

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXI

2020

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXI (2020) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco António Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2021

- M. Januário da Costa Gomes
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- Miguel Teixeira de Sousa
15-52 A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras
The Exclusionary Rule in Civil Procedure: In Search of some Guidelines

- Pierluigi Chiassoni
53-78 *Common Law Positivism Through Civil Law Eyes*

ESTUDOS DOUTRINAIS

- Alfredo Calderale
81-119 *The Forest Law e The Charter of the Forest ai tempi di Enrico III Plantageneto*
The Charter of the Forest at the time of Henry III Plantagenet

- Aquilino Paulo Antunes
121-153 Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão
Vaccines against Covid-19: Issues to Consider

- Catarina Monteiro Pires | José Maria Cortes
155-180 Breves notas sobre o contrato de concessão comercial angolano
Brief notes about the Angolan commercial concession contract

- Catarina Salgado
181-203 Breves notas sobre a arbitragem em linha
Brief notes on online arbitration

- Diogo Costa Gonçalves | Diogo Tapada dos Santos
205-230 Juros moratórios, indemnização e anatocismo potestativo
Moratory interest, compensation and compulsory capitalisation of interest

- Elsa Dias Oliveira
231-255 A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas
Air passengers protection in package travel arrangements

- Francisco José Abellán Contreras
257-288 Los efectos de la enfiteusis en los reinos peninsulares durante la Baja Edad Media: reflexiones sobre los derechos y obligaciones de las partes contratantes
The effects of emphyteusis in the peninsular kingdoms during the Late Middle Ages: reflections on the rights and obligations of the contracting parties

- **Francisco Rodrigues Rocha**
289-316 Seguro desportivo. Cobertura de danos não patrimoniais?
Sports insurance. Non-financial losses cover?
- **Georges Martyn**
317-346 O juiz e as fontes formais do direito: de “servo” a “senhor”? A experiência belga (séculos XIX-XXI)
The judge and the formal sources of law: from “slave” to “master”? The belgian experience (19th-21th centuries)
- **Hugo Ramos Alves**
347-383 Breves notas sobre o penhor financeiro
Brief notes on the financial pledge
- **Ino Augsburg**
385-414 *Concepts of Legal Control and the Distribution of Knowledge in the Administrative Field*
- **João de Oliveira Geraldés**
415-446 Sobre a promessa pública
On Promises of Rewards
- **Miguel Patrício**
447-477 Análise Económica do Risco aplicada à Actividade Seguradora
Economic Analysis of Risk applied to the Insurance Activity
- **Miguel Angel Morales Payan**
479-506 La vigilancia del ‘estado honesto’ de la mujer por la justicia almeriense durante la crisis del Antiguo Régimen
Surveillance of ‘women’s honesty’ by Almeria justice during the crisis of the Ancien Regime
- **Nuno Ricardo Pica dos Santos**
507-550 O auxílio do colaborador de justiça em Portugal: uma visão jurídico-policial
The contribution of the collaborator of justice in Portugal: a legal-police approach
- **Pedro Infante Mota**
551-582 Migração económica, a última fronteira
Economic migration, the last frontier

————— **Pedro Romano Martinez**
583-607 Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito
Different ways to pursuit justice in the application of the Law

————— **Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde**
609-627 Empreitada de bens imóveis e relações de consumo
The consumer law on real estate contracts

————— **Rui Pinto**
629-646 Oportunidade processual de interposição de apelação à luz do artigo 644.º CPC
The timing for filing an appeal under the art. 644 of Portuguese Civil Procedure Code

————— **Rute Saraiva**
647-681 A interpretação no momento ambiental
Interpretation in the environmental moment

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

————— **Filipe Afonso Rocha**
685-707 Um balanço possível entre o poder dos conceitos e o preço do sistema – Comentário ao acórdão do TJUE, de 12 de outubro de 2017, Proc. C-218/16 (Kubicka)
A Possible Balance between the Power of Concepts and the Price of the System – Commentary on the ECJ Judgment of October 12, 2017, Case C-218/16 (Kubicka)

————— **Rui Soares Pereira | João Gouveia de Caires**
709-728 Decisão de isolamento profilático como privação da liberdade passível de *habeas corpus*? – breve comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.11.2020
Prophylactic isolation decision as a deprivation of freedom admissible for habeas corpus? – brief comment on the judgment of the Lisbon Court of Appeals of 11.11.2020

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

————— **Diogo Pereira Duarte**
731-737 Arguição da Tese de Doutoramento de Rui Alberto Figueiredo Soares sobre o tema “A exceção de não cumprimento e o direito de retenção no contrato de empreitada”
Intervention in the public examination of Rui Alberto Figueiredo Soares’ doctoral thesis on the subject: “exception of non-performance and right of lien in the Construction Contract”

————— **Francisco Paes Marques**
739-742 Sérvulo Correia – Mestre da Escola de Lisboa de Direito Público
Sérvulo Correia – Master of the Lisbon Public Law School

————— **Gonçalo Sampaio e Mello**
743-751 Em torno das Salas-Museu da Faculdade de Direito de Lisboa – “Sala Professor Marcello Caetano” e “Sala Professor Paulo Cunha”
On The Museum-Chambers of the Law School of the University of Lisbon – Professor Marcello Caetano and Professor Paulo Cunha Chambers

————— **Rui Soares Pereira**
753-772 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Felipe Teixeira Neto – *Responsabilidade objetiva e dano: uma hipótese de reconstrução sistemática*
Cross-examination of the PhD Thesis presented by Felipe Teixeira Neto – Strict liability and damage: a hypothesis of systematic reconstruction

LIVROS & ARTIGOS

————— **Isabel Graes**
775-782 Recensão à obra *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad*, de Pedro Ortego Gil

————— **José Lamego**
783-784 Recensão à obra *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, de Thomas Olechowski

————— **Miguel Nogueira de Brito**
785-795 Recensão à obra *Ausnahmeverfassungsrecht*, de Anna-Bettina Kaiser

Arguição da Tese de Doutoramento de Rui Alberto Figueiredo Soares sobre o tema: “A exceção de não cumprimento e o direito de retenção no contrato de empreitada”

Intervention in the public examination of Rui Alberto Figueiredo Soares’ doctoral thesis on the subject: “exception of non-performance and right of lien in the Construction Contract”

Diogo Pereira Duarte*

Resumo: o presente texto corresponde à arguição realizada nas provas públicas de Doutoramento de Rui Alberto de Figueiredo Soares, que tiveram lugar na reitoria da Universidade de Lisboa no dia 13 de fevereiro de 2020. O presente texto incide sobre os temas: (i) relação obrigacional complexa e qualificação das situações jurídicas emergentes do contrato de empreitada; (ii) regime do incumprimento e respetivas consequências; (iii) questões diversas sobre o regime do contrato de empreitada.

Palavras chave: empreitada; relação obrigacional complexa; incumprimento.

Abstract: This text corresponds to the intervention in the public debate on Rui Alberto Figueiredo Soares’ doctoral thesis held on February 13, 2020, at the University of Lisbon. This text approaches the following matters: (i) the complexity of the obligation relationship arising from the construction contract; (ii) the breach of the construction contract; and (iii) several matters related to the legal framework of the construction contract.

Keywords: construction contract; complexity in the obligation relationship; breach of contract.

Sumário: 1. Introdução; 2. Parte geral; (i) Escolha e importância do tema; (ii) Sobre questões metodológicas; (iii) Sobre jurisprudência estrangeira; 3. Análise temática; (i) A relação obrigacional complexa e a qualificação das situações jurídicas emergentes do contrato de empreitada; (ii) O incumprimento das obrigações; (iii) Algumas questões do regime da empreitada.

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

1. Introdução

Vou dividir a minha arguição em duas partes. Uma parte geral: (i) sobre a escolha e a importância do tema; (ii) sobre questões metodológicas; e (iii) sobre a bibliografia e jurisprudência utilizadas. Depois, uma parte de questões concretas em torno de três temas sobre a parte introdutória da dissertação do candidato, e selecionados de forma a não haver sobreposição com a Arguição da Senhora Professora Doutora Ana Taveira da Fonseca: (i) relação obrigacional complexa e qualificação das situações jurídicas emergentes do contrato de empreitada; (ii) incumprimento do contrato de empreitada e respetivas consequências; (iii) algumas questões da disciplina típica do contrato de empreitada.

2. Parte geral

(i) Escolha e importância do tema

A primeira questão que se coloca, antes de mais, é: será que a aplicação dos institutos da exceção de não cumprimento e do direito de retenção colocam especiais dificuldades no contrato de empreitada que justifiquem um tratamento monográfico específico, e sobretudo se tivermos em conta a dissertação de doutoramento, de âmbito geral, da Professora Doutora Ana Taveira da Fonseca¹, e que incide, precisamente, nos temas da exceção de não cumprimento e do direito de retenção?

E a resposta parece ser dada pelo próprio candidato.

Sobre a exceção de não cumprimento, diz na p. 265, referindo-se ao contrato de empreitada: “a invocação da *exceptio* não tem, de um modo geral, suscitado polémicas”.

Sobre o direito de retenção, diz na p. 363, mais uma vez referindo-se à empreitada: “perfilhamos a posição maioritária da doutrina e da jurisprudência, que hoje se pode considerar pacífica, por considerarmos que o conceito de despesa do artigo 754.º é suficientemente lato, abrangendo tudo aquilo que o empreiteiro despende com a execução da obra, existindo uma relação de conexão material entre o crédito deste e o do comitente, quanto à entrega da obra”.

Discorrendo o candidato, assim, em larga medida sobre questões gerais da exceção de não cumprimento e do direito de retenção, que – nas suas próprias palavras –: (i) ou não suscitam polémica, ou (ii) são de aplicação pacífica pela doutrina e jurisprudência, o tema central do candidato fica bastante circunscrito.

¹ ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito: em especial na exceção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação*, Coimbra, 2019.

Fica, assim, em debate, o problema de saber se a exceção de não cumprimento se pode exercer perante o incumprimento dos deveres de efetuar prestações secundárias e dos deveres acessórios, e pouco mais... Acresce que, apesar dos múltiplos exemplos que o candidato apresenta na sua dissertação, em que a questão se coloca na execução do contrato de empreitada, este acaba por ser um tema geral, não específico ou particular do contrato de empreitada, parecendo não ter autonomia dogmática.

Ficam em debate, também, algumas questões laterais relativas ao âmbito de aplicação do direito de retenção, matéria discutida a pp. 367 e ss.. E, finalmente, breves considerações sobre a sobreposição/confronto entre a *exceptio* e o direito de retenção.

(ii) Sobre questões metodológicas

Do ponto de vista da investigação histórica, penso a dissertação ficou aquém do que podia no que respeita às origens do contrato de empreitada. Para além das importantes referências aos trabalhos do Professor Doutor Pedro Romano Martinez e dos Professores Doutores Pedro de Albuquerque-Miguel Assis Raimundo, no Direito Romano, considerando que o candidato usou a excelente obra de Reinhard Zimmerman, que cita muito parcamente, poderia ter desenvolvido a investigação sobre a *locatio conductio operis*² e a distinção sobre as outras modalidades de *locatio*.

Sobre o Direito comparado, a análise dos artigos IV.C 3:101 e IV.C 3:102 do *Draft Common Frame of Reference* teria sido certamente muito útil para as conclusões sobre algumas questões abordadas pelo candidato: quer sobre a empreitada de coisas incorpóreas; quer sobre o dever de colaboração do dono da obra (*obligation of client to co-operate*) relativamente à empreitada. Mas não lhes foi feita qualquer referência.

Como, de resto, não é também analisado o § 640 do BGB, que regula o dever de aceitar por parte do dono da obra, cominando existir aceitação quando ela não surja, sendo devida, matéria discutida pelo candidato a pp. 97 e ss. e num sentido convergente com esse.

Para além destas omissões, a dissertação do candidato não contém ainda, em diversos momentos, uma fundamentação completa ou cabalmente esclarecedora quanto a diversas opções metodológicas.

A p. 93 defende a “interpretação corretiva” – terá querido dizer restritiva? – do artigo 1218.º /5³, apenas porque “não parece” ao candidato que o legislador

² *The Law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, 1996, pp. 393 e ss...

³ A indicação de preceitos sem indicação da respetiva fonte ocorre quando estes se reportam ao Código Civil.

tenha pretendido associar à “simples omissão da verificação” a consequência “grave” da aceitação sem reservas. Não seria necessário dizer mais?

A p. 69 parece haver uma incongruência entre a qualificação como empreitada na realização de obra intelectual, por estarem presentes “os elementos indispensáveis do tipo contratual da empreitada” e a defesa da de uma “metodologia de adaptação por via analógica” como metodologia adequada para a descoberta do seu regime.

Depois, são ainda aplicados regimes sem fundamentação de qualquer espécie: por exemplo, refere-se à interpretação da declaração negocial a pp. 156, 211, 298 e na nota 213, nunca elucidando como ela deve ser feita com vista a apurar o sentido juridicamente vinculante. O artigo 236.º, ou a teoria da impressão do destinatário não são sequer mencionados...

A fls. 87 discute a aplicabilidade do regime da alteração das circunstâncias no contrato de empreitada, mas nada diz sobre as condições de admissibilidade previstas no artigo 437.º, n.º 1, limitando-se a apresentar dois arestos em que a questão se colocou, sendo um favorável e outro desfavorável à aplicação do instituto.

(iii) Sobre jurisprudência estrangeira

Finalmente, as referências feitas a alguma jurisprudência estrangeira deveriam ter sido sistematizadas no índice de jurisprudência elaborado, de onde só constam as decisões nacionais. Tal como fez para a jurisprudência nacional, a utilização de descritores relativos a essas decisões seria bastante útil para os leitores.

3. Análise temática

(i) A relação obrigacional complexa e a qualificação das situações jurídicas emergentes do contrato de empreitada

A ideia de obrigação como realidade complexa não apresenta, hoje, dúvidas: na obrigação encontramos deveres principais de prestar, os secundários e os acessórios.

O candidato separa o dever principal de prestação (realizar a obra conforme o convencionado, e sem vícios e defeitos) do dever de entrega (que seria um dever secundário), conforme decorre de pp. 267-268. Esta separação ocorre, na perspectiva do candidato, porque apenas o dever de realizar a obra estaria referido no artigo 1207.º e 1208.º, pelo que seria a prestação característica (ou típica) no contrato de empreitada.

Mas, a questão é: o que quer que seja um dever principal não deve resultar da fonte da obrigação, neste caso do que esteja acordado no contrato⁴? A entrega de uma obra realizada ao dono da obra não será – analisando o contrato funcionalmente e de acordo com o que as partes tipicamente pretendem – o essencial da empreitada? Não pode este dever principal, depois, ser desdobrado em sub-deveres materiais e jurídicos?

De todo o modo, mesmo que se pudesse admitir que na entrega da obra estaria em causa um dever secundário de prestação, não haverá incoerência em dizer (a p. 268 e pp. 293-294) que admite a hipótese de invocação da exceção perante os deveres secundários de prestação, desde que se verifiquem os requisitos da interdependência e corresponsabilidade, e o que conclui a pp. 403, ou seja, de que perante o incumprimento do dever de entrega da coisa por parte do empreiteiro apenas o direito de retenção seria aplicável?

Parece-nos que o candidato partiu da necessidade – que assumiu como postulado juscientífico – em haver uma clara distinção dos âmbitos de aplicação da exceção de não cumprimento e o direito de retenção, para determinar, depois, o seu regime (em solução que o próprio candidato considera ser, a p. 403, “muito formal”), quando, diversamente, deveria ter sido o regime aplicável a fazer chegar o candidato à distinção do âmbito de aplicação dos institutos.

Por outro lado, a pp. 104 e 269, relativamente à entrega, pelo dono da obra, ao empreiteiro, do terreno onde a obra deve ser realizada, qualifica como dever a situação jurídica que incide sobre o dono da obra. Isto é, o dono da obra teria um dever secundário de prestação relativamente à entrega do terreno.

Será que existe um dever? Sendo um encargo estruturalmente um dever que não é exigível no cumprimento, não seria antes de qualificar como encargo, ou ónus de direito material? Parece-nos claro que a exigibilidade de entrega do terreno para que empreiteiro pudesse realizar a obra se iria deparar com o obstáculo de que a empreitada pode ser livremente denunciada pelo dono da obra, nos termos do artigo 1229.º. Parece, então, que tal situação só poderá ser qualificada como um encargo, cuja inobservância pelo dono da obra apenas poderá levar ao regime da mora do credor.

Há, finalmente, uma confusão frequente entre deveres secundários de prestação e os deveres acessórios, por exemplo a pp. 270-273. Os deveres secundários são deveres que tenham sido acordados para complementar o dever principal de prestar. Os deveres acessórios têm uma diferente teleologia e fundamentação dogmática. Eles são impostos pelo Sistema, pelo que seguem o regime das obrigações legais. O seu tratamento conjunto com os deveres secundários de prestação (para efeito

⁴ Sobre a importância dos fatores intrínsecos e dispositivos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VI, 2ª edição, Coimbra, 2012, pp. 320.

de invocação da *exceptio*) não tem justificação, matéria que está desenvolvida na dissertação da Professora Doutora Ana Taveira da Fonseca⁵.

(ii) O incumprimento das obrigações

A propósito do incumprimento das obrigações é também possível encontrar algumas imprecisões ou, pelo menos, insuficiências do ponto de vista explicativo.

A p. 131 são indicadas quatro causas de incumprimento definitivo, entre as quais a impossibilidade culposa causada pelo devedor. Sendo verdade que o artigo 801.º/1 procede a uma equiparação de regimes, sendo que, em parte, o regime do incumprimento definitivo se determina na base do regime da impossibilidade, a equiparação não é de institutos.

O incumprimento é a não realização da prestação devida, enquanto devida. A impossibilidade provoca sempre a extinção da obrigação e a consequente inaplicabilidade das normas dirigidas ao cumprimento.

É certo que o candidato poderia estar a utilizar um conceito mais amplo de “não-cumprimento”, ou poderia estar a incluir a impossibilidade no *iter* da definitividade, mas deveria explicar...

Mas o mais problemático ocorre na p. 385, a propósito do direito de retenção e as “modalidades de incumprimento do contrato de empreitada”, em que afirma existirem quatro modalidades de incumprimento, sendo que a par da mora, do cumprimento defeituoso e do incumprimento definitivo, coloca “a recusa antecipada de pagamento do preço”. Independentemente dos efeitos que se associem a tal “recusa antecipada”, ela poderá conduzir à mora ou ao incumprimento definitivo, mas não será uma modalidade de incumprimento a par destas.

Sobre o tema do incumprimento tenho ainda duas questões: afirma na p. 291, reiteradamente, que a exceção de não cumprimento não pode ser aplicada às situações de incumprimento definitivo e impossibilidade culposa imputável, ressalvando a pp. 292 e 293, na impossibilidade sem que ocorra a resolução do contrato, que a prestação possível poderá ser recusada até que a outra parte receba a indemnização substitutiva da prestação (impossível). Não seria também isto que deveria ocorrer no incumprimento definitivo? O regime é o mesmo...⁶. Por outro lado, o candidato não considera que ao abordar este tema seria também necessário discutir a *vexata quaestio* sobre que danos são ressarcíveis em caso de resolução por impossibilidade/in-

⁵ *Da recusa cit.*, p. 122 e ss.. Ver ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil, XII, Coimbra, 2018, pp. 877-879.

⁶ Assim, ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa cit.*, p. 121 e ss..

cumprimento (correspondentes ao interesse contratual positivo e/ou negativo)⁷? Se a indemnização, apesar a resolução, puder cobrir o interesse no cumprimento, a *exceptio* neste caso continua a fazer sentido?

(iii) Algumas questões do regime da empreitada

No que respeita ao dever de aceitar a obra, relativamente ao artigo 1218º/5, matéria discutida a pp. 97 e ss.: porque perante a não-aceitação, não deveria haver apenas uma situação de incumprimento do contrato, com as consequências típicas do incumprimento?

Por outro lado, importa analisar várias hipóteses: se forem comunicados vícios e defeitos com os quais o empreiteiro não concorda e fixa um prazo para a aceitação, pode valer a falta de aceitação como aceitação? Isso não contraria a autonomia privada do dono da obra? Se não foi feita verificação ou comunicação, a questão ainda se coloca? Se foi feita comunicação em que não se denuncia qualquer vício, a comunicação não valerá como aceitação tácita?

Finalmente, sobre a natureza jurídica da aceitação. Na p. 26, nota 239, defende tratar-se de um ato jurídico *stricto sensu* e não de um negócio jurídico. Mas, o dono da obra não pode conformar alguns efeitos com a aceitação⁸? Não pode, por exemplo, conferir à aceitação os efeitos de uma transação sobre litígios existentes ou potenciais? Não é essa disponibilidade sobre os efeitos que se produzem que caracteriza um negócio jurídico?

Felicitando o candidato, uma vez mais, por ter chegado a este importante momento da sua carreira jurídica, desejo-lhe a maior felicidade na resposta a estas observações e questões que aqui lhe deixo.

⁷ Para um apanhado do tema, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, Coimbra, 2005, pp. 203 e ss..

⁸ Sobre os efeitos que esta produz, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, XII, Coimbra, 2018, pp. 903.