy and naturalistic fallacy. **Revue Internationale de Philosophie**, p. 508-517, 1981.

Prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo: em especial, os deveres dos advogados

GISELA ALEXANDRA RIBEIRO VASSALO*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Pacote legislativo de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo de 2017: 1.1. Branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo; 1.2. O surgimento do pacote legislativo de 2017; 1.3. Novidades da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto; 1.4. – O polémico conceito do beneficiário efetivo. 2. Relações entre os Advogados e os seus Clientes: 2.1. De jure constituto; 2.2. Impacto da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto; 2.3. De jure condendo. 3. Implicações ao nível do Direito Público: 3.1. Crime de branqueamento; 3.2. Análise das estatísticas oficiais. 4. Novidades do pacote legislativo europeu de 2018. Conclusão, Bibliografia.

Introdução

O estudo de formas eficazes de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo é uma preocupação central de todos os Estados e, em especial, da União Europeia, enquanto organização internacional supranacional.

A Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto corresponde ao diploma legislativo que reveste a maior importância no ordenamento jurídico português na temá-

* Advogada estagiária (aprovada na prova de agregação da Ordem dos Advogados, em processo de transição para Advogada). Licenciada em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, desde 2017. Pós-Graduação Avançada em Direito Bancário, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2019. Mestre em Direito Financeiro e Fiscal, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, desde 2022. Mestrado em Direito Penal, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (na fase da elaboração da dissertação).

tica em causa. A lei em apreço resulta da transposição parcial das Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015 e 2016/2258/UE, do Conselho, de 06 de dezembro de 2016.

Este trabalho académico tem por objetivo a análise do Direito vigente (*de jure constituto*) e a exposição, ainda que, naturalmente, sintética, do Direito que deveria existir nestas matérias (*de jure condendo*), em matéria de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, especialmente no que concerne aos deveres dos Advogados. Consideramos oportuno abordar este tema, dado que existe a ideia de que o sigilo profissional dos Advogados é quase intocável e, na verdade, o Direito Derivado Europeu tem criado uma espécie de derrogação do sigilo profissional, colocando em causa, o alcance e a extensão do sigilo profissional que surge plasmado no Estatuto da Ordem dos Advogados.

Face ao *supra* exposto, iremos dedicar o primeiro capítulo à análise do pacote legislativo de 2017 e o segundo às relações entre os Advogados e os seus clientes. No terceiro capítulo, verificaremos se este pacote legislativo teve resultados na contenção do crime de branqueamento. Por último, dedicaremos um quarto capítulo à menção das novidades do pacote legislativo europeu de 2018.

1. Pacote legislativo de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo de 2017

1.1. Branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo

Antes de procedermos à análise das novidades provenientes do principal diploma do pacote legislativo de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo referente ao ano de 2017, importa clarificarmos os conceitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.

Para efeitos da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, o conceito de branqueamento de capitais é mais amplo do que o crime de branqueamento descrito no ordenamento jurídico-penal português no artigo 368.º-A do Código Penal. Este conceito abrange, em primeira linha, a obtenção de vantagens provenientes da prática de determinados ilícitos criminais, sob qualquer forma de participação, descritos no número 1 do artigo 368.º-A do Código Penal (a título meramente exemplificativo, a fraude fiscal), no número 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro e no artigo 324.º do Código da Propriedade Industrial e os factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de

duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos. Outras realidades abrangidas pelo branqueamento de capitais são a aquisição, a detenção ou a utilização de bens, com conhecimento, no momento da sua receção da sua origem criminosa, assim como, a participação num desses atos criminosos ou associação para praticar esses atos e o aconselhamento ou apoio para a execução de atos criminosos. Isto significa que não é essencial a obtenção de vantagens para estarmos perante obrigações de *non facere* ou de prevenção do branqueamento de capitais, bastando somente o aconselhamento à prática de atividades criminosas ou a detenção de bens, conhecendo a origem ilícita desses mesmos bens, mesmo que não resulte qualquer vantagem dessa atuação, conforme resulta do disposto na alínea j) do número 1 do artigo 2.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

No que concerne à expressão “financiamento do terrorismo”, segundo o disposto no número 1 do artigo 2.º e no número 1 do artigo 5.º-A da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto e na alínea s) do número 1 do artigo 2.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, entende-se que pratica esta atividade qualquer entidade que, por qualquer meio, forneça, recolha ou detenha fundos ou bens suscetíveis de promover a prática de atividades de terrorismo (por exemplo, a prática de crimes contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas). Neste caso, a definição de financiamento do terrorismo para efeitos da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto coincide plenamente com o nosso conceito de ilícito criminal.

Considerando as liberdades inerentes a todos os cidadãos, os princípios constitucionais portugueses (a salientar, os princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e da igualdade) e os direitos humanos em geral, urge dar a devida resposta no combate e na prevenção de eventuais futuros atos de terrorismo e do branqueamento de capitais, identificando para tanto o fluxo de bens ou rendimentos, assim como, a sua origem ilícita¹.

No sentido de colmatar estas falhas do sistema, a União Europeia criou diversas Diretivas e Regulamentos, com o intuito de fomentar a identificação de situações de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, assim como, minimizar os seus riscos, mediante a comunicação de suspeitas neste âmbito.

As Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015 e 2016/2258/UE, do Conselho, de 06 de dezembro de

¹ Sobre o dever de identificação e diligência, GOUVEIA, Jorge Bacelar; PINHEIRO, Júlio Elvas – *Branqueamento de capitais e beneficiário efetivo - Introdução e legislação*. 1.ª edição. Petrony Editora, 2019, pág. 30-33 e SANTOS, Miguel Duarte; SANTOS, Sofia Berberan (colaboradora) – *Prevenção de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo – Guia Prático*. 1.ª edição. Edição GPA academy, 2018, pág. 23-30.

2016 que culminaram na aprovação e entrada em vigor em Portugal da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto contribuíram para uma maior eficácia do cumprimento dos deveres a que as entidades obrigadas estão adstritas.

1.2. *O surgimento do pacote legislativo de 2017*

O pacote legislativo de 2017 de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo veio reforçar os deveres das entidades obrigadas.

Este pacote legislativo de 2017 é composto por quatro leis: Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, Lei n.º 92/2017, de 22 de agosto e Lei n.º 97/2017, de 23 de agosto. As primeiras duas leis serão objeto de análise nos próximos dois subcapítulos.

A Lei n.º 92/2017, de 22 de agosto veio proibir o pagamento em numerário quando se trate de transações que envolvam montantes iguais ou superiores a €3.000,00, na hipótese de ser um sujeito passivo residente em Portugal, conforme dispõe o artigo 2.º da dita lei. Este limite legal será igual a €10.000,00, caso se trate de pessoas singulares que não residam em Portugal e “desde que não atuem na qualidade de empresários ou comerciantes”. De igual forma, a lei em apreço proibiu o pagamento em numerário de impostos cujo montante seja superior a €500,00. A concretização destas operações em violação dos limites legais impostos implica a aplicação de uma coima que pode oscilar entre €180,00 e €4.500,00.

Já a Lei n.º 97/2017, de 23 de agosto diz respeito à aplicação e execução de medidas restritivas aprovadas pela Organização das Nações Unidas ou pela União Europeia e estabelece o regime sancionatório aplicável à violação dessas medidas. Não dedicaremos mais notas a esta lei por revestir menor importância.

Na realidade, o pacote legislativo de 2017 não é extremamente inovador em matéria de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. A primeira Diretiva criada a este propósito pela antiga Comunidade Económica Europeia (CEE) remonta ao ano de 1991 (Diretiva 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de Junho de 1991), visando, na altura, fundamentalmente o combate às vantagens provenientes do tráfico de estupefacientes².

² Vide, MACHADO, Miguel da Câmara (Organizador) – *Regimes da prevenção de branqueamento de capitais e compliance bancário*. 2.ª edição. AAFDL Editora, 2018, pág. 11 e SANTOS, Sofia Berberan (colaboradora) – *Prevenção de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo – Guia Prático*. 1.ª edição. Edição GPA academy, 2018, pág. 12.

No próximo subcapítulo, iremos dedicar breves notas no que concerne aos impactos positivos e negativos da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

1.3. *Novidades da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto*

Como já foi aqui referido, a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto resulta da transposição parcial das Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015 e 2016/2258/UE, do Conselho, de 06 de dezembro de 2016, sendo que estas Diretivas constituem a denominada “quarta geração”³ na prevenção e no combate do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, visando essencialmente alcançar três objetivos: 1.º o alargamento ao combate e à prevenção de “todas as infrações, incluindo os crimes fiscais relacionados com impostos diretos e indiretos” (alínea f) do número 4 do artigo 3.º da Diretiva 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015)⁴, 2.º a extensão à luta contra a corrupção, bem como, a sua prevenção, mediante a enumeração taxativa do que se entende por “pessoa politicamente exposta” (alínea e) do número 4 e número 9 do artigo 3.º da Diretiva 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015) e 3.º aumento da eficácia em geral da aplicação da diretiva, ao detetar antecipadamente e de forma cabal os suspeitos de potenciais operações de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.

Do diploma legislativo referido ressaltam novidades com impacto positivo e outras de impacto negativo de acordo com o sistema jurídico português vigente, que não são de menosprezar.

A principal novidade da lei em apreço prende-se com a passagem das preocupações sociais em torno do beneficiário efetivo para um enquadramento jurídico do mesmo conceito. A Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto cria critérios para identificar os beneficiários efetivos. Neste sentido, podemos dizer que existe um alargamento das entidades obrigadas, ou seja, do âmbito subjetivo, considerando que, por força dos artigos 29.º a 34.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, em conjunto com a Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, passam a existir novas entidades obrigadas. As sociedades para realizarem operações financeiras, abrir contas bancárias e mesmo para não sofrerem sanções acessórias têm o dever de reportar os seus beneficiários efetivos às entidades financeiras em geral

³ Vide, MACHADO, Miguel da Câmara (Organizador) – *Regimes da prevenção de branqueamento de capitais e compliance bancário*. 2.ª edição. AAFDL Editora, 2018, pág. 12.

⁴ Como refere, SALGUEIRO, Ana Cláudia – *Vida judiciária: revista bimensal*, n.º 203 – setembro/outubro de 2017.

para realizarem operações financeiras. De igual modo, qualquer sociedade que venha a ser constituída no futuro terá de declarar os seus beneficiários efetivos na plataforma do Registo Central do Beneficiário Efetivo, assim como, terá o dever de atualizar os dados anualmente e sempre que se verifique qualquer alteração na declaração anteriormente prestada⁵, como veremos oportunamente no próximo subcapítulo.

A Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto especifica dez deveres aplicáveis às entidades financeiras e, com determinadas especificáveis, também aplicáveis às entidades não financeiras⁶, a saber: deveres de controlo, de identificação e de diligência, de comunicação, de abstenção, de recusa, de conservação, de exame, de colaboração, de não divulgação e de formação.

Os deveres em si não comportam uma novidade, porém a concretização dos mesmos com procedimentos próprios e formas de controlo interno, tende a gerar uma aplicação dos deveres francamente mais eficaz, uma vez que, por exemplo, é criada a figura do “responsável pelo cumprimento normativo”, previsto no artigo 16.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto. O responsável pelo cumprimento normativo consiste na designação de uma pessoa singular pertencente à “direção do topo” da pessoa coletiva em causa ou entidade equiparada, ou que, tenha pertencido no passado ou tenha capacidades de gestão reconhecidas pelo seu mérito profissional com estreita ligação a essa entidade obrigada (esta última parte resulta da interpretação da *ratio legis*, limitando-se a lei a mencionar “ou equiparado” a um elemento de direção de topo), capaz de dar o necessário cumprimento ao “quadro normativo em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo”. A falta de designação de um responsável pelo cumprimento normativo constitui uma contraordenação punível para o caso de instituições de crédito ou instituições financeiras, incorrendo em coimas pesadas entre os €50.000,00 e os €5.000.000,00, nos termos do disposto na subalínea i) da alínea a) do artigo 170.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

Outros dois aspetos que consideramos positivos contidos na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto são a criação de dois novos ilícitos criminais, isto é, o crime de divulgação ilegítima de informação (artigo 157.º) e o crime de revelação e favorecimento da descoberta de identidade (158.º) e a consagração da contraordenação de possibilidade de encerramento de estabelecimento (alínea d) do número 1 do artigo 174.º).

⁵ Como refere, CUNHA, Paulo Olavo – *Direito das Sociedades Comerciais*. 7.ª edição. Almedina Editora, 2019, pág. 132.

⁶ Sobre a admissibilidade destes deveres para os Advogados, *vide* o nosso próximo capítulo.

No que concerne aos aspetos negativos da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, destacamos dois: a manutenção da lógica de derrogação do sigilo profissional do Advogado em determinadas circunstâncias em prol da investigação e deteção de práticas de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo e o afastamento do princípio da proibição da *reformatio in pejus*, em processos contraordenacionais, segundo o disposto no artigo 180.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto⁷. Importa ter em atenção que o nosso sistema jurídico português consagra este princípio em matéria contraordenacional, conforme estabelece o artigo 72.º-A do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, na versão atualizada da Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro. Neste sentido, não tem cabimento a abertura de uma exceção para a lógica de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, desprezando, desta forma, os princípios portugueses, em matéria de processos de natureza contraordenacional.

De seguida, abordaremos o conceito de beneficiário efetivo.

1.4. O polémico conceito do beneficiário efetivo

A definição legal da expressão “beneficiário efetivo” e a consagração legal de critérios para a sua identificação surge no contexto do pacote legislativo de 2017 de combate e de prevenção ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Porém, o conceito em si mesmo não é novo, como defende o Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia e o Dr. Júlio Elvas Pinheiro, uma vez que em anterior legislação foi utilizada a expressão “beneficiário último”⁸, a propósito da concessão de crédito por instituições de crédito (mutuante) a certas entidades com sede localizada em ordenamentos jurídicos *offshore*, conforme dispõe o artigo 118.º-A do Regime Jurídico da Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras (RJICSF), aditado pela Lei n.º 28/2009, de 19 de junho. Conforme dispõe esse mesmo preceito jurídico, as concessões de crédito a essas entidades são admissíveis, desde que ocorra uma de duas situações alternativas: ou se determina com precisão o beneficiário último da concessão de crédito ou os ordenamentos jurídicos *offshore* onde as entidades mutuárias têm localizada a sua sede são considerados cooperantes, na medida em que, permitam uma troca de informações adequada.

⁷ Neste sentido, *vide* CUNHA, Paulo de Sá; CALDEIRA, Margarida – *Vida judiciária: revista bimensal*, n.º 203 – setembro/outubro de 2017.

⁸ A este propósito, *vide* GOUVEIA, Jorge Bacelar; PINHEIRO, Júlio Elvas – *Branqueamento de capitais e beneficiário efetivo - Introdução e legislação*. 1.ª edição. Petrony Editora, 2019, pág. 56-62.

Considerando esta primeira aproximação entre os conceitos “beneficiário último” e “beneficiário efetivo”, importa clarificar se existe ou não uma coincidência entre os dois conceitos em apreço. Ora, como é sabido, o Direito regula determinadas situações da vida social que merecem um tratamento jurídico, quer seja para clarificar situações, quer seja para dar resposta a determinados problemas cuja solução legal seja exigível e justificável, prevalecendo sobre a intromissão do Estado na vida dos particulares. Consideramos que a existência social do beneficiário efetivo é na verdade remota⁹, uma vez que através de uma observação empírica da realidade é possível detetar casos de “ocultação de divergência (na vida comercial, económica e financeira) entre a aparência jurídica visível e a respetiva realidade material subjacente”¹⁰. Destacamos alguns fatores suscetíveis de originar esta discrepância, a saber: lógica da existência de “favores” entre amigos e familiares, atribuição de vantagens económicas a terceiro, incremento dos paraísos fiscais com regimes fiscais claramente mais favoráveis e o aumento dos fluxos financeiros internacionais. Posto isto, resulta claro que o conceito de “beneficiário último” é exatamente igual ao conceito de “beneficiário efetivo”, visando localizar a pessoa singular que está por trás da operação financeira ou societária, do negócio jurídico, etc. Concordamos plenamente com o Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia e o Dr. Júlio Elvas Pinheiro ao referirem que a única diferença entre o “beneficiário último” e o “beneficiário efetivo” prende-se com a perspetiva de análise, ou seja, enquanto que a primeira expressão surgiu no contexto da supervisão prudencial, a segunda expressão apareceu no contexto da prevenção e do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo¹¹.

Feita esta primeira nota, passaremos à análise da densificação atribuída ao conceito de beneficiário efetivo, segundo o disposto na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto e na Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto.

Para efeitos do pacote legislativo de 2017 que temos vindo a mencionar, o conceito de “beneficiário efetivo” definido na alínea h) do número 1 do artigo 2.º da Lei n.º 83/2017, de 21 de agosto não se cinge à identificação do beneficiário efetivo das entidades societárias. Como traço essencial ou característico do beneficiário efetivo, diremos que é sempre uma ou mais pessoas singulares que detêm o controlo, direto ou indireto (do capital ou outro tipo de controlo) de

⁹ Conforme refere, GOUVEIA, Jorge Bacelar; PINHEIRO, Júlio Elvas – *Branqueamento de capitais e beneficiário efetivo – Introdução e legislação*. 1.ª edição. Petrony Editora, 2019, pág. 49-56.

¹⁰ *Op. cit.* GOUVEIA, Jorge Bacelar; PINHEIRO, Júlio Elvas – *Branqueamento de capitais e beneficiário efetivo – Introdução e legislação*. 1.ª edição. Petrony Editora, 2019, pág. 53.

¹¹ *vide* GOUVEIA, Jorge Bacelar; PINHEIRO, Júlio Elvas – *Branqueamento de capitais e beneficiário efetivo – Introdução e legislação*. 1.ª edição. Petrony Editora, 2019, pág. 61

uma certa entidade ou fundo e/ou por conta de quem é realizada uma determinada operação ou atividade.

O âmbito subjetivo das entidades obrigadas a proceder à comunicação e registo dos seus beneficiários efetivos na plataforma do Registo Central do Beneficiário Efetivo (RCBE) encontra-se definido no artigo 3.º do anexo da Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, o denominado, Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo, doravante Regime Jurídico do RCBE.

Conforme o disposto nos artigos 5.º, 6.º e 7.º do Regime Jurídico do RCBE, têm legitimidade para proceder à declaração do beneficiário efetivo as entidades obrigadas elencadas no artigo 3.º do mesmo regime jurídico e, em representação das entidades obrigadas, os Advogados, Notários e Solicitadores. A legitimidade para agir em representação das entidades é igualmente extensível aos Contabilistas Certificados nas hipóteses previstas na alínea b) do artigo 7.º do Regime Jurídico do RCBE.

A informação sobre o beneficiário efetivo deve corresponder à verdade e ser completa, cumprindo o disposto nos artigos 8.º a 10.º do Regime Jurídico do RCBE.

Para efeitos do RCBE, a obrigação declarativa de proceder à comunicação de dados relativos ao beneficiário efetivo pode ocorrer de duas formas distintas: presencialmente em qualquer Conservatória do Registo Comercial localizada em Portugal (neste caso, os funcionários públicos irão auxiliar no preenchimento eletrónico assistido no portal do beneficiário efetivo) ou via online, mediante o preenchimento e submissão do formulário eletrónico constante do portal do beneficiário efetivo¹², segundo o disposto no artigo 11.º do Regime Jurídico do RCBE.

Mais concretamente no que concerne às sociedades, o exercício tempestivo da obrigação declarativa em apreço ocorre *ab initio* com o registo da constituição da sociedade cuja aquisição de personalidade jurídica aconteceu no dia 20 de novembro de 2017 ou posteriormente a essa data, nos termos do artigo 25.º e do número 1 do artigo 12.º do Regime Jurídico do RCBE. A informação declarada está sujeita a confirmação anual, mediante o preenchimento de uma declaração anual a ter lugar até ao dia 15 do mês de julho, segundo o disposto no artigo 15.º do Regime Jurídico do RCBE. Qualquer alteração à declaração efetuada deve ser comunicada o mais rapidamente possível, sem ultrapassar o prazo de 30 dias, a contar a partir da data do facto que implicou a alteração, conforme o disposto no número 1 do artigo 14.º do Regime Jurídico do RCBE.

¹² Para consulta ou preenchimento de declaração do beneficiário efetivo, *vide* Portal do RCBE, disponível em <https://rcbe.justica.gov.pt>.

As falsas declarações prestadas pelo declarante dão origem a responsabilidade criminal e civil, de acordo com o artigo 38.º do Regime Jurídico do RCBE.

Já o incumprimento atempado das obrigações declarativas, determina a aplicação de uma ou mais sanções com caráter punitivo¹³ com o intuito de forçar as entidades obrigadas a cumprir as suas obrigações, conforme o disposto nas alíneas do número 1 do artigo 37.º do Regime Jurídico do RCBE.

Tendo em consideração o que antes se expôs, está em causa a luta contra os denominados “testas de ferro”¹⁴, ou seja, entidades que dão a sua cara ao público (aparência jurídica de controlo de uma determinada entidade obrigada), porém, na realidade, os beneficiários efetivos que controlam efetivamente as entidades obrigadas são desconhecidos do povo em geral. Estamos em crer que este tratamento jurídico não resulta de uma verdadeira preocupação do Estado Português em eliminar os testas de ferro, mas tão somente do cumprimento da exigência europeia (ainda que extemporaneamente) de transposição das Diretivas (UE) n.º 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015 e 2016/2258/UE, do Conselho, de 06 de dezembro de 2016 para o ordenamento jurídico português.

2. Relações entre os advogados e os seus clientes

2.1. *De jure constituto*

Conforme dispõe a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, os profissionais do foro jurídico estão sujeitos a determinadas obrigações decorrentes da alínea f) do número 1 do artigo 4.º. Iremos tratar do caso específico dos Advogados.

Os Advogados são entidades não financeiras que prestam serviços de aconselhamento jurídico, acompanhamento e gestão de processos, participando ou assistindo a determinadas “operações”¹⁵. As operações de contratos de compra e venda de bens imóveis (preparação e outorga dos contratos definitivos, incluindo, em nosso entender, a celebração de contratos prévios de reserva de imóvel e contratos promessa de compra e venda que conduzam à celebração dos contratos definitivos), de participações sociais e de abertura e gestão de

¹³ *Vide*, ASCENSÃO, José de Oliveira – *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. 13.ª edição. Almedina Editora, 2017. Reimpressão de 2019, pág. 73-74.

¹⁴ A este propósito, *vide* GOUVEIA, Jorge Bacelar; PINHEIRO, Júlio Elvas – *Branqueamento de capitais e beneficiário efetivo - Introdução e legislação*. 1.ª edição. Petrony Editora, 2019, pág. 49-53.

¹⁵ A expressão “operações” está consagrada no número 2 do artigo 4.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários são algumas das atividades profissionais descritas no número 2 do artigo 4.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, em que atribui ao Advogado determinadas obrigações, com o intuito de colaborar na prevenção e no combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo.

De acordo com a lei ora objeto de análise, em regra, os Advogados estão adstritos ao cumprimento dos deveres mencionados no artigo 11.º¹⁶ (remissão do artigo 74.º para o capítulo IV da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto), concretizados nos artigos 12.º a 61.º e com as necessárias adaptações derivadas da conjugação destes preceitos jurídicos com o artigo 79.º da mesma lei.

Cumprir fazer menção nesta sede ao facto destes deveres não serem uma novidade, dado que todos eles já resultavam da Lei n.º 11/2004, de 27 de março e aplicavam-se aos Advogados, com determinadas especificidades¹⁷.

Se incidirmos a nossa análise no disposto no artigo 79.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, apercebemo-nos de que somente os deveres de comunicação, de abstenção e de colaboração podem ser objeto de limitação, em situações específicas. Resulta do argumento “*a contrario*” que os deveres de controlo, de identificação e diligência, de recusa, de conservação, de exame, de não divulgação e de formação não são objeto de qualquer limitação, devendo ser, a este propósito, respeitado o disposto no capítulo IV da referida lei. O artigo 79.º constitui uma norma especial¹⁸ face às normas jurídicas constantes do capítulo IV, vigorando, o princípio geral de que a Lei especial derroga a Lei geral¹⁹, conforme refere o Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia e o Dr. Júlio Elvas Pinheiro²⁰. Atento o disposto no número 1 do artigo 79.º, sempre que estejam em causa operações consideradas suspeitas (*vide* número 2 do artigo 4.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto) em que o Advogado preste consultas jurídicas, analise determinados processos e defenda ou represente determinado cliente, no âmbito de processos judiciais, o Advogado não está obrigado a comunicar as operações suspeitas ao Departamento Central de Investigação e Ação Penal e à

¹⁶ A este propósito, *vide* o nosso 1.º capítulo, em especial, subcapítulo 1.3.

¹⁷ Como refere, BARBOSA, Bheatriz – *A nova Lei de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo – os deveres específicos do Advogado*, Faculdade de Direito de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2018. Dissertação de Mestrado, pág. 17.

¹⁸ A propósito de “regras especiais” *vide*, ASCENSÃO, José de Oliveira – *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. 13.ª edição. Almedina Editora. 2017. Reimpressão de 2019, pág. 528-529.

¹⁹ Sobre a relação entre as regras gerais e especiais, *vide* ASCENSÃO, José de Oliveira – *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. 13.ª edição. Almedina Editora. 2017. Reimpressão de 2019, pág. 534-538.

²⁰ No sentido da defesa da *lex specialis derogat lex generalis*, *vide* GOUVEIA, Jorge Bacelar; PINHEIRO, Júlio Elvas – *Branqueamento de capitais e beneficiário efetivo - Introdução e legislação*. 1.ª edição. Petrony Editora, 2019, pág. 40.

Unidade de Informação Financeira, doravante DCIAP e UIF, respetivamente. De igual modo, nestas situações, os Advogados não têm de cumprir o dever de abstenção, isto é, de não executar as operações, nem tão pouco têm a obrigação de colaboração com o DCIAP, a UIF, demais autoridades judiciárias e policiais, autoridades setoriais e Autoridade Tributária e Aduaneira (AT).

Posto isto, importa clarificar em que situações o Advogado está obrigado a comunicar as informações de operações suspeitas ao Bastonário da Ordem dos Advogados e a colaborar diretamente com a entidade requerente ou por intermédio da Ordem dos Advogados. A expressão utilizada pelo número 2 do artigo 79.º (“fora das situações previstas no número anterior”) não é isenta de dúvidas. O Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia e o Dr. Júlio Elvas Pinheiro consideram que as certificações de fotocópias, reconhecimento de assinaturas, enquanto atos isolados não cabem neste preceito jurídico, devendo ser feita nesta sede uma Interpretação Restritiva desta norma jurídica, assim como do artigo 56.º da mesma lei²¹. Pese embora compreendermos esta visão, não tendemos a concordar, sob pena de esvaziar a norma jurídica que se pode retirar do número 2 do artigo 79.º. A nosso ver, o que está em causa são três situações. A primeira diz respeito a alguns atos isolados praticados pelos Advogados que não impliquem a análise da situação suspeita, mas que, de forma indireta, os Advogados detetem alguma operação suspeita que não se ligue diretamente com o serviço que estão a prestar. Já a segunda situação tem que ver com a assistência de operações suspeitas, sem qualquer intervenção nas mesmas, cuja assistência derive da relação anterior ou contemporânea de Advogado/cliente. No que diz respeito à terceira situação, pode estar em causa a prestação de aconselhamento jurídico não relacionado com processos judiciais em curso, a propor ou que seja previsível que o cliente intente um processo judicial ou alguém venha a intentar contra o cliente. Para mais fácil compreensão do nosso ponto de vista, iremos concretizar estas duas primeiras situações com dois exemplos práticos. Se estiver em causa uma certificação de fotocópias que será posteriormente usada no âmbito de uma operação de compra e venda, em que Advogado se limita a verificar se o documento apresentado pelo cliente é um original e a extrair desse documento uma simples fotocópia, não corresponde a uma verdadeira análise da situação jurídica do cliente, mas somente a um ato formal e imediato que se entende que o Advogado está dotado da capacidade necessária para o efeito. Nesta hipótese, este profissional deverá recusar a realização de uma certificação de fotocópias caso

²¹ Neste sentido, *vide* GOUVEIA, Jorge Bacelar; PINHEIRO, Júlio Elvas – *Branqueamento de capitais e beneficiário efetivo - Introdução e legislação*. 1.ª edição. Petrony Editora, 2019, pág. 41.

o documento exibido pelo cliente seja uma fotocópia e não um original e esta situação não tem nada a ver com a análise de uma situação jurídica do cliente. Caso o documento apresentado seja um original, o Advogado ao visionar esse mesmo documento pode verificar que existe uma situação ilegal por trás, isto é, por exemplo, uma suspeita de branqueamento de capitais e uma fraude fiscal. Perante esta situação, de acordo com esta lei, o advogado deve comunicar todas as informações que possui relativamente à suspeita daquela operação suscetível de ser concretizada ao Bastonário da Ordem dos Advogados, conforme exige a alínea a) do número 2 do artigo 79.º. Na segunda situação que foi referida cabe, por exemplo, a mera assistência do Advogado à celebração do contrato definitivo de compra e venda, em que não está a representar o cliente, uma vez que quem irá assinar o contrato será o cliente nem o Advogado possui uma procuração para este efeito, todavia, de forma indireta, este profissional tomará conhecimento de pormenores que poderão indiciar uma suspeita de branqueamento de capitais.

Esta segunda situação é de difícil controlo (senão mesmo impossível) por parte da Ordem dos Advogados do cumprimento pelos Advogados do disposto na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto. Já no que concerne à primeira situação, o controlo é igualmente difícil, contudo não é impossível, considerando que, deve ser indicado um interessado e os respetivos dados quando o advogado retira os registos na área reservada da Ordem dos Advogados, sendo certo que mesmo nestas situações não existe a obrigatoriedade de colocar o texto da certificação elaborado e os dados colocados no registo correspondem aos indicados pelo cliente. Acresce que a Ordem dos Advogados não tem recursos humanos suficientes para fazer este controlo diário da quantidade de registos que são retirados nem é exigível que a Ordem dos Advogados cruze estes dados com a DCIAP, a UIF, demais autoridades judiciais e policiais, autoridades setoriais e Autoridade Tributária e Aduaneira (AT), sob pena de se violar constantemente o Estatuto da Ordem dos Advogados e, desta forma, retirar a liberdade, independência e autonomia inerente à própria Ordem dos Advogados, lesando os interesses dos Advogados e dos cidadãos, enquanto clientes dos Advogados.

É nosso entendimento que, na prática, as obrigações derivadas do número 2 do artigo 79.º da lei em apreço constituem meras faculdades para os Advogados, sendo porventura tais comunicações motivadas por razões alheias à profissão e quiçá por motivos mesquinhos de vinganças pessoais que põem em causa a dignidade da profissão da Advocacia.

Feita esta análise do Direito vigente (*de iure constituto*), iremos dedicar no próximo subcapítulo algumas notas a propósito do modo como a Ordem dos Advogados encarou a entrada em vigor da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

2.2. *Impacto da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto*

A Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto entrou em vigor no dia 18 de setembro de 2017, segundo o disposto no artigo 191.º da referida lei. Perante a entrada em vigor dos preceitos jurídicos que contendem com o exercício livre e independente da Advocacia e devido à expectativa que os advogados tinham de uma resposta à altura considerando os princípios deontológicos basilares inerentes à profissão de Advocacia, o atual Bastonário da Ordem dos Advogados, o ilustre senhor Dr. Guilherme Figueiredo, pronunciou-se sobre a presente temática no comunicado de 11 de setembro de 2017²². Em consonância com o comunicado do ilustre Bastonário da Ordem dos Advogados, o Conselho de Deontologia de Lisboa da Ordem dos Advogados, sob proposta do seu presidente, deliberou, no dia 21 de setembro de 2017²³, em sessão plenária, por unanimidade dos seus membros presentes essencialmente o seguinte: desacordo com a introdução de normas jurídicas que violam de forma muito grave diversos princípios resultantes do Estatuto da Ordem dos Advogados e da Constituição da República Portuguesa (nomeadamente, o princípio da independência, da confiança entre Advogado/cliente e o sigilo profissional) e a afirmação de que o Conselho Regional de Lisboa irá desaplicar as normas jurídicas que contendem com estes princípios e em última *ratio* com o acesso ao Direito e aos Tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Atenta a posição do Conselho Regional de Lisboa e o Direito Português vigente, entendemos que deve ser chamada aqui à colação a hierarquia das leis. A Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto é um diploma legislativo que resulta da iniciativa parlamentar que não carece de uma maioria de aprovação qualificada, aplicando-se, neste caso, a regra geral da deliberação mediante a aprovação da lei por maioria relativa, conforme dispõe o número 3 do artigo 116.º da Constituição da República Portuguesa, ou seja, maioria relativa²⁴. O mesmo ocorre com a Lei n.º 145/2015, de 09 de setembro. Importa determinar qual a força jurídica das ditas leis. Ambos os diplomas legislativos resultam da iniciativa parlamentar (Lei formal), de acordo com a alínea c)

²² Comunicado do atual Bastonário da Ordem dos Advogados, de 11 de setembro de 2017, disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/comunicados/2017/comunicado-do-bastonario/>.

²³ Comunicado do Conselho de Deontologia de Lisboa da Ordem dos Advogados, de 21 de setembro de 2017, disponível em https://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31634&idc=492&id_sc=152817&ida=152819.

²⁴ Vide MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional: Atividade constitucional do Estado*. Tomo V. 4.ª edição. Coimbra Editora, 2011, pág. 297-300.

do artigo 161.º da Constituição da República Portuguesa. Chegados a este ponto, ambos os diplomas legislativos aparentam ter a mesma força jurídica, podendo, numa análise apressada ser dito que a lei posterior revoga/derroga a lei anterior. Esta afirmação deve ser feita com cautela, sendo necessário, apurar se o Estatuto da Ordem dos Advogados é ou não uma lei de valor reforçado. Ora, conforme dispõe o número 3 do artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa, existem quatro espécies ou tipos de leis de valor reforçado, a saber: leis orgânicas, leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, leis que por força da Constituição sejam pressuposto normativo necessário de outras leis e leis que por força da Constituição devam ser respeitadas por outras leis. Facilmente se afasta as primeiras três espécies contempladas no preceito jurídico em causa. No que diz respeito à quarta espécie de leis de valor reforçado, a Constituição da República Portuguesa não impõe, direta ou indiretamente, que outras leis ordinárias contemporâneas ou posteriores devam respeitar o Estatuto da Ordem dos Advogados, sendo de afastar a ideia de que a Lei n.º 145/2015, de 09 de setembro seja uma lei de valor reforçado²⁵. Acresce que autores como o Professor Doutor Jorge Miranda e o Professor Doutor Gomes Canotilho não dão como exemplo de leis de valor reforçado o Estatuto da Ordem dos Advogados²⁶. Na verdade, o que sucede é que determinadas normas jurídicas constantes da Lei n.º 145/2015, de 09 de setembro já resultavam indiretamente do disposto nos números 1 e 2 do artigo 20.º, número 3 do artigo 32.º e do artigo 208.º²⁷ da Constituição da República Portuguesa. Neste sentido, consideramos que as normas jurídicas extraídas do disposto no número 1 e 2 do artigo 81.º, artigo 89.º e 97.º do Estatuto da Ordem dos Advogados são normas materialmente constitucionais²⁸, na medida em que os princípios da independência, autonomia técnica, isenção, sigilo profissional do Advogado e confiança do cliente no Advogado sejam interpretados no sentido estritamente ligado a questões ligadas ao patrocínio forense ou mandato forense. O legislador constitucional

²⁵ Diversamente da opinião defendida pelo ilustre senhor Dr. Guilherme Figueiredo (atual Bastonário da Ordem dos Advogados) no comunicado de 11 de setembro de 2017.

²⁶ Vide MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional: Atividade constitucional do Estado*. Tomo V. 4.ª edição. Coimbra Editora, 2011, pág. 379-404 e CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª edição. Almedina Editora, 2018, pág. 781-785.

²⁷ Em sentido ligeiramente distinto, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *Constituição da República Portuguesa Anotada – Tomo III: Organização do Poder Político, Garantia e revisão da Constituição, Disposições finais e transitórias – artigos 202.º a 296.º*. 1.ª edição. Coimbra Editora, 2007, pág. 98-103.

²⁸ Vide MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional: Constituição*. Tomo II. 7.ª edição. Coimbra Editora, 2013, pág. 52-55.

quis proteger este cerne da Advocacia, gozando o advogado das imunidades necessárias à realização da justiça.

No que diz respeito à Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, enquanto diploma legislativo transposto para a ordem jurídica portuguesa, importa atender ao conteúdo do número 4 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa. Considerando o que aí se dispõe, vigora o Primado da União Europeia, porém, as Diretivas da União Europeia não podem ofender os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático.

Esclarecido este ponto, passaremos à análise da conformidade da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto com a nossa Constituição portuguesa. A polémica surge quanto ao dever de comunicação que é imposto ao Advogado pelo número 2 do artigo 79.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto. De facto, a única proteção jurídica do sigilo profissional que é característico da advocacia resulta da consulta jurídica ou análise de situações jurídicas relacionadas com processos forenses que potencialmente poderão ser instaurados ou já em curso e na representação em juízo pelo Advogado, conforme dispõe o número 1 do mesmo preceito jurídico²⁹. Estamos em crer que cabe no número 2 do artigo 79.º da lei em apreço consultas jurídicas prestadas fora do âmbito de questões ligadas a processos judiciais.

Face ao que já dissemos a propósito da proteção constitucional da Advocacia, a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto não ofende a Constituição da República Portuguesa. É de salientar que ao tempo da feitura da nossa Constituição, a realidade era distinta, isto é, hoje em dia, mais pessoas recorrem a Advogados para tratar de questões ligadas ao quotidiano que nada têm que ver com processos judiciais. Porém, existe uma ofensa clara das normas que referimos do Estatuto da Ordem dos Advogados.

Chegados a este ponto, daremos no próximo subcapítulo a nossa visão jurídica quanto a este ponto.

2.3. *De jure condendo*

Embora o legislador constitucional não tenha protegido o sigilo profissional, a independência e autonomia técnica do Advogado em todas as vertentes

²⁹ Em sentido diverso, BARBOSA, Bheatriz – *A nova Lei de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo – os deveres específicos do Advogado*, Faculdade de Direito de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2018. Dissertação de Mestrado, pág. 16, entendendo que, a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto protege toda e qualquer forma de consulta jurídica.

tes possíveis, entendemos que urge realizar uma revisão constitucional neste sentido.

Mais consideramos que a União Europeia desconsiderou a realidade dos seus Estados-Membros, assim como, o papel do Advogado no sistema jurídico europeu, em nome do objetivo de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Não se deve equiparar o Advogado ao Ministério Público e muito menos a uma autoridade judiciária. Sendo certo que o advogado não deve ser conivente com a prática de ilícitos criminais que originam o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo, não se pode, por esta via, promover a lógica do “bufo” ou do “chibo”, como se diz na gíria. Considere-se o caso de um determinado Advogado ter consciência de que o seu cliente praticou efetivamente um crime de branqueamento de capitais que recorre aos seus serviços jurídicos para a prática de um ato diverso ocasional, por exemplo, uma certificação de fotocópias. Neste caso, não faz sentido que o Advogado vá denunciar imediatamente esse seu cliente ao ilustre Bastonário da Ordem dos Advogados, dado que interesses superiores devem prevalecer (nomeadamente, o sigilo profissional e o princípio da confiança do cliente no Advogado), sob pena de retirar todo o prestígio e dignidade da profissão de Advocacia. É de salientar que a confiança do cliente no Advogado é a essência da profissão, construída pelo decurso do tempo e pelas atuações do Advogado, que serão pormenorizadamente analisadas pelo cliente. Outra nota que cumpre aqui realçar prende-se com a diferença visível entre o comportamento dos Advogados somente oficiosos (ou seja, que dedicam a sua profissão exclusivamente à resolução de processos judiciais, cuja nomeação advém do Estado) e os Advogados que são constituídos e que além da resolução de processos judiciais, se dedicam também a consultas jurídicas fora deste âmbito e a dar seguimento a processos extrajudiciais. A realidade social mostra-nos que, em regra, os Advogados oficiosos prezam menos os princípios basilares que regem a nossa profissão liberal, ao passo que, os Advogados não oficiosos realizam esforços no sentido de dignificar a profissão.

Por outro lado, a ideia de uma comunicação pelo ilustre Bastonário da Ordem dos Advogados das informações recebidas pelos Advogados inscritos na Ordem dos Advogados ao DCIAP e à UIF, de forma imediata e “sem filtragem” passa uma imagem extremamente negativa de “pombo-correio”. Como seria expectável, a Ordem dos Advogados não aceita este tratamento.

Além da revisão constitucional com o intuito de dar maior dignidade constitucional ao Advogado e à Advocacia, defendemos que o dever de comunicação no âmbito da prevenção e do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo no que diz respeito a esta profissão liberal deve ser

repensado, alterando a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto. Como sabemos, esta alteração passa pela criação de uma nova Diretiva, que poderá ser criada com base nas recomendações/sugestões levadas pelos Estados-Membros da União Europeia ao Conselho e ao Parlamento Europeu.

3. Implicações ao nível do Direito Público

3.1. *Crime de branqueamento*

Feita a análise do pacote legislativo de 2017 no nosso 1.º capítulo no que concerne à prevenção e ao combate do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, importa verificar qual o impacto no nosso sistema jurídico do crime de branqueamento.

Pois vejamos. Os dois anexos (Figura 1 e Figura 2) abaixo ilustram uma comparação entre estatísticas oficiais de 2017 e de 2018, conforme Relatórios Anuais de Segurança de Interna de 2017 e de 2018, respetivamente.

Crimes económico financeiros	Inquéritos iniciados	Inquéritos findos			
		Por acusação	Por arquivamento	Por outros motivos	Total
Abuso de poder	606	14	317	184	515
Branqueamento de capitais	206	13	101	98	212

(Figura 1 – RASI 2017)

Crimes económico financeiros	Inquéritos iniciados	Inquéritos findos				Total
		Acusação	Arquivamento	Outros motivos	Suspensão provida	
Abuso de poder	618	21	369	184	3	577
Branqueamento	112	11	36	36	0	83

(Figura 2 – RASI 2018)

3.2. *Análise das estatísticas oficiais*

Ao confrontarmos as estatísticas, é possível constatar que ocorreu um decréscimo acentuado (cerca de 46%) do número de inquéritos iniciados no ano de 2018 relativamente a 2017.

Não podemos concluir que existe uma redução da criminalidade, mas tão somente que o número de queixas/denúncias apresentadas pelo crime de branqueamento de capitais foi superior em 2017 face a 2018. Aliás, a favor da não conclusão pela redução da criminalidade corrobora o número de inquiridos que foram findos no ano de 2017 por arquivamento (101) que resulta da insuficiência da prova ou inexistência da mesma contra certo agente pela prática do crime de branqueamento de capitais.

4. Novidades do pacote legislativo europeu de 2018

As normas emanadas da União Europeia em matéria de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo estão em constante mutação, mediante sucessivas alterações, recorrendo, para o efeito, a Diretivas e a Regulamentos Europeus.

No final de 2017, Portugal transpôs parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 06 de dezembro de 2016. Em meados e no final do ano de 2018, foram publicadas as Diretivas (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018 e 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, que vieram alterar as Diretivas anteriores acabadas de transpor por Portugal.

De igual modo, foi publicado o Regulamento (UE) 2018/1672 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, com o objetivo de estabelecer um sistema de controlo das somas em dinheiro líquido que entram ou saem da União Europeia, conforme previsto na Diretiva (UE) 2015/849. Essencialmente, o Regulamento de 2018/1672 vem criar as seguintes obrigações: declaração de dinheiro líquido acompanhado (com transportador) e divulgação de dinheiro líquido não acompanhado (sem transportador), desde que, em ambos os casos, esteja em causa a entrada ou saída da União Europeia e um valor igual ou superior a €10.000,00 (dez mil euros), conforme está previsto nos artigos 3.º e 4.º. É de salientar que dinheiro líquido abrange, por exemplo, cheques e livranças com omissão do nome do beneficiário, de acordo com as alíneas a), c) d) do número 1 do artigo 2.º. Este regulamento é aplicável a todos os Estados-Membros da União Europeia a partir de 03 de junho de 2021, com exceção do artigo 16.º que irá ser aplicado a partir de 02 de dezembro de 2018.

No que concerne ao combate do branqueamento de capitais através do recurso ao Direito Penal surgiu a Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018. A competência da União Europeia para legislar sobre o branqueamento de capitais, procedendo à defini-

ção desta infração penal e respetivas sanções advém do artigo 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Tendemos a não concordar com esta intromissão da União Europeia em matérias sensíveis ligadas à liberdade das pessoas em matéria de definição da infração penal do branqueamento de capitais e das respetivas sanções. Confessamos que percebemos melhor as razões ligadas à intervenção da União Europeia em certos domínios, como, por exemplo, o terrorismo, tráfico de droga e de armas. A verdade é que o crime subjacente ao crime branqueamento de capitais pode não afetar minimamente a humanidade em geral e, neste sentido, não se percebe a necessidade de intervenção da União Europeia no domínio da eventual pequena criminalidade como pode ser o branqueamento de capitais em determinadas circunstâncias, por exemplo, na hipótese do crime subjacente ser a fraude fiscal, lesiva dos Estados-Membros, porém desligada da proteção da humanidade e da dignidade da pessoa humana. Acresce a isto a circunstância do crime de branqueamento de capitais ser de natureza estritamente patrimonial. Atento o conteúdo da Diretiva em apreço, conforme dispõe o artigo 4.º, ressalta a ideia da punibilidade da tentativa, pelo que, Portugal, em cumprimento da Diretiva, deverá aditar um número ao artigo 368.º-A do Código Penal em que se preveja a punibilidade da tentativa aplicável a todos os casos de branqueamento de capitais independentemente da pena que seria concretamente aplicada se o crime fosse consumado. Os Estados-Membros da União Europeia devem transpor a Diretiva em causa até 03 de dezembro de 2020.

Uma última Diretiva que nos cumpre mencionar é a Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, que alterou a Diretiva (UE) 2015/849. A Diretiva (UE) 2018/843 reforça a ideia da necessidade de reduzir os riscos provenientes do anonimato estreitamente ligado a transações de moeda virtual. De acordo com o Considerando 53 da Diretiva em apreço, as UIF nacionais deverão obter informações que permitam associar os endereços de moeda virtual à identidade do detentor de moedas virtuais, uma vez que os utilizadores podem realizar operações sem prestadores.

Há quem questione a necessidade de sucessivas alterações às Diretivas em matéria de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo³⁰. De facto, urge questionar até que ponto as avaliações apressadas das eficácias das medidas das Diretivas são efetuadas corretamente e se não estamos antes perante um tipo social que não está ainda “perfeitamente consolidado”³¹. Pese

³⁰ Como menciona, SALGUEIRO, Ana Cláudia – *Vida judiciária: revista bimensal*, n.º 203 –setembro/outubro de 2017.

³¹ LEITE, Inês Ferreira – *NE (IDEM) BIS IN IDEM – Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento – Volume II*. 1.ª edição. AAFDL Editora, 2016, pág. 103.

embora a evolução das tecnologias que permitem a descoberta de novas formas de branquear, não se deve, por este motivo, criar sucessivas Diretivas Europeias para combater estes problemas. A verdade é que cada Diretiva Europeia exige adaptação dos Estados-Membros e dos cidadãos europeus.

5. Conclusão

O tema da prevenção e do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo tem implicações em vários domínios do Direito, que se estende desde o Direito Privado ao Direito Público. De igual modo, o âmbito subjetivo das Diretivas Europeias sobre esta temática é muito dispar, abrangendo, quer sejam entidades financeiras, quer sejam entidades não financeiras.

Para o Advogado, a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto reveste uma importância acrescida, uma vez que contende com princípios basilares relativos ao exercício da sua profissão liberal. Como tivemos oportunidade de referir, a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto não viola a nossa Constituição da República Portuguesa, todavia é incompatível com o Estatuto da Ordem dos Advogados. Na ótica do Estatuto, o sigilo profissional, a independência, a autonomia técnica do Advogado e o princípio da confiança do cliente no Advogado apresentam um sentido mais amplo do que a visão consagrada no artigo 208.º da Constituição da República Portuguesa. Bem sabemos que a possibilidade de se vir a realizar uma revisão constitucional é extremamente reduzida, mas não deixamos por esse motivo de dar a nossa perspetiva.

Face ao *supra* exposto, entendemos que os Estados-Membros da União Europeia, em principal, Portugal, devem estabelecer um diálogo com a União Europeia no sentido de transmitir as preocupações da Ordem dos Advogados Portuguesa.

Bibliografia

Documentos legislativos

Constituição da República Portuguesa, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis

Estatuto da Ordem dos Advogados, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2440&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo

MACHADO, Miguel da Câmara (Organizador) – *Regimes da prevenção de branqueamento de capitais e compliance bancário*. 2.ª edição. AAFDL Editora, 2018. ISBN 978-372-629-260-9

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, disponível em
https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF

Monografias

- ASCENSÃO, José de Oliveira – *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. 13.^a edição. Almedina Editora. 2017. Reimpressão de 2019. ISBN 978-972-40-2443- 1
- BARBOSA, Bheatriz – *A nova Lei de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo – os deveres específicos do Advogado*, Faculdade de Direito de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2018. Dissertação de Mestrado, disponível em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/27031/1/Dissertação%20de%20mestrado_Bheatriz%20Barbosa_A%20nova%20lei%20de%20branqueamento%20de%20capitais%20e%20os%20deveres%20do%20Advogado.pdf
- CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a edição. Almedina Editora. ISBN 978-972-40-2106-5
- CUNHA, Paulo Olavo – *Direito das Sociedades Comerciais*. 7.^a edição. Almedina Editora, 2019. ISBN 978-972-40-7964-6
- GOUVEIA, Jorge Bacelar; PINHEIRO, Júlio Elvas – *Branqueamento de capitais e beneficiário efetivo – Introdução e legislação*. 1.^a edição. Petrony Editora, 2019. ISBN 978-972-685-275-9
- LEITE, Inês Ferreira – *NE (IDEM) BIS IN IDEM – Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento – Volume II*. 1.^a edição. AAFDL Editora, 2016. ISBN 9789726290797
- MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional: Actividade constitucional do Estado. Tomo V*. 4.^a edição. Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1861-9
- MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional: Constituição. Tomo II*. 7.^a edição. Coimbra Editora, 2013. ISBN 972-32-0419-3
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *Constituição da República Portuguesa Anotada – Tomo III: Organização do Poder Político, Garantia e revisão da Constituição, Disposições finais e transitórias – artigos 202.º a 296.º*. 1.^a edição. Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1541-0
- SANTOS, Miguel Duarte; SANTOS, Sofia Berberan (colaboradora) – *Prevenção de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo – Guia Prático*. 1.^a edição. Edição GPA academy, 2018. ISBN 978-612-000-706-8

Artigos de revista

VIDA JUDICIÁRIA: revista bimensal, n.º 203 – setembro/outubro de 2017.

Informações/ Publicações online

O Direito 155.º (2023), III, 583-605

Comunicado do atual Bastonário da Ordem dos Advogados, de 11 de setembro de 2017, disponível em <https://portal.ao.pt/comunicacao/comunicados/2017/comunicado-do-bastonario/>

Comunicado do Conselho de Deontologia de Lisboa da Ordem dos Advogados, de 21 de setembro de 2017, disponível em https://www.ao.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31634&idc=492&idsc=152817&ida=152819

Portal do RCBE, disponível em <https://rcbe.justica.gov.pt>

RASI de 2017, disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=9f0d7743-7d45-40f3-8cf2-e448600f3af6>

RASI de 2018, disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=ad5cfe37-0d52-412e-83fb-7f098448dba7>

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 recensões 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.

