



Sêrvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

PARECER JURÍDICO

**APLICABILIDADE TEMPORAL, INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E
REVOGABILIDADE DA NORMA QUE SUPRIME A OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO
DAS «RENDAS MÍNIMAS» NO ÂMBITO DE CONTRATOS DE UTILIZAÇÃO DE
LOJA EM CENTROS COMERCIAIS**

Agosto de 2020



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

CONSULTA

I. No contexto do procedimento legislativo relativo ao «Orçamento Suplementar para 2020», a Assembleia da República aprovou o aditamento de um artigo 168.º-A à Lei do Orçamento do Estado para 2020 (‘LOE/2020’)¹, o qual contém diversas disposições relativas ao «*Apoio ao pagamento das rendas habitacionais e não habitacionais*» e cujo n.º 5 estabelece, de modo especial em relação aos “*casos em que sejam aplicáveis formas específicas de contratos de exploração de imóveis para comércio e serviços em centros comerciais*”, que, “*até 31 de dezembro de 2020*”, “*não são devidos quaisquer valores a título de rendas mínimas, (...) sendo apenas devido aos proprietários dos centros comerciais o pagamento da componente variável da renda, calculada sobre as vendas realizadas pelo lojista, mantendo-se ainda a responsabilidade, da parte dos lojistas, pelo pagamento de todas as despesas contratualmente acordadas, designadamente as referentes a despesas/encargos comuns*”. Promulgada e referendada no dia 23/07/2020, a Lei n.º 27-A/2020, de 24 de julho, da qual consta este aditamento à LOE/2020, entrou em vigor no subsequente dia 25/07/2020².

Paralelamente, num diploma que, à data da conclusão deste parecer, ainda não foi objeto de promulgação e de publicação, a Assembleia da República aprovou também a segunda alteração à Lei n.º 4-C/2020, de 6 de abril³, a qual dá corpo a um «*Regime excepcional para as situações de mora no pagamento da renda devida nos termos de contratos de arrendamento habitacional e não habitacional, no âmbito da pandemia COVID-19*». Nos termos do seu modificado artigo 8.º, concede-se aos arrendatários de

¹ Lei n.º 2/2020, de 31 de março, alterada pela Lei n.º 13/2020, de 7 de maio.

² Cfr. o respetivo artigo 26.º. Em contrapartida, o Projeto de Lei n.º 425/XIV/1.^a (PCP) e o Projeto de Lei n.º 469/XIV/1.^a (BE) — nos quais se previa não apenas uma equivalente solução à que consta do novo n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 (isto é, uma supressão temporária da componente de retribuição mínima/fixa devida pelos lojistas), embora com uma abrangência temporal mais vasta (porque não limitada a vigorar apenas até ao final do ano de 2020), mas também a fixação de um regime imperativo de renegociação, modificação e resolução dos respetivos contratos — foram rejeitados pela AR em votação indiciária pela Comissão de Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação na sua reunião de dia 21.07.2020.

³ Antes, a Lei n.º 4-C/2020 havia já sido alterada pela Lei n.º 17/2020, de 29 de maio.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

estabelecimentos comerciais a faculdade de diferir o pagamento de rendas vencidas (i) nos meses em que tenha vigorado o estado de emergência e no primeiro mês subsequente, (ii) nos meses em que, ao abrigo de disposição legal ou administrativa aprovada no âmbito da resposta à pandemia da COVID-19, tenha sido determinado o respetivo encerramento ou suspensão de atividade, e ainda (iii) nos três meses subsequentes ao mês em que tenha ocorrido o levantamento da imposição desse encerramento ou suspensão. Por seu turno, nos termos do seu também modificado artigo 10.º, determina-se que as disposições relativas ao regime dos arrendamentos não habitacionais, incluindo as que preveem a concessão desta faculdade de diferimento do pagamento de rendas (*vulgo*, «moratória»), embora sejam *prima facie* aplicáveis a “*outras formas contratuais de exploração de imóveis para fins comerciais*” (n.º 1), não se aplicam contudo “*aos estabelecimentos inseridos em conjuntos comerciais que beneficiem do regime previsto no n.º 5 do artigo 168.º-A da [LOE]*” (n.º 2)⁴.

II. É no essencial em face destas disposições que a ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE CENTROS COMERCIAIS solicita que nos pronunciemos:

- (i) Sobre o âmbito de aplicabilidade temporal da norma constante do n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, de modo a aquilatar se a supressão legal da obrigação de pagamento da componente fixa/mínima da renda devida pelos lojistas aí prevista abrange apenas as que se vençam *após*, ou também as — ou algumas das — já vencidas *antes* da sua entrada em vigor;
- (ii) Sobre a conformidade constitucional dessa norma e, em caso de juízo positivo de inconstitucionalidade, sobre os correspondentes meios ao dispor dos proprietários/entidades gestoras dos centros comerciais eventualmente aptos a bloquear sua aplicação sobre as relações contratuais

⁴ Tomou-se em consideração a redação final das alterações aprovada na reunião da Comissão de Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação de 29.07.2020, disponível no sítio *web* da Assembleia da República e já convertida em Decreto n.º 48/XIV.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

em curso; e, por fim,

- (iii) Sobre a possibilidade de essa norma, inscrita na Lei do Orçamento do Estado, vir a ser revogada por outras constantes de atos legislativos sem valor reforçado (lei «comum» da Assembleia da República ou decreto-lei do Governo).

Forneceu-nos para o efeito a Consulente alguns exemplos de minutas-tipo de contratos de utilização de lojas em centros comerciais/contratos de exploração de imóveis para comércio e serviços em centros comerciais, documentação respeitante a alguns processos de negociação entre proprietários/entidades gestoras de centros comerciais e respetivos lojistas que se seguiram às perturbações emergentes das restrições impostas por força da pandemia da COVID-19, assim como cenários de antecipação de perda de receita em caso de não pagamento, pelo lojistas com uma retribuição contratualizada assente na combinação entre uma renda mínima/fixa e uma renda variável.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

PLANO

§1.º Enquadramento

- 1.1 O contrato de utilização de loja em centro comercial como *tipo social*
- 1.2 A pandemia e o seu impacto nos contratos de utilização de lojas vigentes
 - 1.2.1 Encerramento de instalações/suspensão de atividades
 - 1.2.2 Mecanismos de adaptação contratual
 - a) Convencionais
 - b) Legais
 - b.1) Moratória no pagamento de rendas
 - b.2) Supressão da obrigação de pagamento da renda fixa/mínima

§2.º Aplicabilidade temporal do n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020

- 2.1 Inexistência de disposição transitória especial
- 2.2 Solução
 - 2.2.1 (Ir)relevância do n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 4-C/2020
 - 2.2.2 O apelo às disposições transitórias gerais; consequências

§3.º Inconstitucionalidade material do n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020

- 3.1 Crise pandémica e intervenção legislativa sobre relações contratuais
- 3.2 A norma que suprime a obrigação de pagamento da renda fixa/mínima
 - 3.2.1 Direitos fundamentais restringidos
 - a) Livre desenvolvimento da personalidade (liberdade contratual)
 - b) Propriedade privada (direitos de crédito)
 - 3.2.2 Inconstitucionalidade material
 - a) Violação do princípio da proporcionalidade
 - b) Violação do princípio da igualdade
 - c) Violação do princípio da tutela da confiança
- 3.3 Meios de reação

§4.º Revogabilidade do n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020

- 4.1 Um “cavaleiro orçamental”: admissibilidade e estatuto «comum»
- 4.2 Revogabilidade
 - 4.2.1 Por lei (*comum*) da Assembleia da República
 - 4.2.2 Por decreto-lei (*simples*) do Governo

§5.º Conclusões



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

§1.º

ENQUADRAMENTO

1.1 O contrato de utilização de loja em centro comercial como *tipo social*

1. Corresponde a um dado que se pode considerar perfeitamente adquirido nas disciplinas jurídicas mais dedicadas ao estudo dos *contratos* o reconhecimento de que, ao lado daqueles que conhecem na lei a regulação — mais ou menos intensa — das suas cláusulas nucleares (os *típicos*) e daqueles que resultam da — também mais ou menos intensa — livre modulação das partes (os *atípicos*)⁵, se conseguem identificar modelos contratuais não integralmente reconhecidos ou regulados pela lei, mas que a prática estabilizada dos usos transformou em verdadeiros *tipos sociais*⁶.

É com efeito possível recortar, nos mais diversos domínios do tráfego jurídico-negocial, “encadeamentos de cláusulas habitualmente praticadas em determinados sectores, em regra dotados de designação própria e que, mau grado a não-formalização em lei, traduzem composições equilibradas e experimentadas”, os quais, à semelhança da função de estabilização regulativa desempenhada pelos legalmente nominados e disciplinados, “afeiçoam as soluções historicamente mais equilibradas” e, com isso, dispensam as partes da definição casuística de regras uniformemente acolhidas⁷. Em especial perante áreas — como são as do Direito Civil e do Direito Comercial — onde o valor retor fundamental seja o da autonomia privada,

⁵ Ao enunciar que, para além do poder de, nos interstícios da injuntividade, fixar livremente o conteúdo dos contratos que celebrem, às partes assiste desde logo e mais radicalmente a faculdade de “celebrar contratos diferentes dos previstos”, o n.º 1 do artigo 405.º do Código Civil não deixa, de resto, de reconhecer a natural e lata admissibilidade da *atipicidade* contratual, ou seja, “a possibilidade de, na regulamentação convencional dos seus interesses, [as partes] se afastarem dos contratos típicos ou paradigmáticos disciplinados na lei” (F. PIRES DE LIMA/J. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 355).

⁶ Em geral e pioneiramente sobre os tipos [contratuais] *sociais* na literatura portuguesa, cfr. C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra: Almedina, 1982 (reimp.), p. 94; M. HELENA DE BRITO, *O Contrato de Concessão Comercial*, Coimbra: Almedina, 1990, pp. 166 e ss.

⁷ Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VII, Coimbra: Almedina, 2018, p. 192.

é de facto inegável que “os tipos legais de contratos não esgotam os tipos contratuais”, pois que, “para além dos que constam tipificados na lei, outros tipos contratuais existem na prática da vida e da contratação”⁸.

Expressão de um quase “direito consuetudinário” nas respetivas áreas contratuais⁹, os *tipos sociais* não desempenham todavia uma função puramente descritiva ou classificativa. É que, não podendo obviamente negar-se a ampla competência das autoridades normativas para a conversão de tipos sociais em tipos legais, ou, mais limitadamente, para a regulação parcelar de alguns dos seus aspetos, não pode também deixar de se reconhecer que “o tipo contratual social tem um sentido que não pode ser ignorado nem abstraído pelo legislador e muito menos modificado”, pelo que “o poder de intromissão do legislador no modelo regulativo do tipo é limitado”; sob pena de se admitir sem baias a frustração de expectativas geradas por práticas negociais geradas e consolidadas à margem da *hard law*, não pode então deixar de se reconhecer que é limitada a margem de intervenção regulativa do legislador quando interfere na estrutura e no equilíbrio das situações jurídicas constitutivas de um verdadeiro *tipo social*¹⁰.

2. É por certo inquestionável que “não existem, nem podem ser construídos, critérios firmes e exatos para o juízo sobre se uma certa prática contratual constitui já um tipo social, até porque a tipicidade social é graduável”¹¹. Só que, no caso dos contratos de utilização de lojas em centros comerciais, disseminados em grande número a partir do momento em que se vulgarizaram estes empreendimentos de concentração e integração de espaços de consumo e de lazer¹², não há grandes

⁸ Cfr. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 61.

⁹ Cfr. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, p. 63.

¹⁰ Cfr. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, pp. 65-66.

¹¹ Cfr. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, p. 62.

¹² A ordem jurídica portuguesa chegou a conter uma disposição definitiva de «centro comercial», constante da Portaria n.º 424/85, de 5 de julho. Atualmente, a figura subsume-se à mais ampla de «conjunto comercial», definido pelo Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração (aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro), como instanciando todo o “*empreendimento planeado e integrado, composto por um ou mais edifícios nos quais se*

dúvidas, ao menos perante a ordem jurídica portuguesa atual¹³, quanto ao reconhecimento de que a sua *atipicidade legal* ultrapassa na vasta maioria dos casos a hipótese da sua configuração como *contratos mistos* (de arrendamento ou cessão de exploração estabelecimento + prestação de serviços) e, sobretudo, convive com uma cada vez mais solidificada *tipicidade social*¹⁴.

encontra instalado um conjunto diversificado de estabelecimentos de comércio a retalho e ou de prestação de serviços, sejam ou não propriedade ou explorados pela mesma entidade, que preencha cumulativamente os seguintes requisitos: a) disponha de um conjunto de instalações e serviços concebidos para permitir a uma mesma clientela o acesso aos diversos estabelecimentos; b) seja objeto de uma gestão comum, responsável, designadamente, pela disponibilização de serviços coletivos, pela instituição de práticas comuns e pela política de comunicação e animação do empreendimento” (cfr. a alínea *m*) do artigo 2.º). Sobre a origem e enquadramento jurídico dos «centros comerciais», cfr., *v.g.*, J. ANTUNES VARELA, ‘Os centros comerciais (*shopping centers*)’, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia*, Coimbra: BFDUC, 1989, pp. 43-70; J. PINTO FURTADO, *Os Centros Comerciais e o seu Regime Jurídico*, Coimbra: Almedina, 1998, *passim*; A. CORREIA, ‘A organização de espaços comerciais em regime de propriedade horizontal’, *ROA* 58º/III (1998), pp. 1341-1382; P. MALTA DA SILVEIRA, *A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 73 e ss.

¹³ Registe-se que, apesar de em 2006 o legislador do NRAU (Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro) ter projetado, enquanto «legislação complementar», a aprovação a breve trecho de um «Regime jurídico da utilização de espaços em centros comerciais» (cfr. a alínea *d*) do n.º 2 do artigo 64.º), nenhuma iniciativa legislativa acabaria por surgir a esse propósito.

¹⁴ Para a rejeição cabal e convincente da tese do contrato de utilização de loja em centro comercial como *contrato misto* e a sua recondução a um efetivo contrato *atípico* progressivamente estabilizado na prática negocial e “libertado das «garras» dogmáticas do contrato de arrendamento e do próprio contrato misto de locação e prestação de serviços”, cfr., por todos, J. ANTUNES VARELA, *Centros Comerciais (Shopping Centers). Natureza Jurídica dos Contratos de Instalação dos Lojistas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, esp.^{te} pp. 50-58; IDEM, ‘Centros comerciais: natureza jurídica dos contratos de instalação dos lojistas’, *RLJ* 128.º/3861 (1996), pp. 369-373; IDEM, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.^a ed., Coimbra: Almedina, 2000, pp. 297-300; também já assim, fazendo prevalecer o aspeto dinâmico da integração da loja no conjunto comercial em desfavor da posição — “secundária e subordinada” — das prestações associadas ao gozo do espaço pelo lojista, cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘Integração empresarial e centros comerciais’, *RFDUL* XXXII (1991), pp. 29-70; IDEM, ‘Lojas em centros comerciais; integração empresarial; forma’, *ROA* 54.º/3 (1994), pp. 835-842; sempre nesta linha, que acabaria por consolidar-se jurisprudencialmente, sobretudo a partir dos Acórdãos do STJ de 26.04.1994 e de 1.07.1994, cfr. ainda, *v.g.*, R. AMARAL CABRAL, ‘O contrato de utilização de loja em centro comercial’, *RDES* XXXVII (1995), pp. 226-229; P. ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. *Contratos*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2001, pp. 289-291; H. DUARTE FONSECA, ‘Sobre a atipicidade dos contratos de instalação de lojistas em centros comerciais (Da atipicidade como pretexto à atipicidade enquanto contexto)’, *BFDUC* 80 (2004), pp. 695-766; antes desta consolidação doutrinária e jurisprudencial, apontando ao invés para a recondução destes contratos ao tipo legal do arrendamento, cfr. I. GALVÃO TELLES, ‘Contratos de utilização de espaços nos centros comerciais’, *O Direito* 123.º/IV (1991), pp. 521-534; recuperando mais recentemente esta última posição, qualificando-os de «arrendamentos *sui generis*», cfr. F. CASSIANO DOS SANTOS, ‘O contrato de instalação de lojista em centro comercial (e a aplicação do artigo 394.º do Código Civil quando celebrado por adesão)’, *Cadernos de Direito Privado* 24 (2008), pp. 3-20.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Para recorrer a uma síntese do Supremo Tribunal de Justiça, recenseadora da “jurisprudência dominante”, é verdade que está em causa “um contrato atípico ou inominado, cuja origem jurídica ainda não está diretamente traçada na lei, sem que possa ser considerado um contrato de arrendamento comercial, ou uma cessão de exploração de estabelecimento comercial ou um contrato misto”, e cuja regulamentação se encontra “em primeiro lugar nas suas próprias cláusulas, depois nas disposições gerais e, finalmente, nas normas da figura típica mais próxima”¹⁵. Mas, pese embora legalmente atípicos, estes contratos “não [são] socialmente atípicos, uma vez que nesta perspetiva são claramente identificáveis”¹⁶. Eis pois um verdadeiro “tipo social, extralegal (...) que abrange num só complexo os contratos celebrados com os lojistas e o regulamento interno, em que avultam como índices do tipo a integração empresarial no centro comercial, o carácter oneroso com contrapartida que pode ser parciária, mas também o pode não ser, que pode ser fixa ou variável, que pode incluir, ou não, a partilha das despesas comuns, e ao qual repugna o vinculismo do arrendamento e a forma solene”¹⁷.

E se, numa busca pelo *corpus* tipicamente regulador deste tipo de contratos na prática comercial e negocial portuguesa, se procurarem os seus elementos nuclearmente paradigmáticos, a síntese não é também difícil. Variando a sua designação nominal entre «contrato de instalação de lojista em contrato comercial», «contrato de utilização de loja em centro comercial» e outras alternativas, caracterizam-se tais contratos, em todo caso, pela atribuição fundamental consistente na “cedência do gozo de um espaço (loja) para o exercício de uma atividade comercial

¹⁵ Cfr. o Acórdão do STJ 20.02.2015 (Proc. n.º 6427/09.5STVLSB.L1.S1); também para o reconhecimento de que “a jurisprudência é pacífica a considerar como contrato atípico ou inominado a cedência de espaços ou instalação de lojas em centros comerciais”, cfr., *v.g.*, o Acórdão do TRLx de 9.10.2007 (Proc. n.º 2359/2007-1).

¹⁶ Cfr. o Acórdão do TRLx de 6.12.2012 (Proc. n.º 2759/09.0TBVIS.L2-2); reconhecendo igualmente como “socialmente típico” o contrato de utilização de loja em centro comercial, cfr. o Acórdão do TRLx de 19.03.2009 (Proc. n.º 3028/08.9TVLSB-2).

¹⁷ Cfr. P. PAIS DE VASCONCELOS, ‘Contratos de utilização de lojas em centros comerciais. Qualificação e forma’, *ROA* 56.º/2 (1996), pp. 545-546.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

ou de prestação de serviços num complexo imobiliário, composto por diversas lojas com comércios e serviços variados e intercomplementares e por espaços comuns de lazer”. Assim, “cada lojista realiza individualmente, por sua própria conta e risco, a exploração do respetivo espaço, mas, pelo facto de se integrar numa organização coletiva, vê-se forçado a abdicar de alguma autonomia e a obedecer a regras gerais de funcionamento e organização do centro”¹⁸.

É justamente esta combinatória entre a individualidade inerente ao risco de exploração de cada loja e a sua integração num conjunto plúrimo de espaços comerciais e de serviços conexos mais vasto que justifica que, sob o ponto de vista da retribuição, e na vastíssima maioria das situações, o lojista pague “uma remuneração fixa mínima — como contrapartida da utilização do espaço —, à qual acresce uma retribuição variável, calculada por referência a uma percentagem do valor da faturação bruta mensal, que só é devida na parte em que exceda o valor da parcela fixa — como pagamento dos serviços de gestão prestados pela entidade responsável pelo conjunto”. E, além disso, é também absolutamente frequente a estipulação de que “o lojista tem de contribuir para os encargos com a manutenção e organização do centro comercial (serviços de limpeza, vigilância, promoção e animação)”, assim como a previsão de uma “quantia inicial, designada de «reserva de ingresso», a título de remuneração pelo acesso ao empreendimento de conjunto, cuja criação envolveu a realização de estudos de viabilidade e de pesquisa de mercado”¹⁹.

¹⁸ Cfr. A. AFONSO, ‘Contrato de utilização de loja em centro comercial’, *Direito e Justiça* 19/2 (2005), pp. 51-52; para maiores desenvolvimentos, ainda desta A., cfr. *Os Contratos de Instalação de Lojistas em Centros Comerciais. Qualificação e Regime Jurídico*, Porto: UCE, 2003, *passim*; também circunstanciadamente sobre os clausulados paradigmáticos dos contratos de utilização de lojas em centros comerciais, globalmente reveladores de que este tipo contratual “não pode mais ser reduzido aos esquemas clássicos dos contratos que a lei tipifica: não é arrendamento; não é locação ou cessão de exploração dum estabelecimento comercial em formação; não é figura mista resultante da cominação de qualquer destes contratos com um contrato de prestação de serviços; constitui, sim, um contrato inominado ou atípico, livremente regulado pelas partes no exercício da sua autonomia”, cfr. J. LEBRE DE FREITAS, ‘Da impenhorabilidade do direito do lojista de centro comercial’, *ROA* 59.º/1 (1999), esp.^{te} pp. 47-59; e na jurisprudência, também para um relance geral sobre o conteúdo — socialmente típico — destes contratos, cfr. o Acórdão do TRLx de 24.04.2012 (Proc. n.º 2357/07.3TVLSB.L1-1).

¹⁹ Cfr. A. AFONSO, ‘Contrato’, p. 52.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Num verdadeiro esquema *cooperativo*, que suplanta o de uma mera *troca* (do gozo do espaço por parte do lojista pela retribuição devida ao proprietário/gestor do centro), resulta assim da causa-função destes contratos que, por um lado, “o lojista [se] empenha em exercer uma atividade comercial lucrativa, ciente de que faz parte de um conjunto cujo sucesso global potencia o seu próprio” e que, por outro, “a entidade gestora participa nos lucros da atividade do lojista, cuidando de realizar determinados serviços de gestão”. Marca d’água deste tipo de relações contratuais socialmente tipificadas é assim, e em síntese, a sua “estrutura associativa ou de cooperação”, na elementar medida em que “a prestação do serviço de gestão do centro comercial e o exercício da atividade comercial do lojista visam, cada uma por si, e globalmente, a obtenção do maior volume de vendas, o qual passa necessariamente pela captação de clientela para o centro comercial”²⁰.

1.2 A pandemia e o seu impacto nos contratos de utilização de lojas vigentes

1.2.1 Encerramento de instalações/suspensão de atividades

3. Seguro é no entanto que, em Portugal, o esquema associativo e de cooperação que funcionalmente caracteriza as relações contratuais entre lojistas e proprietários/entidades gestoras de centros comerciais veio a sofrer inapeláveis vicissitudes a partir do final do primeiro trimestre do ano de 2020 — perturbações essas não minimamente imputáveis, como é manifesto, a nenhuma das partes.

Na realidade, num cenário de resposta pública — nacional e internacional — à pandemia da COVID-19 primacialmente orientado à redução tanto quanto possível dos contactos físicos e das aglomerações, não espanta que, nas suas diversas e graduais evoluções, as medidas legislativas e administrativas adotadas a este propósito tenham incluído e continuem aliás a incluir, como componente central, um alargadíssimo conjunto de limitações, quando não mesmo proibições absolutas, sobre

²⁰ Cfr. A. AFONSO, ‘Contrato’, pp. 52-53.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

a abertura e funcionamento da quase totalidade dos espaços comerciais e de prestação de serviços. Medidas essas que, de resto, em algumas fases não deixaram de se traduzir na aprovação de regras específicas, e de teor mais limitativo, sobre os estabelecimentos localizados em centros comerciais.

Recorde-se com efeito que, em execução das sucessivas declarações presidenciais do estado de emergência, suspensivas entre o mais dos direitos de propriedade e de iniciativa económica privada com o alcance de habilitar a imposição de alterações ao regime de funcionamento da generalidade dos estabelecimentos comerciais²¹, o Governo determinou, durante a última semana do mês de março e durante todo o mês de abril: (i) o encerramento de um alargadíssimo conjunto de instalações e estabelecimentos, de entre os quais todos os que desenvolvessem atividades de restauração, sem prejuízo da possibilidade da sua continuação para efeitos exclusivos de confeção destinada a consumo fora do estabelecimento ou entrega no domicílio; (ii) a suspensão da generalidade das atividades de comércio a retalho, apenas com exceção das consideradas essenciais (*v.g.*, supermercados e hipermercados); e (iii) a suspensão da generalidade das atividades de prestação de serviços em estabelecimentos abertos ao público, com exceção também apenas de um núcleo circunscrito de serviços considerados de primeira necessidade (*v.g.*, serviços bancários)²².

²¹ Cfr. a alínea *b*) do artigo 4.º dos Decretos do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, n.º 17-A/2020, de 2 de abril, e n.º 20-A/2020, de 17 de abril; neste último, habilitou-se explicitamente a possibilidade de serem definidos “*critérios diferenciados, nomeadamente com eventuais aberturas com horários de funcionamento adaptados, por setores de atividade, por dimensão da empresa em termos de emprego, da área do estabelecimento ou da sua localização geográfica, para a abertura gradual, faseada ou alternada de serviços, empresas ou estabelecimentos comerciais*”.

²² Cfr. os Decretos n.º 2-A/2020, de 20 de março (artigos 7.º, 8.º e 9.º e Anexos I e II), n.º 2-B/2020, de 2 de abril (artigos 9.º, 10.º e 11.º e Anexos I e II), e n.º 2-C/2020, de 17 de abril (artigos 9.º, 10.º e 11.º e Anexos I e II). Note-se que, em relação aos estabelecimentos e atividades considerados essenciais, os decretos governamentais ressalvaram sempre expressamente que a permissão de abertura e funcionamento se aplicava “*ainda que integrados em centros comerciais*” (cfr. os pontos 35, 40 e 40 do Anexo II dos sucessivos Decretos).



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Recorde-se também que a transição, a partir do mês de maio, do estado — constitucionalmente excecional — de emergência para a situação — administrativamente excecional — de calamidade em todo o território nacional²³, só progressivamente representou a suavização dessas imposições de encerramento de estabelecimentos comerciais e suspensão de atividades de comércio e de prestação de serviços, porquanto: (i) entre os dias 3 e 17 de maio, para além da manutenção da proibição de abertura ao público dos estabelecimentos de restauração, quase todos os dedicados a atividades de comércio a retalho e de prestação de serviços de área superior a 200 m², bem como os integrados em centros comerciais, salvo se dispusessem de área inferior e de entrada autónoma e independente pelo exterior, continuaram impedidos de abrir ao público; e aos admitidos a abrir (para além dos já antes considerados essenciais, acresceram nessa fase os de comércio de livros e suportes musicais), impuseram-se regras limitativas de ocupação e permanência dos consumidores ou clientes, de modo a evitar a concentração de pessoas, regras reforçadas de higiene e amplas limitações aos horários de abertura e atendimento²⁴; (ii) entre os dias 18 e 31 de maio, cessando a proibição de abertura ao público dos estabelecimentos de restauração, ainda que com restrições imperativas ao nível da frequência e dos horários de funcionamento, manteve-se a obrigação generalizada de encerramento ao público das atividades de comércio a retalho e de prestação de serviços que dispusessem de uma área de venda ou prestação de serviços superior a 400 m², assim como de quaisquer outros integrados em centros comerciais, mais uma vez salvo os que dispusessem de entrada autónoma e independente, mantendo-se no essencial em relação aos admitidos abrir as regras de ocupação, permanência e

²³ Sobre o (difícil) enquadramento jurídico dessa transição, cfr., em termos gerais, P. COSTA GONÇALVES, 'Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade', *Observatório Alameda* (21.05.2020); P. LOMBA, 'Constituição, estado de emergência e Administração sanitária: alguns problemas', *e-Pública* 7/1 (2020), pp. 27-43; J. BACELAR GOUVEIA, 'Portugal e a COVID-19: balanço e perspetivas de uma Ordem Jurídica de Crise', *RMP* 41/especial (2020), esp.^{te} pp. 101-103.

²⁴ Cfr. os artigos 5.º a 15.º e Anexos I e II do Regime anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de abril.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

distanciamento físico, as regras de higiene a aplicar e a possibilidade de limitação de horários²⁵; (iii) entre os dias 1 e 14 de junho, cessando a proibição generalizada de abertura e funcionamento dos estabelecimentos dedicados a atividades de comércio a retalho e prestações de serviços, proibição essa que no entanto se manteve na Área Metropolitana de Lisboa quanto aos estabelecimentos de área superior a 400 m², assim como aos integrados em centros comerciais, salvo os com entrada autónoma e independente e os localizados nas respetivas áreas de consumo de comidas e bebidas (*food-courts*), mantendo-se em todo o caso, em todo o território nacional, equivalentes regras de ocupação, permanência e distanciamento físico, assim como regras de higiene e limitações de horários de funcionamento²⁶; (iv) entre os dias 15 e 28 de junho, com a manutenção no essencial de todas essas regras, agravadas a partir do dia 23 em relação à Área Metropolitana de Lisboa, com a imposição de encerramento às 20h00 de todos os estabelecimentos de comércio de retalho e de prestação de serviços, limitação extensível a todos os integrados em centros comerciais²⁷.

E recorde-se por fim que, mesmo com a cessação generalizada da situação de calamidade em todo o território nacional a partir do dia 1 de julho, para além de algumas instalações e estabelecimentos permanecerem integralmente encerrados (*v.g.*, estabelecimentos de bebidas, salões de dança, salões de jogos), não só o conjunto de freguesias mantidas em situação de calamidade, mas toda a Área Metropolitana de Lisboa continuou submetida a medidas especiais a este propósito — por exemplo, a obrigação de encerramento de todos os estabelecimentos de comércio a retalho e de prestação de serviços, incluindo os integrados em centros comerciais, às 20h00, com exceção dos supermercados e hipermercados, autorizados a funcionar até às 22h00²⁸.

²⁵ Cfr. os artigos 5.º a 12.º e 15.º e Anexos I e II do Regime anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/2020, de 17 de maio.

²⁶ Cfr. os artigos 3.º, 5.º a 12.º e 14.º e Anexo I do Regime anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020, de 29 de maio.

²⁷ Cfr. as Resoluções do Conselho de Ministros n.º 43-B/2020, de 12 de junho, e n.º 45-B/2020, de 22 de junho.

²⁸ Cfr. os artigos 3.º e 5.º dos Regimes anexos às Resoluções do Conselho de Ministros n.º 51-A/2020, de 26 de junho, n.º 53-A/2020, de 14 de julho, e n.º 55-A/2020, de 31 de julho.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

4. Serve a panorâmica recensão sintetizada no parágrafo anterior para a extração de uma simples — e quiçá evidente — constatação: a de que, durante os meses, que ainda não findaram, de resposta pública à pandemia da COVID-19, a atividade dos centros comerciais sofreu, em Portugal, fortíssimas limitações. Até certo período, com exceção apenas da permissão de funcionamento e abertura dos estabelecimentos dedicados ao comércio de bens ou prestação de serviços essenciais, pode mesmo dizer-se que, em termos globais, todos os centros comerciais instalados no país, e as lojas que os compõem, pura e simplesmente não puderam funcionar.

Inevitável seria pois que essa impossibilidade — nalguns casos integral — de funcionamento dos centros comerciais, com as inerentes perturbações ao nível da realização de vendas por parte dos lojistas, se acabasse por repercutir sobre os termos de execução e cumprimento dos respetivos contratos de utilização/exploração de lojas. Proprietários/gestores de centros comerciais e lojistas viram-se assim na contingência de adaptar os respetivos contratos, em especial sob o ponto de vista das condições de retribuição subjacentes: (i) ora através de instrumentos de modulação contratual concretamente pactuados entre as partes; (ii) ora em aproveitamento de faculdades transitoriamente concedidas pela lei em relação à generalidade das formas de exploração de estabelecimentos comerciais. Tudo até que, porém, o legislador optou por, no domínio específico da utilização e exploração de lojas em centros comerciais, intervir dedicada e injuntivamente.

1.2.2 Mecanismos de adaptação contratual

a) Convencionais

5. De acordo com informações prestadas e documentação que nos foi fornecida pela Consulente, sucederam-se logo após a primeira declaração do estado de emergência múltiplos processos de renegociação contratual destinados a fazer face àquilo que, já nessa altura, se antecipava vir a ser um período prolongado de quebra acentuada de receitas por parte da generalidade dos lojistas de centros comerciais.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Seja através da redação de «condições gerais»/«políticas comerciais» remetidas para aceitação por parte dos lojistas, seja através da preparação de acordos complementares modificativos dos contratos em vigor, mais ou menos padronizados, elemento cardinal e omnipresente desses processos negociais foi a concessão, ora de descontos efetivos, ora de moratórias, sobre o montante devido pela retribuição fixa correspondente aos meses em que tenham estado ou viessem ainda a estar encerrados os estabelecimentos integrados em centros comerciais (tendo-se nalguns casos concedido descontos de 100% em relação ao meses de abril, maio e junho), mas também da retribuição correspondente aos meses subsequentes (tendo-se nalguns casos pactuado acordos incidentes sobre todos os meses até ao final do ano de 2020). Acessoriamente, alguns desses acordos incluíram também reduções percentuais no montante da contribuição dos lojistas sobre encargos e despesas comuns, assim como prorrogações mais ou menos alargadas dos prazos de vigência dos contratos. Quanto à componente variável da retribuição devida pelos lojistas, não foi em geral afetada, mantendo-se o seu apuramento em regra através da aplicação de uma percentagem do valor da faturação, com dedução do montante da renda fixa (seja, nuns casos, a contratualmente pré-estabelecida, seja, noutros, a efetivamente paga já tendo em consideração os descontos e bonificações acordados).

Sem prejuízo dos detalhes e variações subjacentes a cada um desses processos de renegociação ou aditamento contratual, certo é em qualquer caso que, como acabaria por ser reconhecido expressamente na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 42/XIV, que daria origem à segunda alteração à Lei n.º 4-C/2020, já referida na Consulta, à data do início de mês de julho, as entidades gestoras dos centros comerciais suas associadas haviam obtido acordos de redução e/ou diferimento do pagamento de retribuições fixas, indo por isso “mais longe do que o regime legal prescrevia, negociando acordos de perdão de dívida, total ou parcial, das rendas que se venceram durante os estados de emergência e de calamidade ou estabelecendo um regime de pagamento mais favorável ao arrendatário”.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

b) Legais

b.1) Moratória no pagamento de rendas

6. Já desde a primeira fase de resposta à pandemia, e em contraponto às alargadas restrições sucessivamente impostas à prossecução de atividades comerciais, que o Governo decretou, a propósito dos «efeitos sobre contratos de arrendamento e outras formas de exploração de imóveis», que o encerramento dos respetivos estabelecimentos não poderia ser invocado como fundamento de resolução, denúncia ou outra forma de extinção de tais contratos, nem como fundamento de obrigação de desocupação de imóveis em que os mesmos se encontrem instalados²⁹. A medida, de alcance protetor sobre a subsistência das relações contratuais, seria depois convertida em lei da Assembleia da República ainda em vigor³⁰, convivendo com um também aprovado — e também ainda em vigor — «regime extraordinário e transitório de proteção dos arrendatários», de alcance suspensivo sobre os efeitos de denúncias, sobre os termos de caducidade e sobre os atos de revogação e da oposição à renovação da generalidade dos contratos de arrendamento, incluindo os de tipo não habitacional³¹.

Não se limitaram porém os órgãos legislativos a acautelar que a pandemia, e as restrições dela decorrentes, não interfeririam com a continuidade dos contratos de arrendamento e outros títulos de exploração de estabelecimentos comerciais. Reconhecendo que a “drástica redução da atividade económica” impunha obviar às “consequências nefastas decorrentes do atraso no pagamento de rendas afetas a estabelecimentos comerciais, o que poderia agravar a situação dos agentes

²⁹ Cfr., numa disposição que depois se repetiria nas sucessivas regulamentações do estado de emergência, o artigo 10.º do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março.

³⁰ Cfr. o artigo 8.º-A da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, aditado pela Lei n.º 14/2020, de 9 de maio.

³¹ Cfr. o artigo 8.º da Lei n.º 1-A/2020, alterado pela Lei n.º 4-B/2020, de 6 de abril; em termos gerais sobre a concatenação de todos os regimes de proteção dos arrendatários aprovados nesta fase, cfr. H. CASTELO, ‘O arrendamento urbano nas leis temporárias de 2020’, *RMP* 41/especial (2020), pp. 311-351.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

económicos”³², o Governo não tardaria em propor, e a Assembleia da República em aprovar³³, através da Lei n.º 4-C/2020, de 6 de abril, um «*Regime excecional para as situações de mora no pagamento da renda devida nos termos de contratos de arrendamento urbano habitacional e não habitacional, no âmbito da pandemia COVID-19*»³⁴.

No segmento dedicado aos arrendamentos não habitacionais, extensivamente aplicável a “*outras formas contratuais de exploração de imóveis para fins comerciais*” (artigo 10.º) e por isso inequivocamente incidente sobre os modelos contratuais legalmente atípicos de suporte da utilização de lojas em centros comerciais³⁵, esse regime excecional abrangeu os estabelecimentos abertos ao público destinados a atividades de comércio a retalho e de prestação de serviços encerrados ou cujas atividades houvessem sido suspensas por conta das medidas legislativas e administrativas de resposta à pandemia, assim como os estabelecimentos de restauração e similares, mesmo nos casos de continuação da atividade para fornecimento de refeições em *take-away* (artigo 7.º), e traduziu-se, fundamentalmente: (i) na previsão de uma moratória legal em relação à obrigação de pagamento das rendas vencidas nos meses de vigência do estado de emergência e no primeiro mês subsequente para os 12 meses subsequentes ao termo desse período (artigo 8.º); e (ii) na previsão de que a falta de

³² Cfr. a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 21/XIV/1.^a

³³ No que, como não surpreende, não consistiu numa singularidade do legislador português. Apenas para um exemplo comparado, pode dar-se notícia do Capítulo I do *Real Decreto-ley* 11/2020, de 31 de março, relativo a arrendamentos habitacionais, e do Capítulo I do *Real Decreto-ley* 15/2020, de 21 de abril, relativo a arrendamentos não habitacionais, através dos quais a ordem jurídica espanhola consagrou um regime adaptativo parcialmente também assente na previsão da possibilidade de concessão de moratórias no pagamento de rendas.

³⁴ Panoramicamente sobre esse regime excecional, cfr. L. MENEZES LEITÃO, ‘O regime do arrendamento durante a pandemia COVID-19’, in *COVID 19 e o Direito*, Porto: Edições Universitárias Lusófonas, 2020, pp. 29-36; M. R. REI, ‘Arrendamento’, in *Novo Coronavírus e Gestão da Crise Contratual – Contratos em Especial e Responsabilidade*, Lisboa: CIDP, 2020, pp. 38-42; M. PESTANA DE VASCONCELOS, ‘Legislação de emergência e contratos. O regime excecional dos contratos de arrendamento e bancários’, *RMP* 41/especial (2020), pp. 261-269; H. CASTELO, ‘O arrendamento’, pp. 318-334.

³⁵ A extensibilidade a “*outras formas contratuais de exploração de imóveis*” resulta, de resto e desde logo, do próprio n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 4-C/2020. Reconhecendo sem hesitações a aplicabilidade do regime previsto para os arrendamentos não-habitacionais aos contratos de utilização de loja em centros comerciais, cfr. L. MENEZES LEITÃO, ‘O regime’, pp. 32-33; M. R. REI, ‘Arrendamento’, p. 40; M. PESTANA DE VASCONCELOS, ‘Legislação de emergência’, pp. 261 e 266-267; H. CASTELO, ‘O arrendamento’, p. 319.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

cumprimento da obrigação de pagamento de tais rendas não poderia habilitar de qualquer modo a extinção das respectivas relações contratuais nem a imposição de quaisquer penalidades — legais ou contratuais — fundadas na mora no cumprimento dessa obrigação (artigo 9.º). Ora, em especial quanto àquela moratória legal, aplicável às rendas vencidas a partir do dia 1 de abril (artigo 14.º), caberia depois:

- (i) À Lei n.º 17/2020, de 29 de maio, alargá-la até 1 de setembro em relação às rendas vencidas durante os meses em que, mesmo já para além da vigência do estado de emergência, continuassem a subsistir medidas legislativas ou administrativas de encerramento de instalações ou de suspensão de atividades, fixando o período de regularização para entre os meses de setembro de 2020 e junho de 2021;
- (ii) À recentíssima alteração à Lei n.º 4-C/2020, que ainda não foi promulgada e publicada, (i) não apenas proceder a um novo alargamento do âmbito de incidência dessa moratória legal (passando a mesma a beneficiar as rendas vencidas nos três meses subsequentes ao mês em que tenha sido levantada a imposição do encerramento da instalação ou suspensão da atividade) e (ii) ao retardamento e alargamento do período de regularização (passando o mesmo a situar-se durante todos os meses de 2021 e de 2022), mas também (iii) à previsão de um regime de comunicações entre arrendatários e senhorios destinado à efetivação dessa moratória (n.º 1 do artigo 8.º-A), e (iv) à potenciação da sua substituição *inter partes* através de acordos de pagamento de rendas, de tipo convencional, baseados em propostas dos arrendatários aos senhorios e associadas a prazos de aceitação cominatórios para estes últimos (n.ºs 3 a 7 do artigo 8.º-A). Noutro plano, foi ainda por força destas últimas alterações à Lei n.º 4-C/2020 que se determinou expressamente que as medidas nela instituídas não prejudicariam, cedendo, perante regimes mais favoráveis para o arrendatário, nomeadamente advenientes de acordos de perdão de dívida



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

ou de diferimento no pagamento de rendas mais benéficas (n.º 1 do artigo 13.º-A), sendo que, no caso dos arrendamentos não habitacionais, ficariam sem efeito os acordos previamente celebrados que estabeleçam condições menos favoráveis para o arrendatário (n.º 2 do artigo 13.º-A), cominando-se ainda com nulidade eventuais cláusulas de renúncia a direitos, de recurso a meios judiciais e ainda de aceitação de aumentos de renda ou do período do contrato (n.º 3 do artigo 13.º-A). E tudo num contexto em que, importa derradeiramente sublinhar, o legislador não deixou de reconhecer expressamente: (i) por um lado e como já se destacou, que em particular “os proprietários dos imóveis onde funcionam centros comerciais foram mais longe do que o regime legal [já] prescrevia, negociando acordos de perdão de dívida, total ou parcial, das rendas que se venceram durante os estados de emergência e de calamidade ou estabelecendo um regime de pagamento mais favorável ao arrendatário”; (ii) por outro, que o regime de moratória legal agora alargado, ainda que destinado a preservar a “sustentabilidade financeira de muitos operadores comerciais”, buscava igualmente “encontrar um novo equilíbrio, respeitando o núcleo essencial do direito de propriedade privada dos senhorios”; (iii) por fim, que a introdução de um mecanismo negocial “que facilite o diálogo entre os arrendatários e os senhorios (...) será sempre mais viável do que a imposição de um qualquer regime legal às partes”³⁶.

b.2) Supressão da obrigação de pagamento da renda fixa/mínima

7. Preocupações semelhantes — de garantia do equilíbrio contratual e de promoção de soluções pactuadas — parecem no entanto não ter presidido à previsão da solução inscrita no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, aditado pela Lei n.º 27-A/2020, e em cujos termos, já reproduzidos na Consulta, o legislador parlamentar

³⁶ Cfr. a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 42/XIV/1.^a

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

optou por suprimir, até ao final do ano de 2020, a obrigação de pagamento da componente fixa da retribuição («renda mínima»/«renda fixa») devida no âmbito de contratos de utilização de loja em centros comerciais. Com origem numa proposta de aditamento apresentada pelo Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português e aprovada na especialidade pela Comissão de Orçamento e Finanças com votos a favor dos Grupos Parlamentares do PSD, BE, PCP, CDS e Chega e com a abstenção dos Grupos Parlamentares do PS, PAN e IL, semelhante previsão foi nesse contexto justificada apenas com base na assunção de que, em relação aos modelos contratuais atípicos que suportam a utilização de espaços em centros comerciais, “há uma abordagem diferente que é necessária para a resposta adequada a esta especificidade”, traduzida na criação de um “regime excecional de pagamento apenas da componente variável da renda”³⁷.

8. É à determinação do alcance temporal e à avaliação da conformidade constitucional desta solução que se dedicam as rubricas seguintes. Por agora, interessa destacar apenas três aspetos, que se podem dizer resultar inequívocos da *litera* e da *occasio* do preceito:

- (i) O primeiro serve para revelar a excecionalidade do seu âmbito objetivo de aplicação, não apenas porque a sua previsão se circunscreve aos “*contratos de exploração de imóveis para comércio e serviços em centros comerciais*”, não apenas também porque, mesmo quanto a esses, apenas são abrangidos os que assentem em “*formas [contratuais] específicas*” — leia-se, legalmente

³⁷ Cfr. a Nota Justificativa da Proposta de Aditamento 5.6 do Grupo Parlamentar do PCP, de 23.06.2020. Mais tarde, numa *Nota do Gabinete de Imprensa do PCC* de 8.07.2020, aditou-se que a proposta “mais não visa do que fazer refletir nas rendas pagas pelos milhares de pequenos lojistas nos centros comerciais as brutais quebras de rendimentos que estes tiveram, em virtude do encerramento forçado dos seus estabelecimentos durante meses e das brutais quebras de faturação que se verificaram”, e que, “ao contrário de outras decisões já tomadas em torno do arrendamento não habitacional e que preveem vários benefícios como moratórias no pagamento das rendas, os pequenos lojistas que desenvolvem os seus negócios nos centros comerciais ficaram completamente nas mãos dos fundos imobiliários que, pese embora os impactos da epidemia, pretendiam manter os seus imensos lucros inalterados fazendo pagar a componente fixa das rendas independentemente da alteração de todos os pressupostos na qual foram fixadas”.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

«atípicas» —, mas também finalmente porque, ao dispor sobre a supressão das “rendas mínimas” e sobre a obrigação de manutenção da “componente variável”, essa previsão só vale logicamente para os casos de contratos que incluam a combinação dessas duas modalidades de retribuição por parte dos lojistas. Quer dizer: (i) de entre os estabelecimentos comerciais, a solução só vale para os integrados em centros comerciais, não para quaisquer outros; (ii) só que, de entre os estabelecimentos integrados em centros comerciais, a solução só vale (ii.1) por um lado, para aqueles cuja exploração se funde num modelo contratual legalmente atípico, não para os eventuais casos em que a respetiva exploração se funde em modalidades contratuais legalmente «típicas» (v.g., contratos de arrendamento para fins não habitacionais celebrados nos termos e submetidos aos artigos 1108.º e ss. do Código Civil); (ii.2) por outro lado, para aqueles cujo modelo contratual preveja uma combinação de renda fixa/mínima com renda variável;

- (ii) O segundo serve para sublinhar a injuntividade do seu comando, pois que, ao prescrever que “*não são devidos quaisquer valores a título de rendas mínimas*”, aquilo a que a norma aprovada pela Assembleia da República dá corpo é, por si só, à *supressão* da deverosidade da obrigação de pagamento dessa componente da renda — onde antes recaía sobre os lojistas a obrigação de, à partida, pagar todas as componentes da renda, passa agora, e até ao final do ano de 2020, a não existir qualquer obrigação de pagamento da renda mínima, mantendo-se apenas a obrigação de pagamento da componente variável. Quanto aos contratos em vigor, o efeito do n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 é assim o de introduzir, por via legislativa, uma modificação amputativa do seu conteúdo, suprimindo deveres de prestar dos lojistas contratualmente estabelecidos — e isto mesmo quando, note-se, as partes houvessem já acordado termos



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

particulares de adaptação contratual. Eis pois um esquema de intervenção legislativa que se afastou abertamente daquela outra meramente facultativa, e ademais globalmente supletivo, subjacente ao regime da moratória concedida pela Lei n.º 4-C/2020;

(iii) O terceiro serve para revelar que a solução aprovada pela Assembleia da República, orientada que foi para reagir às “situações de perda de rendimentos por parte do[s] inquilino[s]” e movida pelo propósito de proporcionar a estes, neles incluindo os “lojistas nos centros comerciais”, uma “redução proporcional do valor da renda”³⁸, se cinge a operar injuntivamente sobre contratos já celebrados e em execução, pois só no âmbito desses pode ter havido potencialmente lugar, por conta das consequências associadas ao combate à pandemia, a efetiva “perda de rendimento” por parte dos lojistas. Adicionado ao facto de o preceito prescrever que se “*mant[ém]*” a responsabilidade dos lojistas pelo pagamento de todas as (demais) despesas (já) “*contratualmente acertadas*”, é então claro que a solução não tem a pretensão de abranger eventuais novos contratos, mesmo que legalmente atípicos e assentes no esquema combinatório de renda fixa/mínima e renda variável, que venham a celebrar-se entre lojistas e proprietários/entidades gestoras de centros comerciais após a sua entrada em vigor;

(iv) O quarto serve para evidenciar, enfim, que a solução se repercute de modo indiferenciado sobre todo o espectro de relações contratuais (atípicas) entre lojistas e proprietários/entidades gestoras de centros comerciais em vigor. Na realidade, ao dispor amputativamente sobre o conteúdo de *todas* essas relações contratuais (conquanto, como já se notou, se revelem legalmente atípicas e assentem numa combinação de renda fixa/mínima e

³⁸ Cfr., novamente, a Nota Justificativa da Proposta de Aditamento 5.6 do Grupo Parlamentar do PCP, de 23.06.2020.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

renda variável devida pelos lojistas), a norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 não confere qualquer relevância: (i) nem à circunstância de a loja ter sido ou não encerrada por força de qualquer imposição legal ou administrativa motivada pelo combate à pandemia; (ii) nem, em relação às que o tenham sido, ao período mais ou menos alargado durante o qual tenha durado esse encerramento; (iii) nem à maior ou menor dimensão do centro comercial; (iv) nem, por fim, à maior ou menor dimensão, ou projeção económica, dos lojistas.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

§2.º

APLICABILIDADE TEMPORAL DO N.º 5 DO ARTIGO 168.º-A DA LOE/2020

2.1 Inexistência de disposição transitória especial

9. O duplo reconhecimento de que “o Direito não é estático”³⁹ e de que é “inevitável [que] situações jurídicas que se constituíram na vigência da lei antiga transitem para a vigência da lei nova”⁴⁰ confere à disciplina do Direito intertemporal ou transitório — isto é, ao conjunto das disposições da ordem jurídica destinadas a delimitar o *âmbito de competência* de leis sucessivas⁴¹ — uma importância fundamental, tanto mais num modelo de Estado — mais *Social* ou mais *Regulador*, mas em qualquer caso sempre *interventivo* — em que, como hoje sucede em Portugal, a lei se apresenta como instrumento de modulação direta sobre quase todos os sectores com relevância económica e social.

Neste contexto, as disposições de Direito transitório são mobilizadas sempre que na dinâmica própria de determinado setor da ordem jurídica se consiga delimitar aquilo que tradicionalmente se vem conhecendo como um conflito de leis no tempo⁴². Tal como ao Direito Internacional Privado compete determinar qual a lei aplicável no caso em que determinada situação jurídica possua elementos de conexão com diversas ordens jurídicas, é ao Direito transitório que está entregue a missão de delimitar, perante situações jurídicas que contactem com normas ou regimes jurídicos *temporalmente sucessivos*, quais as ou os que, em determinado momento, se aplicam. Isto é: compete-lhe “resolver os problemas que ocorrem quando uma situação jurídica

³⁹ Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 837.

⁴⁰ Cfr. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 279.

⁴¹ Para esta caracterização do Direito transitório, e para o correspondente conceito de *âmbito de competência* das leis, no quadro de um teoria geral do Direito dos Conflitos, cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Coimbra: Almedina, 1970, pp. 4 e ss. e 244-255.

⁴² Assim, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 1982, p. 220.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

entra em contacto com diversas leis que dispõem sobre a mesma matéria em sentidos diferentes”⁴³.

Como pressupostos para que se possa falar no surgimento de um conflito de leis no tempo surgem, por isso, e como é fácil de mapear, três elementos: (i) de um lado, a sucessão cronológica de normas — ou, mais globalmente, de regimes jurídicos; (ii) de outro, a incidência, de modo mais ou menos divergente, dessas normas ou desses regimes jurídicos sobre um mesmo domínio material; (iii) por fim, o contacto de determinadas situações jurídicas — mais ou menos duradouras — com essas normas ou regimes jurídicos temporalmente diferenciados.

10. No que à matéria da *obrigação de pagamento da renda fixa* no âmbito dos contratos de utilização de loja em centro comercial diz respeito, não é difícil prefigurar a ocorrência de um efetivo conflito de leis no tempo, tendo em vista que: (i) antes da data de entrada em vigor do n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 (25 de julho de 2020), na ausência de qualquer disciplina legal específica, *ex contractu* e ao abrigo do princípio do cumprimento pontual dos contratos, sobre os lojistas recaía a obrigação de pagar *todas* as componentes constitutivas da retribuição dos proprietários dos centros comerciais, mesmo que nos termos entretanto modificados por acordo de pagamento/perdão parcial, e mesmo que com possibilidade de beneficiar da moratória legal quanto à efetivação temporal do cumprimento dessa obrigação; (ii) com a entrada em vigor daquela disposição, o legislador suprimiu a obrigação de pagamento de uma componente da retribuição devida pelos lojistas — precisamente, a respeitante aos montantes fixos/mínimos; e que, por fim, (iii) há evidentemente contratos de utilização de lojas em centros comerciais que, tendo sido celebrados e estando em execução em momento anterior ao dia 25 de julho de 2020, assim se mantêm, entretanto adaptados ou não, desde essa data em diante.

Não sendo controverso que, para o futuro, em relação às rendas que se venham a vencer até 31 de dezembro de 2020 nos contratos já celebrados e em execução à data

⁴³ Assim, M. NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa: AAFDL, 2017, p. 370.

de 25 de julho, o legislador determinou injuntivamente que se passe a aplicar a (nova) regra de supressão da componente de retribuição mínima/fixa, pode no entanto colocar-se em dúvida a questão de saber qual o destino das rendas já *anteriormente* vencidas: serão elas devidas nos termos originária ou entretanto modificados fixados entre as partes ou, pelo contrário, ficarão também elas suprimidas, retroativamente, *ex vi* n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020? Por outras palavras: qual o âmbito de aplicabilidade temporal da norma contida nesta disposição orçamental?

11. É perfeitamente conhecido que o Direito português contém, desde a aprovação do Código Civil de 1966, um sistema de *normas de conflito temporais* de vocação generalizada, constituído pelas que constam dos respetivos artigos 12.º, 13.º, 297.º e 299.º, as quais que formam o “conjunto de regras de validade geral sobre os conflitos de leis no tempo” do nosso ordenamento jurídico⁴⁴. Neste contexto, poderia parecer tentador começar por inserir o caso da Consulta — que convoca uma já identificada hipótese de conflito de leis no tempo em matéria de *obrigações contratuais* — em alguma das disposições gerais de Direito transitório do Código Civil e, a partir daí, determinar qual o estatuto das obrigações de pagamento da componente fixa da retribuição devida pelos lojistas instalados em centros comerciais que já se tenham vencido à data do dia 25 de julho de 2020.

Interessa no entanto não perder de vista que “as regras do Código Civil são meras diretrizes que somente em caso de dúvida são aplicáveis” e que “a regra suprema em matéria de aplicação das leis no tempo é a da interpretação da lei em questão”, o que significa que “depende da interpretação de cada uma delas a determinação da sua eficácia temporal, isto é, saber se a lei quer, ou não, abranger as

⁴⁴ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Coimbra: Almedina, 1968, p. 162; também para a premissa de que as disposições de Direito transitório formal constantes do Código Civil são as *gerais*, merecendo por isso aplicação transversal a todos os sectores da ordem jurídica, cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, p. 232; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 550.

situações jurídicas constituídas antes da sua entrada em vigor”⁴⁵. Em suma: “para decidir se certa lei é, ou não, aplicável às situações anteriores, não basta, em rigor, atender às regras formuladas no Código Civil, que só em caso de dúvida são de observar e não prevalecem sobre os resultados da interpretação da lei em causa”⁴⁶.

Trata-se, por outras palavras, de reconhecer que “os problemas de sucessão de leis no tempo suscitados pela entrada em vigor de uma lei nova podem, pelo menos em parte, ser diretamente resolvidos por esta mesma lei”⁴⁷. E, como se sabe, para além dos casos em que essa resolução passe por uma atividade de pura interpretação jurídica — designadamente através da determinação da *intenção* subjacente à aprovação de um novo regime legal —, pode desde logo suceder que a sucessão de leis no tempo se encontre solucionada por *disposições transitórias especiais* previstas na lei nova e que, em regra, adotam uma de duas perspetivas reguladoras: (i) ou fixam um regime transitório específico para determinados factos ou efeitos jurídicos, que pode não coincidir integralmente nem com o da lei antiga nem com o da lei nova (*Direito transitório material*); (ii) ou se limitam a determinar, à semelhança das disposições gerais do Código Civil, entre a lei antiga e a lei nova, qual a aplicável (*Direito transitório formal*)⁴⁸.

Por esta razão, antes mesmo de aquilatar da eventual pertinência de alguma das disposições transitórias *gerais* constantes do Código Civil, importa começar por apreciar se — e em que termos — a própria Lei n.º 27-A/2020 disciplinou os termos de

⁴⁵ Cfr. A. VAZ SERRA, ‘Anotação ao Acórdão do STJ de 7 de outubro de 1976’, *RLJ* ano 110.º (1977), n.º 3602 p. 272.

⁴⁶ Cfr. A. VAZ SERRA, ‘Anotação’, p. 272.

⁴⁷ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, p. 229. Sublinhando, por isso mesmo, que “[só] [n]aqueles casos em que a lei, normalmente em disposições agrupadas numa secção designada «direito transitório», nada disponha em especial sobre as situações em que se suscita um problema de aplicação da lei no tempo, haverá que recorrer aos critérios gerais fixados no Código Civil”, cfr. M. NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução*, p. 371.

⁴⁸ Para esta diferenciação de planos reguladores das disposições transitórias, cfr., *v.g.*, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, pp. 229-231; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, pp. 547-548; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, p. 837; M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, p. 283; M. NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução*, p. 370.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

aplicabilidade temporal da norma agora contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020. E a resposta é simples de obter: não disciplinou.

12. Com efeito, ao modificar a LOE/2020 e ao nela aditar um conjunto alargado de novas disposições, a Lei n.º 27-A/2020 só estabeleceu regras específicas de direito transitório em relação a algumas delas⁴⁹ — não, contudo, em relação ao artigo 168.º-A e, muito particularmente, em relação ao seu n.º 5.

É certo que, como já se destacou na Consulta, a Lei n.º 27-A/2020 determinou expressamente a data da sua entrada em vigor para o dia seguinte ao da respetiva publicação, sendo por isso a partir do dia 25 de julho que, tais como todas as outras disposições da LOE/2020 agora modificadas ou aditadas, o n.º 5 do artigo 168.º-A se encontra em vigor na ordem jurídica portuguesa. Mas este referencial de *vigência* (se se quiser: de «tempo externo») da norma que suprime a obrigação de pagamento da renda fixa/mínima pelos lojistas de centros comerciais não se confunde minimamente com a determinação do seu âmbito de *aplicabilidade temporal* (se se quiser: com o seu «tempo interno»)⁵⁰. Quer dizer: a circunstância de essa norma se encontrar em vigor na ordem jurídica portuguesa desde o dia 25 julho nada revela quanto à extensão mais ou menos ampla do conjunto de situações jurídicas por ela temporalmente abrangidas — em especial, quanto à questão de saber se nesse conjunto de situações se incluem ou não as rendas já vencidas *antes* dessa data.

⁴⁹ Cfr. o artigo 21.º, que se reporta ao regime de liquidação e pagamento do adicional de solidariedade sobre o sector bancário inscrito no Anexo VI; o n.º 1 do artigo 25.º, que determina que as alterações introduzidas no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, a propósito da extensão a gerentes de micro e pequenas empresas do apoio extraordinário a trabalhadores independentes, retroagem à data de entrada em vigor desse Decreto-Lei; e o n.º 2 do artigo 25.º, que determina a retroatividade com efeitos a 1 de julho dos regimes especiais de âmbito fiscal inscritos nos Anexos IV e V.

⁵⁰ Sobre a radical distinção entre os planos da *vigência* e da *aplicabilidade* das normas e sobre correspondentes tempos «externo» e «interno», cfr. E. BULYGIN, 'Time and Validity', in *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam: North Holland, 1982, pp. 65-81; a esse propósito e para um refinamento dessa distinção, cfr. J. D. COIMBRA, 'Sobre o âmbito temporal das disposições revogatórias (a propósito da gratuitidade dos processos de asilo)', *CJA* 121 (2017), pp. 29-30.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

É claro que, em função do próprio recorte da previsão do n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, não há dúvidas quanto ao termo *ad quem* da supressão das rendas fixas — ficando a esse propósito abrangidas apenas as que se venham a vencer, no âmbito dos contratos já celebrados e em execução à data da sua entrada em vigor, até 31 de dezembro de 2020. Mas não há já nem no próprio enunciado dessa disposição, nem em nenhum outro que conste da Lei n.º 27-A/2020, qualquer definição explícita quanto ao termo *a quo* dessa supressão — ou seja, qualquer definição sobre o momento a partir do qual os lojistas se podem considerar desobrigados do pagamento da componente de renda fixa associada aos seus contratos. Noutros termos: a propósito da aplicabilidade temporal da norma que suprime a obrigação de pagamento da componente fixa da renda devida pelos lojistas de centros comerciais, a Lei n.º 27-A/2020, embora autossuficiente na definição do seu *até quando* (31 de dezembro de 2020), nada avança, por si só, quanto ao seu *desde quando*.

13. Ora, quanto ao apuramento desse *desde quando*, na ausência de disposição transitória específica constante da Lei n.º 27-A/2020, duas soluções são abstratamente equacionáveis⁵¹:

- (i) *Primeira*: ficam abrangidas pela supressão da obrigação de pagamento as rendas vencidas que beneficiem da moratória legal inscrita no artigo 8.º da Lei n.º 4-C/2020 — ou seja, as vencidas a partir do dia 1 de abril durante o mês em que vigorou o estado de emergência [abril] e primeiro mês

⁵¹ Em teoria, uma terceira hipótese poderia ainda ser equacionada: a de considerar que ficam abrangidas pela supressão da obrigação de pagamento das rendas fixas as vencidas durante todo o ano de 2020 (leia-se: desde 1 de janeiro), atenta a inscrição do n.º 5 do artigo 168.º-A na Lei do Orçamento do Estado, que é nos termos da Constituição (cfr. o n.º 1 do artigo 106.º) um ato legislativo de vigência anual. Totalmente ao arrepio das razões justificativas que conduziram à aprovação desta disposição no quadro da discussão do «Orçamento Suplementar» (a resposta aos efeitos decorrentes da pandemia, que por definição não se manifestaram nos primeiros meses do ano), certo é que esta hipótese sempre cederia perante a circunstância, que só mais adiante neste Parecer se aprofundará (cfr. *infra*, §4.º), de a norma contida nessa disposição da LOE/2020, ao regular matéria totalmente estranha à disciplina orçamental e financeira, não partilhar do regime específico das leis orçamentais. Não há pois a mínima base, nem teleológica nem estrutural, para considerar que o comando de supressão da obrigação de pagamento da retribuição mínima pelos lojistas contido no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 incide sobre todas as rendas vencidas desde o dia 1 de janeiro de 2020.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

subsequente [maio], as vencidas nos meses em que de outra forma tenha sido legislativa ou administrativamente determinado o encerramento de certo estabelecimento ou a suspensão de certa atividade [o que no caso dos centros comerciais ocorreu, pelo menos e ainda que com variações, em junho], e as vencidas nos três meses subsequentes ao mês em que tenha ocorrido o levantamento dessa determinação [o que abrange, para a vasta maioria dos estabelecimentos integrados em centros comerciais, pelo menos, as rendas vencidas nos meses de julho, agosto e setembro]. E assim seria por conta da «norma de articulação» que, na versão saída da sua segunda alteração, a Lei n.º 4-C/2020 incorporou no n.º 2 do seu artigo 10.º, a qual deveria ser interpretada como contendo, mesmo que indireta ou implicitamente, a disposição de direito transitório especificamente aplicável à norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020;

- (ii) *Segunda*: ficam abrangidas pela supressão apenas as rendas que se venham a vencer após a data de entrada em vigor da Lei n.º 27-A/2020, ou seja, após o dia 25 de julho de 2020 [por conseguinte, e na prática, apenas as que se vençam nos meses de agosto em diante] — hipótese esta que, em contrapartida, corresponde ao resultado da aplicação das disposições transitórias gerais do Código Civil.

Simplificando: de acordo com a primeira solução, a norma de supressão da obrigação de pagamento da componente fixa da renda pelos lojistas de centros comerciais abrangeria, *grosso modo*, todas as vencidas a partir de abril; de acordo com a segunda, essa norma abrangeria apenas as rendas que se venham a vencer a partir do mês de agosto.

Revelarão as linhas seguintes ser esta segunda a única solução com amparo na ordem jurídica portuguesa; mas importa, antes de a aprofundar, compreender por que é de afastar a primeira também acabada de enunciar. Em particular, compreender a razão pela qual não é minimamente relevante, para efeitos de determinação do

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

âmbito de aplicabilidade temporal da norma inscrita no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, o que se dispõe no n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 4-C/2020.

2.2 Solução

2.2.1 (Ir)relevância do n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 4-C/2020

14. Aditado por iniciativa do Grupo Parlamentar do PS no contexto da discussão e votação na especialidade da (segunda) proposta governamental de alteração ao «Regime excecional para as situações de mora no pagamento da renda nos contratos de arrendamento urbano habitacional e não habitacional, no âmbito da pandemia COVID-19», o novo n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 4-C/2020 foi nesse contexto justificado com base no reconhecimento de que a introdução — entretanto já aprovada — do n.º 5 do artigo 168.º-A na LOE/2020 “não acautelou a articulação da mesma com o regime previsto na Lei n.º 4-C/2020, de 6 de abril, o que pode determinar a possível interpretação segundo a qual, relativamente à componente variável da renda e a todas as despesas contratualmente acordadas, os operadores comerciais podem continuar a invocar a aplicação do regime previsto naquela lei, solução que não se pode aceitar e cujos resultados práticos se mostra imperioso reverter”⁵².

Num propósito facilmente compreensível, a determinação de que as medidas inscritas naquele regime excecional (*maxime*, a «moratória» do pagamento aplicável às rendas vencidas desde o dia 1 de abril) não se aplicariam aos “estabelecimentos inseridos em conjuntos comerciais que beneficiem do regime previsto no n.º 5 do artigo 168.º-A da [LOE/2020]” foi deste modo perspetivada pelo legislador parlamentar como meio para obviar àquilo que se considerou poder vir resultar numa injustificada *duplicação* de regimes em favor dos lojistas instalados em centros comerciais. E isto numa dupla perspetiva: (i) por um lado, considerando o intervalo temporal dentro

⁵² Cfr. a Proposta de Alteração C2 à Proposta de Lei n.º 42/XIV/1.^a.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

do qual, à data de entrada em vigor do n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 (25 de julho de 2020), os lojistas poderiam beneficiar ainda do regime de moratória tal como inscrito na versão da Lei n.º 4-C/2020 em vigor nesse momento⁵³; (ii) por outro, considerando o intervalo temporal que decorrerá entre o dia 25 de julho e o dia 31 de dezembro de 2020.

É que: (i) quanto à primeira perspetiva enunciada, ao abrigo do artigo 8.º da Lei n.º 4-C/2020, na versão resultante da sua primeira alteração, os lojistas de estabelecimentos de centros comerciais que se encontravam encerrados⁵⁴ e aqueles que só puderam reabrir a 15 de junho⁵⁵, poderiam à partida continuar a diferir o pagamento das rendas vencidas nos meses em que ao abrigo de disposição legal ou medida administrativa aprovada no âmbito da pandemia tenha sido determinado o encerramento de instalações ou suspensão de atividades ou no primeiro mês subsequente; (ii) quanto à segunda perspetiva enunciada, ao abrigo do artigo 8.º da Lei n.º 4-C/2020, na versão resultante da sua segunda alteração — que ainda não entrou em vigor — quaisquer lojistas de centros comerciais, conquanto tenham visto encerrados os seus estabelecimentos ou suspensas as suas atividades, beneficiariam à partida da possibilidade de diferir o pagamento da totalidade das rendas vencidas a partir do dia 1 de abril, incluindo, *in limine*, as vencidas até ao final do terceiro mês subsequente àquele em que tenha ocorrido levantamento de uma imposição de encerramento de estabelecimento/suspensão de atividade. Sucede que, ao abrigo do aditado n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, todos esses lojistas, embora desobrigados do pagamento da renda fixa/mínima, continuam vinculados ao pagamento da componente variável da renda e, bem assim, das demais despesas contratualmente estabelecidas.

⁵³ Isto é, tal como alterada pela Lei n.º 17/2020, de 29 de maio.

⁵⁴ *Ex vi* artigo 3.º do Regime anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 53-A/2020, de 14 de julho.

⁵⁵ *Ex vi* artigo 5.º dos Regimes anexo às Resoluções do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020, de 29 de maio, e n.º 43-B/2020, de 12 de junho.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Fácil é pois concluir que, na hipótese de eventual aplicação cumulativa destes dois mecanismos, aos lojistas de centros comerciais não poderia ser exigida, durante grande parte dos meses do ano de 2020, qualquer obrigação de pagamento a título de renda — nem quanto à sua componente fixa/mínima (que já era objeto da moratória prevista no artigo 8.º da Lei n.º 4-C/2020 e foi suprimida pelo n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020), nem quanto à sua componente variável (que já era também objeto da moratória prevista no artigo 8.º da Lei n.º 4-C/2020, em qualquer dos intervalos temporais referidos, mas que ao invés não foi suprimida pelo n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020). Mas na medida em o regime agora inscrito no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 é abertamente mais favorável para estes lojistas — pois suprime, até ao final de 2020, a obrigação de pagamento da componente fixa/mínima da renda —, não espanta que o legislador parlamentar tenha cuidado de bloquear os efeitos que resultariam da aplicação simultânea da moratória legal e da norma que suprimiu a obrigação de pagar as rendas fixas.

Quer dizer: tendo favorecido excepcionalmente os lojistas de centros comerciais através da supressão da obrigação de pagamento da componente fixa/mínima da sua renda, o legislador parlamentar limitou corresponsivamente a possibilidade de recurso à moratória que também lhes era aplicável nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 4-C/2020, em qualquer das suas versões, e que incidia sobre *qualquer* componente — fixa ou variável — da sua renda.

15. Assim compreendida a *ratio* subjacente ao n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 4-C/2020, fica então claro que o seu alcance é apenas o de limitar, em relação aos lojistas de centros comerciais, a possibilidade de continuarem a beneficiar do regime (geral) da moratória legal previsto no artigo 8.º desse diploma. E tudo porque, com a aprovação e entrada em vigor do n.º 5 do artigo 168.º da LOE/2020, passou a incidir sobre os seus contratos uma medida legislativa (específica) mais favorável. A partir do momento em que se vejam desobrigados do pagamento da componente fixa da renda, os lojistas de centros comerciais não podem continuar a beneficiar do regime



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

(geral) de moratória que antes lhe era aplicável. Eis então este, e só este, o alcance da «norma de articulação» prevista no n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 4-C/2020: circunscrever reciprocamente os âmbitos de incidência da medida geral de apoio prevista, desde abril, para a generalidade dos arrendatários de estabelecimentos comerciais e da medida específica prevista, desde o final de julho, para os lojistas de centros comerciais.

Por ser assim, e em contrapartida, o que desta «norma de articulação» de modo algum se retira é a resposta à questão de saber qual o âmbito de aplicabilidade temporal da norma inscrita no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020. Seria aliás estranho, senão mesmo inédito na legística portuguesa, que o âmbito de aplicabilidade temporal de uma norma inscrita na Lei do Orçamento do Estado fosse determinado por uma disposição contida noutra lei — e que não é sequer formalmente transitória. Pressupondo que *há um momento* a partir do qual os lojistas de centros comerciais ficam desobrigados do pagamento da componente fixa da renda, não é pois o n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 4-C/2020 que define *qual é esse momento*. Limita-se isso sim esse preceito, e com os propósitos já identificados, a definir que, a partir desse momento, esses lojistas, porque sob alçada de um regime específico mais favorável, não mais podem continuar a beneficiar do regime geral — e menos favorável — de moratória legal aplicável aos arrendamentos não habitacionais e outras formas de exploração de estabelecimentos comerciais.

16. Dir-se-ia no entanto que, em sendo este o alcance do n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 4-C/2020, se tornaria difícil discernir hipóteses reais em que a possibilidade de diferir o pagamento de rendas vencidas a partir de abril viesse efetivamente a coincidir com uma supressão legal da obrigação de pagamento da renda fixa só prospectivamente aplicável e, por isso, só incidente sobre as vencidas a partir do mês de agosto. E, em sendo assim, seria consequentemente difícil discernir qualquer sentido útil para esta «norma de articulação». Mas vejamos melhor.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Recorde-se que, por força das últimas alterações introduzidas na Lei n.º 4-C/2020, a moratória nela prevista, aplicável a partir do dia 1 de abril de 2020, abrange não apenas as rendas vencidas no mês [abril] em que tenha vigorado o estado de emergência e no mês subsequente [maio], mas também as vencidas nos meses em que, ao abrigo de disposição legal ou administrativa de resposta à pandemia, tenha sido determinado o encerramento de uma instalação ou a suspensão de uma atividade [o que, como acima já se recenseou, ocorreu em relação a um grande número de estabelecimentos integrados em centros comerciais durante todo o mês de maio e, em relação a alguns deles, ainda durante a primeira quinzena de junho] e, bem assim, as vencidas nos três meses subsequentes ao mês em que tenha sido levantada essa imposição de encerramento ou suspensão. E recorde-se também que, já por força da primeira alteração à Lei n.º 4-C/2020, a moratória aí prevista era também aplicável aos estabelecimentos que, à data de junho de 2020, permaneciam encerrados e que, por isso mesmo, poderiam diferir o pagamento das rendas vencidas nos meses em que ao abrigo de disposição legal ou administrativa aprovada no âmbito do combate à pandemia fosse determinado o encerramento de instalações ou a suspensão de atividades ou no primeiro mês subsequente.

Desta feita, e considerando apenas o encerramento generalizado das lojas dos centros comerciais durante todo o mês de maio (e de algumas durante o mês de junho), não restam dúvidas de que a moratória aplicável a esses casos se alarga às rendas vencidas em junho, julho e agosto; considerando por seu turno o caso de estabelecimentos que só puderam reabrir a partir do dia 15 de junho [o que ocorreu, na Área Metropolitana de Lisboa, com a generalidade dos instalados em centros comerciais], a moratória estende-se às rendas vencidas nos subsequentes meses de julho, agosto e setembro; e considerando, por fim, que há ainda hoje estabelecimentos não autorizados a abrir [v.g., bares, salões de dança], a moratória prevista no artigo 8.º da Lei n.º 4-C/2020 incidirá, no limite, sobre rendas que se venham a vencer em outubro, novembro ou mesmo dezembro.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Demonstrado fica assim que a «norma de articulação» prevista no n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 4-C/2020 é plena de sentido útil mesmo no pressuposto de que a norma da supressão da obrigação de pagamento da renda fixa prevista no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 só ganha aplicação em relação às rendas vencidas *a partir* do mês de agosto. E é plena de sentido porque, acaso ela não tivesse sido enunciada pelo legislador, um vasto número de lojistas de centros comerciais poderia, a partir dessa data, não apenas não pagar a suprimida componente de renda fixa, mas também não pagar, diferindo para o futuro, a componente de renda variável ainda beneficiada com a moratória prevista no artigo 8.º da Lei n.º 4-C/2020.

17. De resto, e a fechar este ponto, se há algum elemento interpretativo que se possa colher na Lei n.º 4-C/2020 a propósito da determinação do âmbito de aplicabilidade temporal do n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, para o que ele aponta é justamente no sentido inverso ao de uma qualquer pretensão de retroatividade desta última disposição.

É que, quando tratou de estabelecer na Lei n.º 4-C/2020 medidas relativas ao pagamento de rendas, o legislador não descuidou de fixar explicitamente o seu termo *a quo* de aplicabilidade. Com efeito, nos termos do respetivo artigo 14.º, determinou-se concretamente que “*a presente lei é aplicável às rendas que se vençam a partir do dia 1 de abril de 2020*” — determinação essa que, atenta a data de entrada em vigor do *Regime excepcional* então aprovado (7 de abril, dia seguinte ao da sua publicação), corporizou a atribuição de eficácia retroativa às respetivas normas (*v.g.*, às habilitadoras da moratória de pagamento).

Ao invés, no caso do n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, em lado algum o legislador parlamentar dispôs, nem explícita nem implicitamente, no sentido da eficácia retroativa da norma aí contida. É significativo, a este propósito, o contraste com o que resultava dos Projetos de Lei n.º 452/XIV/1.^a (PCP) e n.º 469/XIV/1.^a (BE). Tais Projetos, que continham solução equivalente, faziam explicitamente retroagir a lei a aprovar, no caso do PCP, ao dia 22 de março de 2020 (*cfr.* o artigo 7.º) e, no caso

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

do BE, às rendas que se tivessem vencido a partir do dia 1 de abril de 2020 (cfr. o artigo 7.º). É este mais um elemento que reforça a ideia de que, acaso a Assembleia da República, no momento de aditar à LOE/2020 o n.º 5 do artigo 168.º-A, tivesse pretendido atribuir-lhe eficácia retroativa, não deixaria de o enunciar explicitamente. Não foi o caso.

18. Em suma: o disposto no n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 4-C/2020 não é de modo algum determinativo do âmbito de aplicabilidade temporal da norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020. Não há nem sua na *ratio*, nem desde logo na sua *litera*, o mínimo amparo para concluir que o seu alcance é o de fazer *retroagir* a norma que suprime a obrigação de pagamento das rendas fixas devidas pelos lojistas de centros comerciais à data inicial de incidência da moratória legal prevista no artigo 8.º da Lei n.º 4-C/2020 — isto é, a 1 de abril de 2020.

19. Não se justifica, em face da conclusão linear obtida no sentido da não-retroatividade da norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, sublinhar que, se acaso o legislador parlamentar houvesse feito retroagir a supressão da obrigação de pagamento da renda fixa devida pelos lojistas a 1 de abril de 2020, com um hipotético alcance de, no limite, «reverter» pagamentos já efetuados a esse título, a solução seria rotundissimamente inconstitucional, porque consagradora de uma intervenção legislativa restritiva sobre direitos fundamentais⁵⁶ de alcance retroativo e, por isso, inapelavelmente violadora do limite inscrito no n.º 3 do artigo 18.º da Constituição.

Claro que, nessa hipótese interpretativa, sempre essa desconformidade constitucional poderia servir de amparo ao desenvolvimento de um exercício de interpretação em conformidade com a Constituição de sentido *corretivo* ou no limite *revisivo* da lei⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. *infra*, 3.2.1.

⁵⁷ Cfr., desenvolvidamente sobre a admissibilidade e limites desta ferramenta metodológica, R. MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa: UCE, 1999, pp. 307 e ss.

Simplesmente, uma argumentação orientada nesse sentido revela-se no presente contexto desnecessária, porque nada há na interpretação imanente à lei que resulte na extração de uma regra de retroatividade da supressão da obrigação de pagamento da renda fixa pelos lojistas de centros comerciais. E, por ser assim, no limite, a inadmissibilidade constitucional dessa hipotética retroatividade apenas permite que a interpretação conforme à Constituição seja mobilizada com uma função não corretiva ou revisiva, mas tão-só de *apoio* em relação ao resultado interpretativo obtido através dos demais elementos de interpretação — *in casu*, de apoio à conclusão de que a norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 não é retroativa.

20. Noutro plano, e ainda no pressuposto meramente hipotético da retroatividade dessa norma, sempre importaria não extrair conclusões precipitadas quanto aos efeitos dessa retroatividade.

Na verdade, a não ser que o legislador explicitasse que a retroação da norma que suprime a obrigação de pagamento das rendas fixas importaria a «devolução» de montantes já pagos pelos lojistas a esse título, esse efeito não poderia nunca obter-se à luz das regras gerais da ordem jurídica portuguesa, sem que fosse aliás necessário apelar a qualquer argumento de (in)constitucionalidade. É que, mesmo quando a uma lei seja atribuída eficácia retroativa, estabelece a segunda parte do n.º 1 do artigo 12.º do Código Civil que “*ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular*”. E o efeito desse comando geral de delimitação do alcance das leis retroativas do Direito transitório português em matéria de cumprimento contratual não é difícil de evidenciar: “se a lei nova retroativa regular o cumprimento das obrigações decorrentes de contratos já celebrados, ela não afeta os efeitos produzidos pelos cumprimentos entretanto realizados”⁵⁸.

Deste modo, mesmo se por hipótese o legislador parlamentar tivesse estabelecido que o disposto no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 se aplicaria a rendas já vencidas em momento anterior ao da sua entrada em vigor, o efeito dessa

⁵⁸ Cfr. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, p. 289.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

estipulação retroativa não poderia ser jamais o de «reverter» pagamentos de montantes de rendas fixas já efetuados por lojistas de centros comerciais nos meses de abril, maio, junho ou julho.

2.2.2 O apelo às disposições transitórias gerais; consequências

21. Na ausência de qualquer disposição transitória especial contida na Lei n.º 27-A/2020, e apurada a imprestabilidade do n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 4-C/2020 para esse efeito, só por aplicação das disposições transitórias gerais do Direito português é que se podem determinar os termos de aplicabilidade temporal da norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020. E as consequências da aplicação dessas disposições transitórias gerais — em particular: as constantes do artigo 12.º do Código Civil — são duas:

a) A primeira, mais óbvia, é a de que, em obediência ao princípio geral formulado na primeira parte do n.º 1 do artigo 12.º do Código Civil, a norma que suprimiu a obrigação de pagamento da renda fixa pelos lojistas de centros comerciais “*só dispõe para o futuro*”, ou seja, é prospetiva e não retroativa. Por isso, só incide sobre as rendas que se venham a vencer a partir do dia 25 de julho de 2020, não sobre quaisquer outras já vencidas antes dessa data.

Na realidade, para que por ela pudessem ser abrangidas rendas já vencidas, à norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 teria de ter sido atribuída, por força de uma específica disposição de direito transitório, eficácia retroativa. Só que, como já se apurou, uma disposição transitória com esse alcance não existe na ordem jurídica portuguesa: nem na Lei n.º 27-A/2020, que a aditou à LOE/2020 sem lhe associar qualquer disposição transitória; nem, muito menos, na última versão da Lei n.º 4-C/2020 e no modo como através do n.º 2 do seu artigo 10.º foram articulados o regime geral de moratória no pagamento de rendas e o regime específico aprovado em relação aos lojistas de centros comerciais.

b) A segunda consequência da aplicação das disposições transitórias gerais *in casu* é a de que, não obstante incidir (ablativamente) sobre o conteúdo de situações jurídicas contratuais, a norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 é de aplicação imediata aos contratos em curso.

É verdade que, a título geral, as situações que integram o «estatuto contratual», porque geneticamente constituídas por e moldadas pela vontade das partes, se devem considerar, para efeitos do disposto na primeira parte do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil, como “efeitos” que a lei nova regula sem abstração dos “factos” que lhes deram origem. É dizer: “se a lei trata de matéria contratual, entende-se que os aspetos sobre os quais versa, respeitando diretamente ao conteúdo da relação jurídica contratual, configuram efeitos não destacáveis do facto constitutivo de tal relação, isto é, o próprio contrato”⁵⁹, pelo que, “em princípio, deve entender-se que a lei nova que tem incidência sobre situações jurídicas contratuais não abstrai que lhes deram origem e, por isso, só se aplica aos contratos futuros”⁶⁰. Por ser assim, e porque “a intervenção do legislador que venha modificar o regime querido pelas partes afeta as previsões destas, transtorna o equilíbrio por elas arquitetado e afeta, portanto, a segurança jurídica”⁶¹, a regra geral, que tem expressão naquele primeiro segmento do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil português, é a de que “a lei que rege as relações jurídicas contratuais é a lei em vigor no momento em que os contratos foram celebrados”⁶².

Só que essa diretriz geral em matéria de disciplina temporal das leis sobre contratos, que “condizia perfeitamente com legislação de inspiração liberal, assente no reconhecimento de um largo papel à autonomia da vontade”, numa legislação que tinha nesse contexto “um carácter fundamentalmente supletivo”⁶³, não é compatível com o cenário de “uma cada vez maior intervenção do legislador no domínio dos

⁵⁹ Cfr. M. NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução*, p. 375.

⁶⁰ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação*, p. 112.

⁶¹ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, p. 238.

⁶² Cfr. M. NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução*, p. 375.

⁶³ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, p. 239.

contratos em virtude da intervenção inevitável do Estado na vida económica e social”, intervenção essa que, como é facilmente reconhecível, conduz à multiplicação não só de “medidas legislativas destinadas a proteger o interesse contratual da parte mais fraca”, mas também de “medidas legislativas destinadas a modificar a estrutura da economia ou a equilibrar a conjuntura económica”; nesses casos, em que o modo paradigmático de intervenção legislativa é o da aprovação de normas *injuntivas*, não restarão em princípio dúvidas de que “deve ceder o princípio de que a lei nova só se aplica a contratos futuros”⁶⁴. Quer dizer: “sempre que as cláusulas de um contrato celebrado na vigência da lei antiga conflituem com as disposições da lei nova com incidência sobre os efeitos dos contratos, sendo o teor de tais disposições ditado por princípios estruturadores da ordem social ou económica, estas disposições prevalecem sobre aquelas cláusulas”⁶⁵; e assim, “se da interpretação da lei nova resultar que tal disposição visa o conteúdo ou os efeitos da situação jurídica contratual em si mesmos, ela será de aplicação imediata”⁶⁶.

Pois bem: regressando ao n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, fundada que se encontra esta disposição no objetivo de dar uma resposta legislativa particular às consequências emergentes de uma crise pandémica sobre um específico domínio de relações contratuais, dúvidas não restam quanto à identificação da sua injuntividade em relação aos contratos já celebrados e em execução à data da sua entrada em vigor, por um lado, e à caracterização da sua disciplina como de regulação não estritamente contratual, mas sim e mais amplamente de política pública económica, por outro. Equivale isto por dizer que ao eximir os lojistas de centros comerciais da obrigação de pagar a componente fixa das suas rendas, o legislador parlamentar se dirigiu não à regulação abstrata de um certo tipo contratual, mas sim à “tutela duma generalidade de pessoas que se acham ligadas por uma relação contratual”, de um

⁶⁴ Cfr. M. NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução*, p. 376.

⁶⁵ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, p. 242.

⁶⁶ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação*, p. 112.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

modo ilustrativamente exemplar de uma disposição que, embora reguladora do conteúdo de situações jurídicas contratuais, “atinge essas pessoas, não enquanto *contratantes*, mas enquanto pessoas ligadas por certo tipo de vínculo contratual”⁶⁷.

Por este motivo, a solução de Direito transitório que a ordem jurídica portuguesa fornece para a determinação do âmbito de aplicabilidade temporal do n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, que é injuntivo e aponta circunstanciadamente à deverosidade de específicas prestações contratuais durante um certo período de tempo, é a que consta não já da primeira, mas sim da segunda parte do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil. Isto é: por “*disp[or] diretamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhe deram origem*”, a norma contida nessa disposição aditada à Lei do Orçamento do Estado para 2020 “*abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor*”. Ou seja, abrange os contratos em curso e as situações jurídicas deles emergentes — leia-se, atinge as rendas que venham a vencer-se a partir do dia 25 de julho em diante.

22. Em suma: prospetiva e imediatamente aplicável aos contratos em curso, o efeito da norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 é o de suprimir, entre os meses de agosto e dezembro de 2020, a obrigação dos lojistas de centros comerciais de pagar as rendas fixas/mínimas a que de outra forma estariam, *ex contractu*, vinculados. Sucede que, mesmo com este alcance temporalmente circunscrito, tal norma é, e a vários títulos, materialmente inconstitucional.

⁶⁷ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação*, p. 122.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

§3.º

INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO N.º 5 DO ARTIGO 168.º-A DA LOE/2020

3.1 Crise pandémica e intervenção legislativa sobre relações contratuais

23. Não custa admitir que os efeitos diretos e indiretos da pandemia da COVID-19 afetaram, e continuarão por certo a afetar durante largos meses, um larguíssimo espectro de relações contratuais — sobretudo, e compreensivelmente, as de vigência duradoura. E não há dúvidas de que um capítulo significativo das perturbações contratuais daí decorrentes foi ou poderá vir a ser atendível e adequadamente solucionado através dos institutos gerais já previstos na lei mais paradigmaticamente aptos a reagir perante cenários deste tipo (*v.g.*, regime da alteração das circunstâncias, regime da impossibilidade temporária ou parcial)⁶⁸, de mecanismos convencionalmente pré-fixados (*v.g.*, cláusulas de força maior)⁶⁹, isto para não considerar desde logo a possibilidade de modulação circunstancial do conteúdo dos direitos e deveres de contratuais, pelas partes, de modo especificamente orientado a lidar com essas perturbações⁷⁰.

Estranho seria em todo o caso que, numa crise tão transversalmente disruptora das relações sociais e económicas, o legislador não viesse também a intervir de forma dedicada, ao menos sobre domínios contratuais mais estruturalmente afetados pela

⁶⁸ Cfr., a propósito da adequação de alguns institutos gerais do Código Civil ao presente contexto, AA. VV., *Novo Coronavírus e Crise Contratual. Anotação ao Código Civil* (coord. C. Monteiro Pires), Lisboa: AAFDL, 2020, *passim*; mais sectorialmente, M. L. PEREIRA, 'Mora do credor', in *Novo Coronavírus e Gestão da Crise Contratual. Estratégias Jurídicas*, Lisboa: CIDP, 2020, pp. 21-26; M. MIRANDA BARBOSA, 'Entre a impossibilidade e a alteração superveniente das circunstâncias: reflexões a propósito da pandemia de COVID-19', *RMP* 41/especial (2020), pp. 227-258; M. OSÓRIO DE CASTRO, 'Impacto das medidas de combate ao coronavírus (SARS-COV-2) no cumprimento dos contratos', in *COVID 19 e o Direito*, Porto: Edições Universitárias Lusófonas, 2020, pp. 7-28.

⁶⁹ Cfr., a esse propósito e já perante o atual contexto, A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, 'Força maior e impedimentos do devedor', in *Novo Coronavírus e Gestão da Crise Contratual. Estratégias Jurídicas*, Lisboa: CIDP, 2020, pp. 10-15.

⁷⁰ Cfr., a esse propósito e também já perante os impactos da atual crise pandémica, C. MONTEIRO PIRES, 'Modificar e renegociar o contrato. Reduzir as prestações', in *Novo Coronavírus e Gestão da Crise Contratual. Estratégias Jurídicas*, Lisboa: CIDP, 2020, pp. 36-44.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

pandemia, ou cujos efeitos mais intensamente abalaram os normais esteios de equilíbrio entre as partes ou mais horizontalmente incidiram sobre zonas em que a preservação desse equilíbrio não é neutra à luz das opções de *public policy* assumidas como prioritárias pelos poderes públicos. É que, como oportunamente já se destacou entre nós, “nas grandes alterações de circunstâncias (como a epidemia do Covid-19), a prossecução de objetivos «transcontratuais» gerais requererão normalmente uma resposta geral, para lá das relações contratuais concretas, de natureza política”⁷¹.

Ora, no caso português, é manifesto que o legislador não se coibiu de aprovar regimes excepcionais com incidência direta em relações contratuais vigentes, e nos mais diversos domínios (para além do arrendamento, assim sucedeu paradigmaticamente também, na esfera das relações civis, e entre outros, no âmbito dos contratos bancários de crédito⁷², dos contratos de seguro⁷³ e, claro, dos contratos de trabalho⁷⁴). Seria fastidioso, e no contexto do presente parecer algo inútil, descrever com detalhe as medidas que, fundamentalmente por reconhecimento da insuficiência dos institutos gerais já previstos na lei ou como forma a obviar à potenciação de desequilíbrios que pudessem resultar da livre atuação corretora das partes, as autoridades legislativas portuguesas fizeram aprovar legislativamente neste contexto.

⁷¹ Cfr. M. CARNEIRO DA FRADA, ‘A alteração das circunstâncias à luz do Covid-19. Teses e reflexões para um diálogo’, *ROA* 80/I-II (2020), p. 159.

⁷² Cfr. o Decreto-Lei n.º 10-J/2020, de 26 de março (entretanto já alterado pelo Decreto-Lei n.º 26/2020, de 16 de junho, e pela Lei n.º 27-A/2020, de 24 de julho); a esse propósito, cfr. M. PESTANA VASCONCELOS, ‘Legislação de emergência’, pp. 269-284; IDEM, ‘Contratos de crédito bancário e Covid 19. O regime da moratória decorrente do Dec-Lei n.º 10-J/2020’, *Revista de Direito Comercial* (2020), pp. 1107-1134; M. PERESTRELO DE OLIVEIRA, ‘Moratória bancária’, in *Novo Coronavírus e Gestão da Crise Contratual. Estratégias Jurídicas*, Lisboa: CIDP, 2020, pp. 16-20.

⁷³ Cfr. o Decreto-Lei n.º 20-F/2020, de 12 de maio.

⁷⁴ Cfr., sobretudo, o Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março (entretanto já alterado pelo Decreto-Lei n.º 14-F/2020, de 13 de abril, e pelo Decreto-Lei n.º 27-B/2020, de 19 de junho); a esse propósito, cfr. J. LEAL AMADO, ‘Emergência, calamidade e despedimento: o empoderamento da ACT’, *RMP* 41/especial (2020), pp. 355-378; J. VASCONCELOS, ‘COVID-19 e proteção dos contratos de trabalho: sentido e limites de mais uma proibição de despedimento’, *RMP* 41/especial (2020), pp. 379-389; IDEM, ‘«Suspensão» pela ACT do despedimento que repute de ilícito: sentido, alcance e limites de uma medida excepcional’, *Revista de Direito Comercial* (2020), pp. 1557-1578.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

24. Em qualquer caso, à guisa de introdução à avaliação da conformidade constitucional da norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, é pertinente destacar um aspeto sistémico de particular significado.

Na realidade, antes da aprovação desse aditamento à Lei do Orçamento do Estado, pode com relativa segurança afirmar-se que o regime excepcional de incidência contratual através do qual o legislador mais longe foi na afetação de concretas posições contratuais, visando com isso prosseguir confessados objetivos «transcontratuais» — no caso, a “necessidade do esforço e contribuição de todos, para ultrapassar os efeitos sociais e económicos da pandemia”⁷⁵ e, sobretudo, o afastamento dos “efeitos [financeiros] negativos que decorreriam para o Estado do acionamento, em simultâneo, do exercício de eventuais direitos compensatórios pelos contraentes privados sem qualquer restrição”⁷⁶ —, foi o contido no Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril, consagrador de um «*Regime excepcional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura*» aplicável àqueles em que o Estado ou outras entidades públicas fossem parte.

Com efeito, ao aí ter determinado a suspensão das cláusulas contratuais e disposições normativas consagradoras de direitos de reposição de equilíbrio financeiro ou de compensações por quebras de utilização nesse tipo de contratos, vedando aos contraentes privados a possibilidade de delas se fazerem valer por factos ocorridos entre os dias 3 de abril e 2 de maio (n.º 1 do artigo 3.º), o legislador franqueou abertamente, com um alcance supressor, direitos contratuais de um dos polos (os contraentes/parceiros privados) em favor do outro (o Estado e demais entidades públicas).

Mas a verdade é que semelhante intervenção legislativa só foi levada a cabo a coberto de expressas habilitações presidenciais, constantes dos Decretos declaradores

⁷⁵ Cfr. a nota promulgação do Presidente da República sobre o Decreto-Lei n.º 19-A/2020 (29.04.2020), disponível no sítio *web* da Presidência da República.

⁷⁶ Cfr. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 19-A/2020.

do estado de emergência, de *suspensão* da liberdade de iniciativa económica e do direito à propriedade privada para esse efeito⁷⁷. E este aspeto não é despiciendo, porquanto revela o reconhecimento de que a ablação direta — que não mero retardamento temporal — de posições contratuais em contexto de crise pandémica só pôde justificar-se, *in limine*, ao abrigo do regime qualificado e excecional de *suspensão* de direitos fundamentais previsto e habilitado pelo artigo 19.º da Constituição, não ao abrigo do regime-regra de (mera) *restrição* de direitos fundamentais⁷⁸.

⁷⁷ Cfr., na alínea *b*) do artigo 4.º do Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril, replicada com um ligeiro refinamento na também alínea *b*) do artigo 4.º do Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril, a referência autorizativa, no contexto da suspensão dos direitos de “propriedade e iniciativa económica privada”, à possibilidade de virem a ser “temporariamente modificados os termos e condições de contratos de execução duradoura ou dispensada a exigibilidade de determinadas prestações, bem como limitado o direito à reposição do equilíbrio financeiro de concessões ou de prestações de serviços em virtude de uma quebra na utilização dos bens concessionados decorrente das medidas adotadas no quadro do estado de emergência”.

⁷⁸ Cfr., sobre o alcance muito mais potencialmente interferente das medidas legislativas adotadas num cenário de *suspensão* de direitos fundamentais em face das que corporizem simples *restrições*, apartando as duas figuras na medida em que a primeira postula uma “impossibilidade geral e transitória do exercício do direito de algumas das possibilidades que ele facultava”, cfr. J. REIS NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 193, nota 328; igualmente em termos gerais, v. também J. MELO ALEXANDRINO, *Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, II, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 435-437, nota 1840; IDEM, *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, 2.ª ed., Cascais: Principia, 2011, pp. 142-146; e já no contexto da atual conjuntura, cfr. M. NOGUEIRA DE BRITO, ‘Modelos de Emergência no Direito Constitucional’, *e-Pública* 7/1 (2020), pp. 6-26, evidenciando que “o modelo da suspensão se aproxima da criação de «buracos negros legais», isto é, zonas de discricção e arbítrio criadas por lei, no interior das quais o decisor atua quase sem restrições e em regra fora do alcance dos tribunais, enquanto o modelo da restrição conduz quando muito à criação de «buracos cinzentos legais», zonas de poder discricionário reconhecido por lei que limitam o controlo judicial”, o que significa que, no caso português, a declaração do estado de emergência “permite suspender direitos constitucionais, abrindo a porta para que o poder executivo introduza medidas de restrição dos mesmos que nunca poderia adotar em circunstâncias normais” (pp. 23 e 34); na mesma linha, J. REIS NOVAIS, ‘Direitos fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise — a propósito da epidemia Covid-19’, *e-Pública* 7/1 (2020), pp. 78-117, destacando as afinidades entre uma e outra, mas acabando por reconhecer que, com a suspensão, “o direito fundamental fica obnubilado, como que se *apagando* temporariamente, deixando a correspondente norma constitucional de proteção de produzir efeitos jurídicos”, ou seja, “é como se naquele período o direito fundamental deixasse de existir” (p. 92); e P. MONIZ LOPES, ‘Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência’, *e-Pública* 7/1 (2020), pp. 118-125, evidenciando que o alcance estrutural da suspensão é o de abolir temporariamente o duplo efeito de proteção constitucional dos direitos de liberdade, ou seja, o *claim-right* dos cidadãos à abstenção do Estado sobre as liberdades e o corresponsivo dever de omissão estatal de interferência, tudo com o significado de que, com a *suspensão*, “o Estado deixa de estar proibido de interferir com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos” (p. 130).



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Seja como for — e sem que aqui importe dar a mínima conta das eventuais questões de conformidade constitucional que podem ainda assim suscitar-se a propósito desse regime excepcional —, interessa adicionalmente assinalar que a supressão de direitos contratuais concretizada pelo Decreto-Lei n.º 19-A/2020 se cingiu ao período de um mês abrangido pela vigência do segundo e terceiro Decretos presidenciais declaradores do estado de emergência (isto é, de 3 de abril a 2 de maio), nada obstando a que, fora desse período, eventuais direitos contratuais à reposição do equilíbrio financeiro ou à obtenção de outras compensações devidas em virtude da situação causada pela pandemia venham a ser exercidos, ainda que apenas sob a forma de prorrogação do prazo do contrato (n.º 2 do artigo 3.º). Vale isto por dizer que, mesmo no contexto de um regime globalmente habilitado por uma cláusula *suspensiva* dos direitos fundamentais à iniciativa económica e à propriedade privada, a eliminação legislativa de direitos contratuais só abrangeu realmente o curto espaço de um mês.

Por outro lado, mesmo no caso do regime excepcional relativo às situações de mora no âmbito de contratos de arrendamento habitacional e não-habitacional e relações contratuais afins — isto é: o consagrado pela Lei n.º 4-C/2020 —, como já se viu no essencial retardador do cumprimento, mas não eliminativo, de créditos contratuais, também a sua aprovação beneficiou de explícitas habilitações suspensivas contidas no segundo e terceiro Decretos presidenciais declaradores do estado de emergência. Com efeito, e mais uma vez por referência aos direitos fundamentais de propriedade e iniciativa económica privada, neles se previu a possibilidade de ser “*reduzida ou diferida, sem penalização, a perceção de rendas (...) e outros rendimentos prediais*”⁷⁹.

25. Em contrapartida, no caso da norma inscrita no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, que já se viu possuir um efeito não meramente retardador, mas sim

⁷⁹ Cfr., novamente, a alínea *b*) do artigo 4.º quer do Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril, quer do Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

verdadeiramente ablativo de posições jurídicas contratuais de (só) uma das partes envolvidas (a obrigação de pagamento da renda fixa por parte dos lojistas), dois elementos são seguros: (i) o primeiro é o de que a aprovação dessa norma não beneficiou de qualquer habilitação de alcance *suspensivo* sobre nenhuma das normas de direitos fundamentais consagradas na Constituição; (ii) o segundo é o de que o seu espectro temporal de incidência, embora delimitado nos termos apurados nas rubricas anteriores, se reporta a meses — agosto a dezembro de 2020 — situados bem para lá da vigência do estado de emergência. Assim, ao invés de poder ser avaliada no pressuposto da vigência não-plena — isto é: de *suspensão* — das normas de direitos fundamentais da ordem jurídica portuguesa, a conformidade constitucional dessa norma não tem como não ser apreciada à luz da totalidade do catálogo de direitos fundamentais que, num cenário de normalidade, a Constituição portuguesa consagra e, bem assim, à luz dos padrões gerais que funcionam como limites à intervenção legislativa sobre esses direitos fundamentais.

E a essa luz, como agora se vai ver, dois pontos são a nosso ver indisputáveis:

- (i) O primeiro é o alcance restritivo dessa norma da LOE/2020 sobre, pelo menos, dois direitos fundamentais — o direito ao desenvolvimento da personalidade, na dimensão em que através dele se tutela a liberdade contratual, e o direito à propriedade privada, na dimensão em que através dele se tutela o direito a não ser privado de direitos de crédito;
- (ii) O segundo é a ilegitimidade constitucional dessa restrição, por desrespeito de três dos parâmetros materiais que, na ordem jurídico-constitucional portuguesa, limitam as intervenções legislativas restritivas sobre direitos fundamentais na ordem jurídica portuguesa — o princípio da proporcionalidade, o princípio da igualdade e o princípio da tutela da confiança.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

3.2 A norma que suprime a obrigação de pagamento da renda fixa/mínima

3.2.1 Direitos fundamentais restringidos

a) Desenvolvimento da personalidade (liberdade contratual)

26. Base fundante de todo o Direito Civil, a autonomia privada desdobra-se, no que respeita aos domínios de atuação contratual dos sujeitos, em duas classicíssimas «liberdades»: a liberdade contratual *stricto sensu*, ou liberdade de celebração, ao abrigo da qual se habilita a prática ou não prática de quaisquer atos jurídicos e, com isso à produção, ou não produção, dos efeitos jurídicos a eles associados; e a liberdade de estipulação, ao abrigo da qual se concede aos sujeitos o poder de definir o tipo concreto de efeitos a produzir pela prática de atos jurídicos⁸⁰. E o que da soma dessas liberdades resulta é, em síntese, a salvaguarda do “poder de autodeterminação de cada homem para, dentro dos limites da lei, livre e esclarecidamente, praticar, deixar de praticar ou fixar o conteúdo de atos, negócios ou contratos dotados de eficácia jurídica e que basicamente regulem a sua inserção na sociedade civil”⁸¹.

Ora, se com a enunciação do princípio geral de que, “*dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver*”, o n.º 1 do artigo 405.º do Código Civil se limita a confirmar em toda a linha primazia da autonomia privada e, em particular, da liberdade de estipulação contratual no sistema jurídico-civil português, o que neste contexto importa apurar é a medida que essa primazia reconhecida no plano da lei ordinária é ou não acompanhada de tutela jusfundamental no plano da Constituição.

⁸⁰ Para esta basilar e correntíssima decomposição, cfr., por exemplo, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, pp. 951-954.

⁸¹ Cfr. R. CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 281.

27. É certo que não se documentam no texto constitucional português quaisquer referências nominais à «autonomia privada» ou à «liberdade contratual»; muito em particular, nenhuma dessas expressões é utilizada no enunciado de qualquer norma de direitos fundamentais.

Mas o amparo constitucional da autonomia privada e da subjacente liberdade contratual não merece, entre nós, qualquer contestação. Antes da revisão constitucional de 1997, essa filiação constitucional da autonomia privada já poderia extrair-se indiretamente da enunciação de direitos que necessariamente a pressupõem ou implicam — liberdade de associação, liberdade de escolha da profissão, liberdade de iniciativa económica privada, direito à propriedade, entre outros⁸². Mas o certo é que, desde então, não restam dúvidas de que o espaços jusfundamentais de proteção constitucional da autonomia privada e da liberdade contratual se extraem diretamente da dimensão de *liberdade geral de ação* que irradia do — omnicompreensivo — direito ao (livre) *desenvolvimento da personalidade* (n.º 1 do artigo 26.º)⁸³.

Na realidade, “da consagração do direito ao desenvolvimento da personalidade pode e deve extrair-se uma tutela constitucional da autonomia privada, e, em particular, da liberdade contratual, como uma das suas principais

⁸² Já com essa conclusão, cfr., v.g., J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 438.

⁸³ Para essa pacífica extração, cfr. J. SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 148, nota; R. MEDEIROS/A. CORTÊS, *sub Artigo 26.º*, in *Constituição Portuguesa Anotada* (J. Miranda/R. Medeiros), I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 612; J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 465; R. PINTO DUARTE, ‘O equilíbrio contratual como princípio jurídico’, in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1343-1344; e mesmo numa leitura globalmente «cética» do alcance expansivo do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade como base de uma *liberdade geral de ação*, mas sem recusar ter esse direito por objeto “as formas mais elementares de autonomia individual e da liberdade da ação humana, desde que não estejam adequadamente abrangidos pelo âmbito de proteção de qualquer dos concretos direitos, liberdades e garantias”, cfr. J. MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação*, II, p. 501; sensivelmente assim, já numa ótica jus-civilística, cfr. M. MIRANDA BARBOSA/T. PRIETO ÁLVAREZ, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, Coimbra: Gestlegal, 2020, pp. 14 e ss. e 120 e ss.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

vertentes”⁸⁴. O que quer dizer por conseguinte que a Constituição “recebe, como princípio de valor, a *autonomia privada*, não deixando dúvidas de que não quer destruir nem apoucar o livre desenvolvimento da personalidade, a livre iniciativa económica, a liberdade negocial [e] a propriedade privada”⁸⁵.

E se, como é inevitável, “com a afirmação do reconhecimento da garantia constitucional da liberdade contratual não fica logo determinada a substância normativa de tal garantia, uma vez que o exercício da liberdade contratual não pode ser absolutamente ilimitado”, indiscutível é em todo o caso que, na ordem jurídico-constitucional portuguesa, “a sua modelação pelo direito privado corresponderá às exigências constitucionais se reservar à autonomia privada um campo de atuação adequado e não previr limitações excessivas dos pressupostos ou das formas admitidas de conformação”⁸⁶.

O reconhecimento da tutela jusfundamental da liberdade contratual, em especial quando associada a negócios jurídicos que pressuponham o exercício de faculdades de disposição de proprietários — como é o caso dos contratos que tenham por objeto a concessão de direitos de utilização/exploração de lojas em centros comerciais — tem sido, de resto, particularmente destacado na mais recente jurisprudência constitucional portuguesa. Assim, partindo da consolidada premissa

⁸⁴ Cfr. P. MOTA PINTO, ‘O direito ao livre desenvolvimento da personalidade’, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra: Coimbra Editora/BFDUC, 2000, p. 214; na jurisprudência constitucional, admitindo que “a liberdade contratual, na modalidade de liberdade de celebração e de fixação do conteúdo dos contratos, está constitucionalmente garantida como dimensão do direito à liberdade, ou de uma «liberdade geral de ação» (se não prevista autonomamente, pelo menos decorrente do «direito ao desenvolvimento da personalidade» — artigo 26.º, n.º 1 da Constituição)”, cfr. o Acórdão do TC n.º 35/2004 (Proc. n.º 607/02), de 14.01.2004; reconhecendo também amparo constitucional ao “princípio da autonomia privada e ao direito à liberdade contratual”, cfr. o Acórdão do TC n.º 204/04 (Proc. n.º 643/03), de 24.03.2004.

⁸⁵ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 6.ª ed., 2019, p. 240; também assim, reconhecendo à liberdade contratual, enquanto componente da autonomia privada, o valor de “liberdade fundamental de nível constitucional”, não apenas pelas pressuposições de diversos direitos fundamentais, mas também e em último termo por receção através da cláusula aberta (n.º 1 do artigo 16.º), cfr. E. FERREIRA MENDES, *sub Artigo 61.º*, in *Constituição Portuguesa Anotada* (J. Miranda/R. Medeiros), I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1216.

⁸⁶ Cfr. P. MOTA PINTO, ‘O direito’, pp. 216-217.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

de que “o princípio da autonomia privada tem dignidade constitucional, podendo ser inferido dos preceitos que consagram a liberdade no desenvolvimento da personalidade, a liberdade de iniciativa privada e o próprio direito constitucional à propriedade”, o Tribunal Constitucional não hesita em identificar que, no controlo da validade de normas jurídicas imperativas que enquadrem socialmente a propriedade e a liberdade contratual, não deve ignorar-se que, porque protegido pela Constituição, “existe um espaço de autodeterminação individual que implica, por parte do Estado, dever de abstenção”. E, por conseguinte, “as limitações e restrições à faculdade de disposição da propriedade, desde as que afetam a liberdade de contratar até às que respeitam à liberdade de estipulação do contrato, devem salvaguardar uma área de *autodeterminação* dos proprietários no trato privado”. Ou seja, “a autonomia — e o próprio negócio jurídico — cessarão se o peso imperativo das normas (...) eliminar o espaço autónomo de liberdade que se reputa de valor fundamental”⁸⁷.

28. Constitucionalmente protegida sob a alçada do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, a liberdade contratual é, ainda assim e naturalmente, passível de ser restringida por intervenção do legislador. E, no que não parece difícil de evidenciar, foi justamente isso que sucedeu por força da norma inscrita no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020.

Efetivamente, ao determinar de modo injuntivo que, no âmbito dos contratos de utilização de loja em centros comerciais, sobre os lojistas não recai — quer dizer: *não pode recair* — a obrigação de pagar as rendas fixas que se vençam entre os meses de agosto e de dezembro de 2020, aquilo a que essa procedeu foi a uma compressão das alternativas de estipulação negocial das partes no âmbito dessas específicas relações contratuais. E uma compressão que afeta, note-se bem, quer os efeitos de cláusulas contratuais consagradoras dessa obrigação de pagamento na sua modulação originária, quer os efeitos de cláusulas contratuais desse tipo que

⁸⁷ Cfr. o Acórdão do TC n.º 299/2020 (Proc. n.º 984/2018), de 16.06.2020.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

entretanto já tenham sido objeto de modificação pelas partes na sequência dos períodos de encerramento ditados pelas medidas legislativas e administrativas de resposta à pandemia.

De resto, interessa compreender que, em rigor, não foi apenas sobre o «destino» dos deveres de prestar associados à obrigação de pagamento da componente fixa da renda por parte dos lojistas de centros comerciais que a norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 comprimiu a liberdade contratual das partes. É que, ao simultaneamente impor a manutenção do pagamento da componente variável da renda (e também da parcela relativa a despesas/encargos comuns), o legislador parlamentar acabou por, na prática, inibir qualquer modulação negocial das partes dos contratos de utilização de loja em centros comerciais no que se refere aos deveres de retribuição dos lojistas. Toda a liberdade de estipulação que antes assistia às partes neste capítulo, mais a mais no contexto de formas contratuais legalmente atípicas, foi assim absorvida por aquela norma injuntiva.

É dizer: onde antes da entrada em vigor daquela norma inscrita na LOE/2020 a liberdade de estipulação das partes em matéria de conteúdo e extensão dos deveres de prestar dos lojistas era, *prima facie*, irrestrita, passou ela a ser, até ao final do ano e para os contratos já celebrados e em execução à data de 25 de julho de 2020, absolutamente inexistente. Porque de acordo com o legislador a componente fixa da renda — enquanto componente mínima face à renda variável — deixou de poder ser exigida aos lojistas, mas, em contrapartida, a componente variável se mantém durante esse período, as partes não dispõem sobre esses aspetos nucleares da sua relação contratual de qualquer poder conformativo. O âmbito de permissibilidade de estipulação negocial que lhes é garantido pela tutela constitucional da autonomia privada/liberdade contratual, *ex vi* n.º 1 do artigo 26.º da Constituição, foi assim evidente — e muito significativamente — restringido.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

b) Propriedade privada (direitos de crédito)

29. Se *inglória* é também a busca, por entre o texto constitucional português, de referências nominais aos «direitos de crédito» enquanto objeto de uma dedicada norma de direitos fundamentais, pacífica é em qualquer caso a conclusão de que eles se reconduzem ao — igualmente omnicompreensivo — âmbito de proteção do direito fundamental à propriedade privada, nos termos do n.º 1 do artigo 62.º da Constituição.

Na realidade, se há “ponto firme” na extração do significado ínsito ao enunciado constitucional de que *“a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte”*, é ele o da “não identificação entre o conceito civilístico de propriedade e o correspondente conceito constitucional”, o que faz imediatamente com que “a garantia constitucional da propriedade proteja os direitos patrimoniais privados e não apenas os direitos reais tutelados pela lei civil, ou o direito real máximo”⁸⁸. De facto, “que o conceito constitucional de propriedade privada abrange, não apenas o direito real de propriedade, mas também outros direitos patrimoniais privados, não sofre contestação séria”, seja porque “a garantia da propriedade é um complemento e um aspeto da liberdade e, nas modernas sociedades, essa garantia só parcialmente repousa sobre a propriedade das coisas”, seja porque “a adoção de uma noção ampla de direito de propriedade constitui uma consequência da alteração das relações económicas nas sociedades contemporâneas”⁸⁹. Com efeito, a partir do momento em que se reconheça que a Constituição portuguesa, axialmente fundada que está no valor da dignidade humana, “defende e protege a propriedade privada porque a encara como um espaço de autonomia pessoal, isto é, como um instrumento necessário para a realização de projetos de vida livremente traçados, responsabilmente cumpridos, e que não podem nem devem ser interrompidos ou impossibilitados por opressivas ingerências

⁸⁸ Cfr. o Acórdão do TC n.º 421/2009 (Proc. n.º 667/2009), de 13.08.2009.

⁸⁹ Cfr. R. MEDEIROS, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra: Almedina, 1992, p. 250.

externas”, e se reconheça conseqüentemente que “o valor que orienta o n.º 1 do artigo 62.º é o da garantia de um espaço de autonomia pessoal”, o termo «propriedade» “tem de ser entendido de forma a poder englobar no seu seio todos [os direitos patrimoniais] sem exclusão; tem de ser em suma equivalente a *património*”⁹⁰.

E não surpreende por isso que a consequência lógica da amplitude do conceito constitucional de «propriedade privada» seja o reconhecimento de que o direito fundamental que a tem por objeto “não abrange apenas a *proprietas rerum*, os direitos reais menores, a propriedade intelectual e a propriedade industrial, mas também outros direitos normalmente não incluídos sobre a designação de «propriedade», tais como, designadamente, os direitos de crédito”⁹¹. Continuando a apelar a algumas das sínteses da jurisprudência constitucional portuguesa a este propósito, significa então isto que “da garantia constitucional do direito de propriedade privada há de, seguramente, extrair-se a garantia (constitucional também) do direito do credor à satisfação do seu crédito”⁹², ou seja, que “da inclusão dos direitos patrimoniais privados, amplamente entendidos, no âmbito da garantia constitucional da propriedade, a consequência é pois a garantia das posições jurídicas ativas de índole patrimonial”⁹³. Em suma, “integram-se no direito constitucional de propriedade não

⁹⁰ Cfr. M. L. AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 546-548; sempre alinhadamente neste resultado interpretativo amplo em torno do conceito constitucional de propriedade privada, cfr., na doutrina da especialidade, e entre tantos possíveis, A. MENEZES CORDEIRO, ‘A Constituição patrimonial privada’, in *Estudos sobre a Constituição*, 3.º, Lisboa: Livraria Petrony, 1979, pp. 370-371; IDEM, *Direitos Reais*, I, Lisboa: CEF, 1979, pp. 63-65; FAUSTO DE QUADROS, *A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional*, Coimbra: Almedina, 1998, pp. 7 e 558; M. NOGUEIRA DE BRITO, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 902 e 977; J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 800; e para mais indicações jurisprudenciais confirmativas, cfr. R. MEDEIROS, *sub Artigo 62.º*, in *Constituição Portuguesa Anotada* (J. Miranda/R. Medeiros), I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 1246-1247.

⁹¹ Cfr. o Acórdão do TC n.º 491/02 (Proc. n.º 310/99), de 26.11.2002.

⁹² Cfr. o Acórdão do TC n.º 494/94 (Proc. n.º 530/04), de 9.07.1994.

⁹³ Cfr. o Acórdão do TC n.º 218/2020 (Proc. n.º 397/2019), de 17.04.2020.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

só a propriedade no sentido do atual direito civil, mas todo o direito privado patrimonial, incluindo designadamente créditos”⁹⁴.

30. Sendo então ponto firme a recondução dos direitos de crédito emergentes de relações contratuais à tutela constitucional da propriedade privada, certeza absoluta pode também afiançar-se quanto à dupla circunstância de: (i) por um lado, por entre as múltiplas dimensões, objetivas e subjetivas, em que se desdobra esse direito fundamental, se contar, como a talvez mais radicalmente subjetiva, o direito a não ser privado arbitrariamente dos bens patrimoniais (corpóreos ou não) de que se é titular⁹⁵; (ii) por outro, essa subdimensão do direito fundamental à propriedade privada, que é formal e sistematicamente arregimentado no texto constitucional português no capítulo dos direitos económicos, sociais e culturais, gozar, por força do disposto no artigo 17.º da Constituição, de natureza *análoga* aos direitos, liberdades e garantias e, assim, beneficiar da tutela apesar de tudo reforçada que a ordem jurídica portuguesa empresta aos *liberty rights*⁹⁶.

Fazendo refletir essas duas premissas de modo concreto sobre a tutela dos direitos de crédito, não é então difícil apreender o significado substancial da garantia de deles não ser arbitrariamente privado por ação dos poderes públicos. Evidentemente que “não é porque o titular de um direito de crédito é protegido, nos termos da garantia constitucional da propriedade, num plano vertical, em face dos poderes públicos, que estes se tornam devedores de um direito de crédito”. Antes, aquilo a que os poderes públicos estão vinculados, legislador à cabeça, é a “respeitar o direito de crédito na sua configuração jurídica própria, oriunda do direito privado, e a não o lesar”, ou seja, a respeitar o “direito subjetivo público de defesa ou

⁹⁴ Cfr. M. NOGUEIRA DE BRITO, *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*, Lisboa: FFMS, 2010, p. 65.

⁹⁵ Cfr. R. MEDEIROS, *sub* Artigo 62.º, p. 1248.

⁹⁶ Cfr. R. MEDEIROS, *sub* Artigo 62.º, pp. 1252 e ss., com mais indicações e com a síntese de que “a única dimensão do direito fundamental de propriedade que a nossa jurisprudência não hesita em reconhecer efetivamente como um direito análogo, com tudo o que isso implica, é a garantia de não ser privado da propriedade”; também para esse reconhecimento, cfr. J. MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação*, II, pp. 653 e ss.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

manutenção dessa posição”, pois o que cabe no direito fundamental de propriedade privada, na sua dimensão inclusiva dos direitos de crédito, é em substância “a tarefa de assegurar ao respetivo titular um espaço de liberdade na esfera jurídico-patrimonial”, razão pela qual por ele são protegidos “todos os direitos subjetivos de conteúdo patrimonial que são destinados pela ordem jurídica ao respetivo titular, numa base exclusiva, para o seu aproveitamento privado e disposição”⁹⁷.

31. Se com tudo isto se fizer novamente luz sobre a norma que a Assembleia da República inscreveu no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, fácil é de novo a sua qualificação, agora por referência ao direito fundamental de propriedade privada, como medida legislativa de alcance restritivo.

Na realidade, e de forma talvez até mais apreensível do que a operada sobre a liberdade contratual das partes de contratos de utilização de lojas em centros comerciais, o que a supressão da obrigação de pagamento da renda fixa por parte dos lojistas traduz é a privação, mesmo que transitória, de um específico direito de crédito (o direito a receber o montante das rendas fixas, que é a contrapartida devida pelos lojistas pelo gozo do espaço que exploram) titulado por de uma categoria específica de sujeitos (os proprietários/entidades gestoras de centros comerciais) por força e ao abrigo de legítimas e válidas fontes contratuais.

Numa palavra: antes da entrada em vigor daquela norma, aos proprietários/entidades gestoras de centros comerciais assistiam faculdades plenas sobre as vantagens patrimoniais associadas a esse direito de crédito; com e a partir do disposto do n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, foram esses sujeitos privados de tal vantagem. E assim viram reduzido, por via de lei, o espaço antes potencialmente irrestrito de proteção patrimonial que lhes assiste nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 62.º da Constituição.

⁹⁷ Cfr. M. NOGUEIRA DE BRITO, *Propriedade*, pp. 63-64.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

3.2.2 Inconstitucionalidade material

32. Destinaram-se os parágrafos anteriores apenas à verificação «estática» de que, ao suprimir a obrigação de pagamento da renda fixa dos lojistas no âmbito de contratos de utilização de loja em centros comerciais, a norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 configura uma restrição a, pelo menos, dois direitos fundamentais, um formalmente qualificado pela Constituição como direito, liberdade e garantia, outro que dessa natureza goza, na dimensão aqui envolvida, por analogia.

Só isso não basta, porém, para alcançar qualquer juízo quanto à (des)conformidade constitucional dessa norma. É que, tais como quaisquer outros, também o direito ao desenvolvimento da personalidade, na sua dimensão protetora da autonomia privada e da liberdade contratual, e o direito à propriedade privada, na sua dimensão proibitiva de privação arbitrária da titularidade de direitos de crédito, são, por definição e em abstrato, restringíveis por via de lei.

Ponto é que, naturalmente, essas restrições legislativas respeitem, para além de outras condicionantes formais (utilização da forma legislativa), temporais (não-retroatividade) e orgânicas (aprovação ou autorização pela Assembleia da República), os comandos emergentes de, pelo menos, três princípios «materiais» estruturantes que a Constituição transversalmente apõe ao exercício da função legislativa no domínio dos direitos fundamentais: o da proporcionalidade, o da igualdade, e o da tutela da confiança. Verdadeiramente, por muito intensas que sejam as variações metodológicas existentes na tarefa de avaliar a conformidade constitucional de intervenções legislativas restritivas sobre direitos fundamentais, traduz apesar de tudo um dado inequívoco do sistema de direitos fundamentais vigente na ordem jurídica portuguesa a asserção basilar de que, “independentemente ou para além dos limites aos limites dos direitos fundamentais expressa e especificamente consagrados na Constituição, as restrições têm ainda que observar, enquanto exigências impostas pela proteção da liberdade em Estado de Direito,



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

princípios mais gerais como o princípio da proibição do excesso, o princípio da igualdade, e o princípio da proteção da confiança”⁹⁸.

E firmada que está a demonstração de que ela corporiza uma norma legislativa restritiva sobre direitos fundamentais, resta então, para alcançar um juízo positivo quanto à sua inconstitucionalidade material, desvelar as razões pelas quais a norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 viola cada um desses três princípios.

a) Violação do princípio da proporcionalidade

33. Na sua canónica — e, pode dizer-se, praticamente universal — tripartição entre *adequação/idoneidade*, *necessidade/exigibilidade* e *proporcionalidade em sentido estrito/equilíbrio/razoabilidade*, o princípio da proporcionalidade é o elemento cardinal de validação de qualquer medida legislativa restritiva sobre direitos fundamentais, como de resto o texto constitucional português não deixa de abertamente reconhecer ao estabelecer a exigência de essas medidas deverem “*limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*” (n.º 2 do artigo 18.º). Sob o império do princípio da proporcionalidade, uma norma legislativa de alcance restritivo sobre direitos fundamentais só será pois constitucionalmente legítima: (i) primeiro, se corporizar medidas aptas a realizar o fim visado com a restrição ou que contribuam para o alcançar; (ii) segundo, se, de entre todos os meios idóneos disponíveis igualmente aptos a prosseguir o fim visado com a restrição, for escolhido o que produza efeitos menos restritivos; (iii) terceiro, se, na avaliação da relação comparativa entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a restrição e o bem protegido do direito fundamental que é objeto da restrição, o resultado não se revelar desequilibrado, por redundar na imposição de um sacrifício

⁹⁸ Cfr. J. R. NOVAIS, *As restrições*, p. 727.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

ao titular do direito fundamental em questão não ponderativamente compensado por contra-razões de escalão constitucional⁹⁹.

Pois bem: no modo particular como restringe os direitos fundamentais já identificados, a norma inscrita no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 infringe não uma, não duas, mas antes as três vertentes do princípio da proporcionalidade.

a.1) Desadequação da medida

34. Compreende-se sem dificuldade que o objetivo da intervenção legislativa corporizada no aditamento do n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE seja o de garantir condições financeiras para a continuação da atividade de um específico segmento de estabelecimentos comerciais (os integrados em centros comerciais) num contexto em que, durante um período mais ou menos alargado de semanas, eles se viram imperativamente impedidos de exercer plenamente a sua atividade. E compreende-se também sem dificuldade que uma medida que tem por efeito diminuir a carga de retribuição devida por esses lojistas se revela perfeitamente idónea à consecução desse objetivo, o qual tem em último termo amparo constitucional nas obrigações estaduais de promoção e preservação do emprego, implicitamente subjacentes ao direito fundamental ao trabalho (artigo 58.º) e de intervenção regulativa no comércio (artigo 99.º). Não se nega, pois, que a medida em apreciação tenha condições para passar o primeiro crivo do juízo de proporcionalidade — isto é, o «teste» de aptidão

⁹⁹ Para uma recente síntese vocabular desta metodologia tripartida de aplicação princípio da proporcionalidade no controlo de medidas legislativas restritivas sobre direitos fundamentais tal como acolhida na nossa jurisprudência constitucional, cfr. o Acórdão do TC n.º 123/2018 (Proc. n.º 136/2017), de 6.03.2018: “o subprincípio da idoneidade determina que o meio restritivo escolhido pelo legislador não poder ser inadequado ou inepto para atingir a finalidade a que se destina; caso contrário, admitir-se-ia um *sacrifício frívolo* de valor constitucional. O subprincípio da exigibilidade determina que o meio escolhido pelo legislador não pode ser mais restritivo do que o indispensável para atingir a finalidade a que se destina; caso contrário, admitir-se-ia um *sacrifício desnecessário* de valor constitucional. Finalmente, o subprincípio da proporcionalidade determina que os fins alcançados pela medida devem, tudo visto e ponderado, justificar o emprego do meio restritivo; o contrário seria admitir soluções legislativas que importem um *sacrifício líquido* de valor constitucional”; na literatura da especialidade, desenvolvidamente, cfr. V. CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Coimbra: Almedina, 2017, esp.^{te} pp. 577 e ss., 605 e ss. e 785 e ss.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

ou idoneidade —, ao menos no que se refere à proteção da posição dos lojistas que tenham sido afetados por medidas legislativas ou administrativas de encerramento do respectivo estabelecimento ou de suspensão da sua atividade.

A verdade, porém, e por surpreendente que isso possa parecer, é que a norma aprovada pela Assembleia da República não se limita a abranger estes lojistas; antes, ela incide de modo ampliativamente indiferenciado sobre todo o espectro de relações contratuais atípicas subjacentes à exploração de lojas em centros comerciais, encerradas ou não por forças das medidas públicas de resposta à pandemia. E por aqui se vê, na medida em que abrange também os lojistas que puderam continuar a exercer a sua atividade (*maxime*, as que foram sendo consideradas essenciais), a solução deixa pura e simplesmente de responder àqueles objetivos constitucionais. Na medida em que também favorece a posição destes lojistas, torna-se então verdadeiramente impossível de alcançar qual o seu alicerce constitucional. Ou, noutra perspetiva: a restrição a que ela dá corpo à liberdade contratual (de ambas as partes) e aos direitos de crédito (dos proprietários/entidades gestoras) corresponde a um daqueles — raros — casos de uma medida legislativa totalmente arbitrária ou aleatória, à qual falta qualquer *rational basis*; e são justamente essas as que, mesmo na visão mais estrita do subteste da idoneidade, o não passam.

Ao que acresce, ainda como revelação da desadequação objetiva da medida adotada à vista daqueles que podem ser os seus abstratamente legítimos objetivos, o facto de a mesma só ter sido aprovada, e sobretudo só valer em termos temporais, a partir de um momento (de 25 de julho em diante) em que já foram levantadas quase todas as imposições de encerramento de estabelecimentos ou de suspensão de atividades em centros comerciais. É dizer: em relação às vencidas no período mais crítico de resposta à pandemia, a solução do legislador foi apenas a de conceder a concessão de uma moratória; mas ultrapassado esse período, investe agora num mecanismo de perdão legal de uma componente da renda. Com o que, a nosso ver, mais uma vez salta à evidência a falta de consistência racional da opção assumida pelo legislador parlamentar no aditamento do n.º 5 do artigo 168.º-A à LOE/2020. Ou,

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

se se quiser: o que salta à evidência é que o fim prosseguido pela norma aí contida não parece ser o da reação pura às consequências geradas, para os lojistas de centros comerciais, pelas medidas restritivas de resposta à pandemia; parece ser antes o de, em sacrifício da posição patrimonial de um dos polos das relações contratuais relativas à exploração de lojas em centros comerciais e com menosprezo pela liberdade de estipulação negocial das partes, o Estado pretender beneficiar um conjunto de operadores do mercado do comércio e dos serviços durante um certo período de tempo. Sucede que, no *Estado Fiscal* em que nos movemos, não cabe seguramente a uma das partes da relação contratual suportar o sacrifício pela concretização das injunções de bem-estar que os poderes públicos pretendam eventualmente promover em tempos já ulteriores à fase mais crítica de reposta a uma crise sanitária.

a.2) Desnecessidade da medida

35. Prosseguindo agora com a aferição da necessidade da medida, importa de sobremaneira começar por não desconsiderar que, no momento em que a Assembleia da República aprovou a norma que suprimiu a obrigação de pagamento da renda fixa pelos lojistas de centros comerciais, havia já mecanismos legais, igualmente idóneos para acautelar aqueles objetivos de política pública, mas ostensivamente menos intrusivos da liberdade contratual (de ambas as partes) e dos direitos de crédito (dos proprietários/entidades gestoras dos centros).

A referência é, claro, ao regime de moratória legal previsto e regulado pela Lei n.º 4-C/2020 — a qual, na sua derradeira versão, como já se viu, habilita a que as rendas vencidas desde abril e, no caso da generalidade dos estabelecimentos integrados em centros comerciais, até pelo menos agosto de 2020, mas nalguns casos abrangendo as vencidas mesmo para lá dessa data, possam não ser pagas durante o ano de 2020 e diferidas para regularização a partir do ano de 2021.

Replicar-se-á de imediato que, por apenas permitir diferir o seu pagamento, mas não eximir os lojistas, no futuro, do cumprimento dessa obrigação, a referida



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

moratória legal é menos *eficaz* no que respeita ao objetivo de acautelar a manutenção — e recuperação progressiva — da sua atividade do que a medida agora inscrita na LOE/2020. Note-se porém que, ao contrário do que sucede com a solução do n.º 5 do artigo do artigo 168.º-A da LOE/2020, essa moratória, quando aplicável no contexto dos contratos de utilização de lojas em centros comerciais, não se circunscreve a uma particular componente da renda/retribuição devida pelos lojistas, razão pela qual, ao seu abrigo, tanto o pagamento da componente fixa, quanto da componente variável da renda vencida e a vencer naqueles meses, poderia ser diferida. E se o objetivo — abstratamente legítimo em relação aos lojistas que viram o seu estabelecimento encerrado — de intervenção legislativa nesta matéria é o de permitir a continuação da atividade dos lojistas de centros comerciais, não parece que se possa afirmar de modo generalizado e inequívoco que a «substituição» do regime (geral) da moratória pelo regime (específico) de supressão da componente de renda fixa seja, à luz desse objetivo, mais eficaz. Mas que é manifestamente mais intrusiva da liberdade contratual e do património das partes envolvidas, disso não restam dúvidas.

Mas mesmo para além da inexigibilidade da medida por confronto com o regime-regra da moratória, o que está também por demonstrar é que fosse sequer necessário o legislador intervir de modo dedicado sobre o domínio das relações contratuais de suporte à exploração de lojas em centros comerciais, tendo em vista a cobertura já obtida pelos acordos convencionais pactuados entre os proprietários/entidades gestoras e os lojistas nas semanas e meses seguintes ao espoletar dos efeitos da pandemia. Sem evidência de que esses acordos não se encontrassem a garantir os objetivos visados de manutenção das atividades económicas, a medida aprovada pela Assembleia da República tem assim o condão de prefigurar um daqueles casos em que qualquer a ação do legislador se revelava, afinal de contas, totalmente dispensável.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

a.3) Desequilíbrio da medida

36. Seja como for, independentemente das vertentes da adequação e da necessidade, o que não nos merece hesitação é a conclusão de que a intervenção direta da lei sobre os contratos de utilização de lojas em centros comerciais que resulta do disposto n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 viola, e de modo particularmente eloquente, a imposição de equilíbrio, ou justa medida, exigido pela terceira vertente do princípio da proporcionalidade.

Assim é, desde logo, porque a medida em causa não faz, na verdade, qualquer esforço de compromisso entre os dois polos da relação contratual. É certo que os lojistas continuam a ser responsáveis pelo pagamento dos montantes que correspondam às despesas e encargos comuns, assim como continuam devedores da componente variável da renda — uma e outra retribuições devidas, de acordo com a causa-função subjacente a este tipo de relações contratuais, para compensação da integração dos lojistas num espaço comum que o beneficia com vantagens transversalmente garantidas pelos proprietários/entidades gestoras de centros comerciais. Mas, pelo gozo do espaço da loja propriamente dito, que é a contrapartida subjacente à renda fixa, o alcance do comando inscrito naquela disposição da LOE/2020 é pura e absolutamente eliminativo — e é-o em total e exclusivo benefício dos lojistas e em desfavor dos proprietários/entidades gestoras dos centros comerciais.

Onde falha o equilíbrio da solução adotada pelo legislador parlamentar português é então na circunstância de ela representar um sacrifício unilateral, não-contrabalançado, em desfavor de só uma das partes da relação contratual sobre a qual o legislador decidiu intervir injuntivamente. E o desequilíbrio é a nosso ver tanto mais excessivo e intolerável — leia-se: *desrazoável* — porque a renda fixa, que entre os meses de agosto e dezembro de 2020 deixa de ser pura e simplesmente devida pelos lojistas, corresponde à parte principal da remuneração no âmbito deste tipo de contratos. Ao suprimi-la, o n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 não se limita por isso a eliminar



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

uma parte residual da vantagem patrimonial que (legitimamente) assistia aos proprietários de centros comerciais; elimina sim a sua principal componente, num esquema que, em última análise, não pode deixar de ser considerado como cristizador de uma situação de locupletamento de uma das partes à custa da outra.

Depreende-se por isso com facilidade que subjacente à solução a *branco e preto* aqui em apreciação esteja a ideia de que os efeitos da pandemia atingiram apenas os lojistas ou que apenas estes merecem, por via da intervenção legislativa do Estado, uma especial proteção. Mas essa assunção é, pura e simplesmente, falsa, tendo em vista a transversalidade sistémica das consequências da crise sanitária — e económica — associada à pandemia. E, noutro plano, uma tal assunção ignora a circunstância de o próprio mercado dos contratos de utilização de lojas em centros comerciais ser assaz heterogéneo, nele convivendo, do lado dos proprietários/entidades gestoras, grandes e pequenos centros comerciais, e, do lado dos lojistas, tanto micro ou pequenas lojas, quanto grandes superfícies comerciais.

A desrazoabilidade da solução aprovada pela Assembleia da República é agravada pela desconsideração dos encargos adicionais em que os proprietários/entidades gestoras dos centros comerciais, a partir do momento em que a renda variável é a sua única retribuição, terão de incorrer para passar a controlar a faturação dos seus lojistas.

Enfim, a radicalidade da solução manifesta-se, derradeiramente, no facto de, ao apenas garantir a obrigação de pagar a renda variável em contratos que assentem na combinação de uma componente fixa e numa componente variável da retribuição, a lei passar a fazer recair, na prática, todo o risco de um esquema contratual estruturalmente *cooperativo*, sobre uma das partes. Uma tal solução surge, assim, totalmente ao arrepio da lógica que subjaz a este tipo contratual. Já foi assinalado, com efeito, que, nestes contratos, a combinação entre a individualidade inerente ao risco de exploração de cada loja e a sua integração num conjunto plúrimo de espaços comerciais e de serviços conexos mais vasto justifica que, sob o ponto de vista da retribuição, e na vastíssima maioria das situações, o lojista pague “uma remuneração

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

fixa mínima — como contrapartida da utilização do espaço —, à qual acresce uma retribuição variável, calculada por referência a uma percentagem do valor da faturação bruta mensal, que só é devida na parte em que exceda o valor da parcela fixa — como pagamento dos serviços de gestão prestados pela entidade responsável pelo conjunto”¹⁰⁰. Tudo isto, no fundo, porque “a prestação do serviço de gestão do centro comercial e o exercício da atividade comercial do lojista visam, cada uma por si, e globalmente, a obtenção do maior volume de vendas, o qual passa necessariamente pela captação de clientela para o centro comercial”¹⁰¹. Ora, com a supressão da obrigação de pagamento da renda fixa pelos lojistas de centros comerciais, é atingida esta lógica associativa ou de cooperação, passando o risco de uma menor performance do lojista a recair fundamentalmente sobre os proprietários/entidades gestoras de centros comerciais, sem que estes possam, à partida, pôr termo à associação ou cooperação.

b) Violação do princípio da igualdade

37. Ampliativamente formulado no artigo 13.º do texto constitucional português, sendo por isso aplicável “a toda e qualquer situação juridicamente relevante, isto é, a toda e qualquer situação que demande um determinado tratamento jurídico”¹⁰², ao princípio da igualdade não assiste apenas a função de garantir que os cidadãos sejam tratados, no confronto com os poderes públicos, num pressuposto de *universalidade* — isto é, “de modo igual”; para além dessa, e naquela que é aliás a vertente mais vocacionada para o controlo de intervenções legislativas restritivas sobre direitos fundamentais, o princípio da igualdade postula também uma exigência de tratamento das situações “como iguais” ou “como diferentes”, com

¹⁰⁰ Cfr. A. AFONSO, ‘Contrato’, p. 52.

¹⁰¹ Cfr. A. AFONSO, ‘Contrato’, pp. 52-53.

¹⁰² Cfr. M. G. GARCIA, ‘Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula «carregada» de sentido’, *BMJ* 358 (1986), p. 33.

base na razoabilidade da sua semelhança ou dissemelhança¹⁰³. Do se trata é por isso indagar sobre “a existência de uma *justa medida* entre a diferenciação produzida e as razões que a fundamentam”, num juízo que não atende já, como no caso do princípio da proporcionalidade, à intensidade relativa ou razoabilidade da interferência, mas sim à própria diferença de tratamento eventualmente gerada pela sua aprovação¹⁰⁴. Nestes termos, porque na sua dimensão «externa» de controlo da atividade dos poderes público a igualdade “só pode determinar-se em função de certo critério e este, por sua vez, encontra-se necessariamente relacionado com o fim a atingir com a qualificação das situações concretas como iguais”¹⁰⁵, o que através dele se exige é, fundamentalmente, que “o critério adotado não tenha sido escolhido arbitrariamente, o que, no fundo, exige uma conexão entre o critério adotado e a *ratio* do tratamento jurídico”¹⁰⁶.

Por ser assim — isto é: pela circunstância de “ao princípio da igualdade subjazer uma existência de justificação material suficiente para a qualificação igual ou desigual das situações”¹⁰⁷, o que “faz coincidir o princípio da igualdade com o princípio da proibição de discriminações materialmente desrazoáveis”¹⁰⁸ —, e para recorrer a algumas fórmulas de síntese da nossa jurisprudência constitucional, ocorrerá por certo violação do princípio da igualdade nas situações em que “as diferenças de regimes instituídas pelo legislador ordinário se não sustentem em qualquer fundamento razoável, ou não sejam inteligíveis”¹⁰⁹; ou seja, “a

¹⁰³ Sobre estas duas “facetas essenciais” do princípio da igualdade, cfr. M. L. AMARAL, ‘O princípio da igualdade na Constituição portuguesa’, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Lisboa: FDUL, 2004, pp. 35-57.

¹⁰⁴ Para este apartamento (difícil) entre as funções controladoras dos princípios da proporcionalidade e da igualdade no controlo das restrições a direitos fundamentais, cfr. J. REIS NOVAIS, *As restrições*, pp. 799 e ss.; IDEM, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 81 e ss.

¹⁰⁵ Cfr. M. G. GARCIA, ‘O princípio da igualdade’, pp. 40-41

¹⁰⁶ Cfr. M. G. GARCIA, ‘O princípio da igualdade’, p. 45.

¹⁰⁷ Cfr. M. G. GARCIA, ‘O princípio da igualdade’, p. 47.

¹⁰⁸ Cfr. M. G. GARCIA, ‘O princípio da igualdade’, p. 51.

¹⁰⁹ Cfr. o Acórdão do TC n.º 569/08 (Proc. n.º 580/2007), de 26.11.2008.



caracterização de uma medida legislativa como inconstitucional, por ofensiva do princípio da igualdade dependerá, em última análise, da ausência de fundamento material suficiente, isto é, de falta de razoabilidade e consonância com o sistema jurídico¹¹⁰; enfim, o princípio da igualdade resultará violado quando “os limites externos da discricionariedade legislativa são afrontados por ausência de adequado suporte material para a medida legislativa adotada”¹¹¹, porque, “impondo que se dê tratamento igual ao que for essencialmente igual e que se trate diferentemente o que for essencialmente diferente”, e embora naturalmente não “vede à lei a adoção de medidas que estabeleçam distinções”, o que o princípio da igualdade já não consente é a “criação de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, isto é, desigualdades de tratamento materialmente não fundadas ou sem qualquer fundamentação razoável, objetiva e racional”¹¹².

Em suma, pode assumir-se que, quando voltado para a aferição da legitimidade constitucional de medidas legislativas interferentes sobre direitos fundamentais, o alcance do princípio da igualdade se reconduz, basicamente, em dois comandos: “na proibição de tratamento desigual quando não há razões de diferenciação com peso suficiente para justificar o tratamento desigual, e na proibição de tratamento igual quando há razões de diferenciação com peso suficiente para justificar o tratamento desigual”¹¹³.

38. Ora, no caso da norma cuja conformidade constitucional aqui se analisa, deteta-se sem dificuldade que o recorte do seu âmbito e conseqüentemente a operatividade dos seus efeitos implicam a postergação desses dois comandos.

¹¹⁰ Cfr. o Acórdão do TC n.º 270/09 (Proc. n.º 641/08), de 27.05.2009.

¹¹¹ Cfr. o Acórdão do TC n.º 750/95 (Proc. n.º 253/94), de 12.12.1995.

¹¹² Cfr. o Acórdão do TC n.º 409/99 (Proc. n.º 793/97), de 29.06.1999; para mais indicações acerca da consolidada aplicação jurisprudencial do princípio da igualdade enquanto padrão de controlo «externo» da validade de medidas legislativas suportado nesta lógica de proibição de arbítrio, cfr. J. MIRANDA/R. MEDEIROS, *sub* Artigo 13.º, in *Constituição Portuguesa Anotada* (J. Miranda/R. Medeiros), I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 226 e ss.

¹¹³ Cfr. V. CANAS, *O Princípio*, p. 1106.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

a) Desde logo, deteta-se sem dificuldade ter ela dado corpo à criação de uma diferenciação de regimes — intencional, mas sem o mínimo lastro de justificação empírica — entre: (i) por um lado, a generalidade das relações de arrendamento ou exploração de imóveis para fins comerciais, submetidas que se encontram estas, a nível de resposta legislativa excecional para fazer face aos efeitos da pandemia, ao regime da Lei n.º 4-C/2020; e (ii) por outro, o núcleo de relações — contratualmente atípicas — de utilização de lojas em centros comerciais, desde o dia 25 de julho de 2020 submetidas ao regime particular inscrito no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020. Naquelas, e na base de um regime que é explicitamente supletivo (cfr. o n.º 2 do artigo 13.º-A), a medida de preservação do equilíbrio contratual gizada pelo legislador não suprime posições patrimoniais de fonte contratual, antes habilita o retardamento da sua efetivação; nestas, ao invés, o regime é injuntivo e, sobretudo, supressor de específicas posições patrimoniais desse tipo.

Dir-se-á ainda assim que a diferença assim gerada se justificaria em função dos efeitos diferenciados que as medidas legislativas e administrativas de controlo sanitário geraram num e nouro tipo de estabelecimentos comerciais e respetivos lojistas. É factual que a sucessão dessas medidas conduziu a que, de forma geral em todo o território nacional, mas de modo particular no que toca à Área Metropolitana de Lisboa, a generalidade dos lojistas de centros comerciais só pudesse retomar atividade depois dos lojistas “de rua”.

Mas daí até à conclusão de que este *delay* justifica a adoção de um regime de «perdão legal» da parte renda em favor dos primeiros sem paralelo em relação aos segundos, há um salto não racionalmente explicável. Tanto mais que o regime regra de moratória inscrito na Lei n.º 4-C/2020 não deixou justamente de garantir que à diferença no momento de reabertura de cada estabelecimento correspondesse uma diferença no âmbito das rendas vencidas cujo cumprimento se torna passível de ser diferido, pois é em função do momento concreto em que venha a levantar-se a imposição de encerramento/suspensão, que se determina a maior ou menor abrangência das rendas passíveis de serem diferidas. E nestes termos, não se



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

vislumbra a razão da consagração legislativa de um regime privilegiado para os lojistas de centros comerciais: é que a medida geral engendrada pelo legislador já acautelava devidamente a circunstância de, em regra, a generalidade dos lojistas de centros comerciais só ter podido retomar a respetiva atividade em momento ulterior à dos demais comerciantes ou prestadores de serviços.

E se, por seu turno, se tentar buscar a razão justificativa desta diferenciação na estrutura particular dos contratos legalmente atípicos que suportam a exploração de lojas em centros comerciais, e em particular no esquema combinatório de parcelas de renda fixa com parcelas de renda variável, que em regra não existe nas situações legalmente típicas de arrendamento para fins comerciais, seguro é que continua a não descortinar-se aí motivo válido capaz de secundar a opção do legislador parlamentar. Muito simplesmente porque o que justifica essa combinação de parcelas no caso dos lojistas de centros comerciais é, como já acima se identificou, a circunstância de a primeira servir como contraprestação do gozo do espaço e a segunda como contrapartida da pluralidade de serviços providenciados pelos proprietários/entidades gestoras de centros comerciais em benefício transversal de todos os estabelecimentos neles localizados.

Não se pode por isso argumentar no sentido de que, no caso dos lojistas de centros comerciais, a supressão legislativa da obrigação de pagamento da componente fixa/mínima da renda, que não ocorreu em relação aos demais comerciantes ou prestadores de serviços não integrados em centros comerciais, é «compensada» pela manutenção da obrigação de pagamento da componente variável. Na medida em que por definição as relações contratuais que suportam a exploração de lojas não integradas em centros comerciais não postulam esta segunda componente, o único termo de comparabilidade possível é então o que é devido pelo gozo do espaço. E, aí, o legislador decidiu instituir uma diferenciação arbitrária, que tem por único efeito colocar os lojistas de centros comerciais em situação de vantagem competitiva sobre todos os outros que, por lei, não beneficiam do perdão de qualquer componente da sua renda.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Dito de outro modo: mesmo acaso o objetivo confessado da Assembleia da República fosse o de, por via da intervenção sobre relações contratuais nesse contexto, aproveitar para consumir medidas globalmente reequilibradoras da posição dos comerciantes/lojistas em face da dos proprietários de estabelecimentos comerciais, sempre os critérios da adoção de uma medida de privilégio teriam de ter sido outros, especificamente associados à maior ou menor exposição de certas atividades aos efeitos da crise; nunca em caso algum a mera circunstância de uns estabelecimentos se localizarem em centros comerciais e outros não.

Alertou-se já com pertinência entre nós que, no contexto atual, “opções políticas singulares seguidas, em pontos concretos do sistema, pelo legislador podem provocar «réplicas» imediatas em muitos outros âmbitos à luz do princípio da igualdade, frustrando esse princípio cardinal se não forem correspondidas”¹¹⁴. Nem de propósito, a constatação factual de que, após a aprovação de uma solução especificamente aplicável aos lojistas de centros comerciais, há já pretensões de entidades representativas do sector na adoção generalizada de mecanismos legais de supressão parcial das rendas¹¹⁵, serve como demonstração de que a solução aprovada pela Assembleia da República deu efetivamente corpo a uma desigualitária medida de privilégio dos lojistas de centros comerciais; ou, noutra perspetiva: de uma desigualitária medida de sacrifício dos proprietários/entidades gestoras de centros comerciais.

b) Mas a violação do princípio da igualdade materializada pelo n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 deteta-se também por outra via.

¹¹⁴ Cfr. M. CARNEIRO DA FRADA, ‘A alteração das circunstâncias’, p. 159.

¹¹⁵ Cfr., a esse propósito, o comunicado conjunto da Confederação do Comércio e Serviços de Portugal (CCP), da Associação da Hotelaria, Restauração e Similares de Portugal (AHRESP) e da Associação das Marcas de Retalho e Restauração (AMRR) de 14.07.2020, divulgado na sequência da aprovação parlamentar do regime especificamente aplicável aos lojistas de centros comerciais e no qual se reclama a redução por via legislativa do montante das rendas (em 40%) para todo o restante sector do comércio, restauração e retalho.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

É que, como já acima se conseguiu apurar, o comando eliminativo da obrigação de pagamento da renda fixa, ao ganhar aplicação sobre *todos* os contratos de utilização de loja em centros comerciais de matriz atípica: (i) de uma banda, não diferencia minimamente a posição de quem tenha visto o seu estabelecimento efetivamente encerrado e quem não tenha; (ii) de outra, não atende ao diferente estatuto e condição económica de centros comerciais de pequena dimensão em face dos de grande dimensão; (iii) de outra ainda, não atende também minimamente às diferenças de estatuto e condição económica de pequenos e grandes lojistas; mas, por paradoxal que possa parecer, (iv) já diferencia aqueles que, por eventualmente terem a sua posição titulada por uma forma contratual típica, ou por não assentarem num esquema combinatório de renda fixa/mínima e renda variável, não alcançam o benefício do perdão legal sobre a renda fixa/mínima inscrito pela Assembleia da República na LOE/2020.

Só que, mais uma vez, nenhuma destas indistinções ou distinções parece conseguir ser reconduzida a um critério objetivo minimamente apreensível. Quer dizer: fica claro que a medida legislativa aprovada em benefício dos lojistas de centros comerciais se traduz numa vantagem pura e simplesmente fundada na circunstância de eles se integrarem em centros comerciais. Só que a *ratio* possível de intervenções do legislador na conformação de instrumentos de reequilíbrio contratual em resposta à situação de crise gerada pela pandemia não consente que este possa ser um critério materialmente justificado. Antes, o que esse critério revela é a pura e simples arbitrariedade da medida no atual contexto, como o demonstra de modo particularmente impressionante a circunstância de ela vir a beneficiar mesmo os lojistas de centros comerciais que não se tenham de modo algum visto impedidos de continuar o exercício da sua atividade por conta da pandemia. E o mesmo vale, à inversa, quanto à circunstância de, por se aplicar apenas às “*formas específicas*” de instrumentos contratuais de suporte à exploração de lojas em centros comerciais (isto é: apenas aos legalmente atípicos que postulem o esquema combinatório de renda fixa e renda variável), a medida deixar completamente à margem os lojistas de centros

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

comerciais cujo título contratual de exploração se reconduza antes a uma modalidade contratual legalmente típica ou que não postulem aquele esquema combinatório.

c) Violação do princípio da tutela da confiança

39. Também por fim o princípio da tutela da confiança, emanção pacífica do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da Constituição) e bloqueador de intervenções legislativas que, perante um instalado e consolidado cenário de expectativas geradas, o invertam sem contra-amparo em razões ponderosas de interesse público, é infringido por conta do alcance do que se dispõe no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020.

Como é sabido, e ao menos de acordo com a fórmula quadripartida como esse princípio vem sendo mais recentemente aplicado pela nossa jurisprudência constitucional, a compatibilidade de uma medida legislativa à sua luz depende da satisfação de quatro «testes», sendo pois necessário: “em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa”¹¹⁶.

Naturalmente que, seja em situações de «normalidade», seja quiçá de modo intensamente particular no contexto de resposta aos efeitos de uma crise pandémica,

¹¹⁶ Cfr. o Acórdão do TC n.º 128/09 (Proc. n.º 772/2007), de 12.03.2009; sempre alinhadamente nesta lógica de quatro «testes», cfr., v.g., os Acórdãos do TC n.º 3/2016 (Proc. n.º 74/15), de 13.01.2016, n.º 195/2017 (Proc. n.º 681/2016), de 26.04.2017; n.º 134/19 (Proc. n.º 716/18), de 27.02.2019; na literatura, também entre muitíssimas referências e sem prejuízo de inevitáveis variações, cfr. M. L. AMARAL, *A Forma da República*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 180-184; IDEM, ‘O tempo e a proteção da confiança’, in *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público*, Lisboa: ICJP, 2012, pp. 21-29; J. REIS NOVAIS, *Princípios*, pp. 157 e ss.; V. CANAS, *O Princípio*, pp. 1123 e ss.; R. MEDEIROS, *Direito Constitucional. Ensinar e Investigar*, Lisboa: UCE, 2016, pp. 99-100.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

não deve recusar-se ser a “ampla a liberdade do legislador para engendrar soluções normativas no plano infraconstitucional, de forma a regular de maneira equilibrada os inúmeros vínculos jurídicos que se criam entre particulares”; mas essa margem de manobra do legislador cessa se com o seu exercício não for respeitado “um mínimo nível de certeza, que possibilite a fruição dos direitos das pessoas”, pois que o que o imperativo da tutela da confiança é uma intervenção “arbitrária ou excessivamente onerosa sobre os interessados, que abale os pilares de estabilidade das relações juridicamente constituídas”¹¹⁷.

40. Tendo em vista o que já acima se apurou em relação à prospectividade da norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, dir-se-ia haver poucas condições para firmar um juízo de violação do princípio da tutela da confiança: é que, sem abalo das posições contratuais entretanto já passadas (*maxime*, os termos de exigibilidade das rendas vencidas antes de 25 de julho de 2020), a solução aprovada pela Assembleia da República prefiguraria apenas uma nova opção, de vocação futura e ademais transitória, para a disciplina dos contratos de utilização de lojas em centros comerciais.

Só que, evidentemente, o princípio da tutela da confiança não milita apenas como forma de obviar ao limitar intervenções legislativas dotadas de retroatividade — para as quais, de resto, em relação às que se configurem como restritivas de direitos fundamentais, a Constituição estabelece uma regra proibitiva autónoma (n.º 3 do artigo 18.º). Na extensibilidade própria da sua estrutura principal, a tutela da confiança é sim convocável em toda em qualquer hipótese em que se consigam individuar situações de confiança, de confiança legítima, e de investimento nessas situações por parte de particulares. E a sua convocação redundará em inconstitucionalidade material sempre que falhem razões públicas prevaletentes à destruição dessas situações.

¹¹⁷ Cfr. o Acórdão do TC n.º 255/20 (Proc. n.º 286/20), de 28.05.2020.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

A nosso ver, é justamente isso o que se passa *in casu*. E passa-se não apenas numa consideração atomística da posição daqueles que são os «lesados diretos» da norma aprovada pela Assembleia da República (os proprietários/entidades gestoras dos centros comerciais).

a) É assim desde logo porque, num plano *macro*, esta intervenção legislativa da Assembleia da República dá corpo, no ordenamento jurídico português, à primeira e única vez em que, de forma dedicada, o legislador cuidou de disciplinar o conteúdo das relações contratuais, desde sempre socialmente típicas mas legalmente atípicas, entre lojistas e proprietários/entidades gestoras de centros comerciais. E com a agravante que o fez por via da inserção de uma disposição no articulado da lei orçamental, sem a submeter aos mecanismos de ponderação e auscultação pública que só um procedimento legislativo específico, e com vocação eventualmente mais global, facultaria. O tipo social constituído pelos contratos de exploração de lojas em centros comerciais foi assim atingido de forma súbita e repentina, e por isso em frustração de consolidadas expectativas, geradas ao longo de décadas, de todos os operadores que se movem no correspondente mercado.

Objetar-se-á de imediato que essa frustração, e o modo legislativamente particular como ela foi consumada, se impôs por prevalecentes razões de interesse público, assentes numa necessidade imperiosa e inadiável de regulação deste domínio específico de relações contratuais no contexto da resposta à crise pandémica. Só que, como nos parágrafos antecedentes já se logrou demonstrar, não há bases sólidas para fundar essa suposta necessidade pública de intervenção legislativa. A pré-existência de mecanismos legislativos de ordem geral aplicáveis, assim como a generalizada suficiência dos esquemas de adaptação contratual gizados pelas partes, revelam bem pelo contrário ser artificial essa necessidade de intervenção legislativa.

b) Se se mover a lupa para a posição particular em que foi afetada a esfera jurídica dos proprietários/entidades gestoras de centros comerciais, não restam evidentemente dúvidas de que a solução em vigor desde o dia 25 de julho de 2020



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

não só afeta direitos fundados em contratos livremente celebrados e conformes à lei, como, da esfera dos proprietários/entidades gestoras, compromete os avultados investimentos realizados por quem aposta no mercado dos centros comerciais, desse modo pondo em risco o cumprimento de contratos de financiamento em vigor e tornando mais difícil a obtenção de novos créditos no futuro.

Há assim situações de confiança, legitimidade para a sua geração, e investimentos nelas fundados. E o feixe de desvantagens que agora se reflete sobre os proprietários/entidades gestoras não é passível de ser ponderativamente justificado pelo contra-objetivo de tutelar a posição dos lojistas em contexto de resposta pública à pandemia. Simplesmente, e porque na mobilização do quarto «teste» do princípio da tutela da confiança ele se intersecciona com o da proporcionalidade, já acima se apurou a medida ampla em que esse objetivo não é nem adequado, nem necessário, nem equilibrado.

c) A violação do princípio da tutela da confiança surge ainda, enfim, pela circunstância contextual de a medida aprovada pela Assembleia da República ter rompido com o sentido orientador que o legislador parlamentar imprimiu, desde abril, às intervenções legislativas transitórias e de resposta aos efeitos da pandemia no domínio das relações contratuais relativas a estabelecimentos comerciais.

Com efeito, porque supletivas e apenas habilitadoras de uma faculdade de diferimento no pagamento das rendas, essas intervenções legislativas sempre permitiram a convenção das partes na autorregulação das condições específicas de reação a esses efeitos, que no caso das relações entre lojistas de centros comerciais e respetivos proprietários/entidades gestoras se traduziram na conformação de um alargadíssimo número de instrumentos de adaptação contratual. Todos eles, porém, de súbito derrogados na componente central de determinação das condições de exigibilidade das rendas devidas pelos lojistas a partir do momento da entrada em vigor daquela norma aditada à LOE/2020. E, repete-se, sem que aqui possa justificar-se como empiricamente fundada uma qualquer necessidade de intervenção

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

legislativa dedicada — a qual frustrou assim, se se quiser num plano mais *micro*, a situação de confiança, legítima e na qual as partes orientaram o curso das suas relações, gerada a partir de finais de março de 2020.

3.3 Meios de reação

41. Aprovada pela Assembleia da República, promulgada pelo Presidente da República sem que este tivesse exercido a faculdade de a reenviar para fiscalização preventiva da constitucionalidade, referendada e publicada, a norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 está em vigor na ordem jurídica portuguesa desde o dia 25 de julho de 2020. Consequentemente, é neste momento aplicável — e já se viu que injuntivamente — aos contratos de utilização de loja em centros comerciais em curso, com o efeito já destacado de suprimir a deverosidade da obrigação de pagamento da renda fixa por parte dos lojistas. Apesar da sua inconstitucionalidade material, nada há por isso que os proprietários/entidades gestoras de centros comerciais possam fazer, por si só, para obstar à aplicabilidade dessa norma de supressão e às suas consequências. Enquanto vigorar na ordem jurídica portuguesa, ela repercutir-se-á inapelavelmente sobre as relações contratuais que unem esses proprietários/entidades gestoras aos correspondentes lojistas.

Salvo a hipótese, que na rubrica seguinte será analisada, de a norma vir a ser revogada pelos órgãos legislativamente competentes, para obviar à sua aplicabilidade só resta por isso, à luz da ordem jurídica portuguesa, a intervenção do poder judicial: (i) seja por ação de um tribunal comum que, na apreciação de um concreto litígio (seja em sede declarativa, executiva, ou mesmo até no âmbito de um procedimento cautelar) a venha a desaplicar por inconstitucionalidade, fazendo uso da competência de controlo difuso da constitucionalidade que lhe é garantida pelo artigo 204.º da Constituição; (ii) seja por ação do Tribunal Constitucional, (ii.1) ora em sede de recurso de fiscalização concreta de decisões de tribunais que justamente recusem aplicar, ou inversamente a apliquem mesmo quando a inconstitucionalidade



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

tenha sido suscitada no processo (n.º 1 do artigo 280.º da Constituição), caso em que a respetiva decisão cinge a sua incidência ao litígio decidendo e por isso só valeria *inter partes*, (ii.2) ora em sede de fiscalização abstrata sucessiva convocada por algum dos órgãos constitucionalmente habilitados a tal, nos termos do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição¹¹⁸, caso em que, na hipótese de uma decisão de provimento por parte do Tribunal Constitucional, ela valeria *erga omnes* e, salvo modulação de efeitos *ex vi* n.º 4 do artigo 282.º, com alcance retroativo desde a data de entrada em vigor da norma sindicada.

42. Já num plano distinto, uma hipótese também a considerar é a de os proprietários/entidades gestoras (ou até mesmo a Consulente em representação dos que sejam seus associados) demandarem o Estado numa ação de responsabilidade civil por danos cometidos no exercício da função legislativa,. A propor junto dos tribunais administrativos¹¹⁹, a procedência de uma ação desse tipo dependeria, nos termos do n.º 1 do artigo 15.º do Regime da Responsabilidade Civil do Estado e das demais Entidades Públicas¹²⁰, e no essencial: (i) da formulação de um juízo de ilicitude, traduzido na qualificação como inconstitucional da norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020; (ii) da formulação de um juízo de «culpa» na

¹¹⁸ Sempre importando notar, em qualquer caso, resultar de informações públicas divulgadas no momento da promulgação da Lei n.º 27-A/2020 por parte do Presidente da República terem o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro já manifestado a intenção de não vir a exercer o poder de suscitar a fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade de, ao que parece, nenhuma das normas dela constantes (cfr. a nota de promulgação do dia 23.07.2020 e documentação anexa constante do sítio *web* da Presidência da República). Nestes termos, e não sendo para além disso expectável que nem o próprio Presidente da República (tendo em vista os termos em que foi efetuada a promulgação), nem um décimo dos deputados da Assembleia da República (tendo em vista a ausência de qualquer voto contra no momento da sua aprovação parlamentar), venham a tomar entretanto a iniciativa de suscitar a fiscalização abstrata da inconstitucionalidade da norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 junto do Tribunal Constitucional, resta a eventualidade de isso vir a ocorrer por ação ou da Provedora de Justiça ou da Procuradora-Geral da República, órgãos perante os quais os interessados poderão endereçar, para este efeito, petições, queixas ou exposições, conservando-se no entanto como livre e de apreciação exclusiva o poder de tais órgãos iniciarem efetivamente, junto do Tribunal Constitucional, um processo de fiscalização sucessiva abstrata.

¹¹⁹ *Ex vi* alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, por último alterada pela Lei n.º 114/2019, de 12 de setembro).

¹²⁰ Aprovado em anexo à Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

aprovação dessa norma; (iii) da demonstração da ocorrência de danos qualificáveis como «anormais»; e (iv) da demonstração do nexo de causalidade entre a ocorrência destes danos e a vigência daquela norma¹²¹.

Sem que caiba no objeto deste Parecer aprofundar a efetiva verificação de todas essas condições *in casu* (salvo a da ilicitude, que resulta do juízo de inconstitucionalidade material já firmado nos parágrafos anteriores), destaca-se residir aqui um meio de tutela ressarcitória contra o Estado-legislador que, apesar de não depender de qualquer prévia e autónoma decisão de inconstitucionalidade proferida por um tribunal comum ou pelo Tribunal Constitucional¹²², em todo o caso nada afeta ou bloqueia, no entretanto, a aplicabilidade da norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 às relações contratuais em curso proprietários/entidades gestoras e lojistas de centros comerciais.

¹²¹ Detalhadamente sobre as condições de procedência deste tipo de ações, cfr. R. MEDEIROS, *Ensaio*, pp. 165 e ss.; J. PEREIRA DA SILVA, *sub Artigo 15.º*, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas* (org. R. Medeiros), Lisboa: UCE, 2015, pp. 387-410; T. FIDALGO DE FREITAS/A. BRÁS, *sub Artigo 15.º*, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência* (C. Amado Gomes/R. Pedro/T. Serrão), 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 832-860.

¹²² Cfr. J. PEREIRA DA SILVA, *sub Artigo 15.º*, p. 408; T. FIDALGO DE FREITAS/A. BRÁS, *sub Artigo 15.º*, p. 854.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

§4.º

REVOGABILIDADE DO N.º 5 DO ARTIGO 168.º-A DA LOE/2020

4.1 Um “cavaleiro orçamental”: admissibilidade e estatuto «comum»

43. Olhando ao disposto nos artigos 105.º e 106.º da Constituição, pareceria não poder duvidar-se de que a ordem jurídica portuguesa reserva à lei do Orçamento do Estado um conteúdo material paradigmático: nela cabendo a *“discriminação das receitas e despesas do Estado, incluindo as dos fundos e serviços autónomos [e as da] segurança social”*, dir-se-ia que as disposições contidas no seu articulado se deveriam limitar à enunciação das normas, de incidência financeira, habilitadoras e enquadradoras dessas receitas e despesas. Descendo por seu turno à lei que especificamente parametriza os termos da sua elaboração e define o seu conteúdo, mais se confirmaria essa circunscrição temática da lei orçamental, pois que, depois de enunciar designativamente o tipo de normas e matérias que nele cabem, o n.º 2 do artigo 41.º da Lei de Enquadramento Orçamental¹²³ aponta no sentido aparentemente incisivo de que *“as disposições constantes do articulado da lei do Orçamento do Estado limitam-se ao estritamente necessário para a execução da política orçamental e financeira”*.

Corresponde no entanto a uma prática de há larguíssimas décadas, no limite qualificável como constitutiva de um verdadeiro costume constitucional¹²⁴, o aproveitamento da lei orçamental para a disciplina inovatória, ou para a modificação de regimes jurídicos pré-existentes, que muito pouco, ou mesmo nada, se connexionam com matérias orçamentais ou financeiras. Num tempo em que as opções políticas sectoriais nos mais diversos domínios acabam quase sempre por depender ou estar direta ou indiretamente associadas ao próprio *indirizzo* orçamental e financeiro dos poderes públicos, e em que a discussão e aprovação da lei do orçamento surge como momento por excelência de revelação das sensibilidades político-programáticas

¹²³ Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro.

¹²⁴ A sugestão é de P. OTERO, ‘Desparlamentarização, conteúdo do orçamento e problemas de controlo constitucional’, *Fisco* 4.º/41 (1992), p. 42.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

representadas na Assembleia da República, não espanta aliás que assim seja no plano dos factos.

De um ponto de vista estritamente jurídico-constitucional, porém, essa prática convoca dois problemas, de há muito bem identificados e laboriosamente trabalhados na ciência jurídica portuguesa e estrangeira: desde logo, o da sua admissibilidade; por outro lado e consequentemente, o do estatuto — formal e também temporal¹²⁵ — dessas normas que, embora aproveitando a “boleia” da aprovação da lei orçamental, nada regem, nem direta nem indiretamente, sobre aspetos de recorte orçamental ou financeiro¹²⁶. Não merecendo um e outro pontos ser cabalmente desenvolvidos neste contexto, basta talvez assinalar que:

- (i) Quanto ao primeiro, e naquilo que se pode considerar corresponder a uma atitude relativamente «pragmática», a jurisprudência constitucional portuguesa tem caucionado com relativa generosidade a legitimidade constitucional, ou pelo menos não se tem oposto incisivamente ao aproveitamento da lei do orçamento para aprovação dos — assim conhecidos — “cavaleiros orçamentais”, fundamentalmente com base na leitura de que, ao contrário do que se pontua explicitamente em algumas

¹²⁵ É que, tendo em vista a constitucionalmente imposta regra de anualidade do Orçamento (cfr. o n.º 1 do artigo 106.º da Constituição), um dos problemas que mais frequentemente se coloca a respeito dos «enclaves» não-orçamentais ou não-financeiros nele inscritos é o de saber se se subordinam igualmente a um período de vigência anual. Embora a resposta a esse problema seja pacificamente negativa, destaque-se que no caso da norma inscrita no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 ele não surge sequer, pela razão simples de que, por força da sua própria restrição temporal “até 31 dezembro de 2020”, os seus efeitos não se projetam por definição nunca para além do ano orçamental de 2020.

¹²⁶ Para uma completa recensão das posições doutrinárias a esse duplo respeito firmadas na doutrina e jurisprudência portuguesas, cfr. T. DUARTE, *A Lei por detrás do Orçamento*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 463 e ss.; também com essa recensão geral e no duplo sentido que se sintetiza no texto, cfr. o Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 6/2018, de 25.05.2018; mais em geral e sobretudo mais restritivamente do que aqueles que vêm sendo apesar de tudo os ecos permissivos da jurisprudência constitucional quanto aos “cavaleiros” de lei reforçada, cfr. C. BLANCO DE MORAIS, *As Leis Reforçadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 810-811 e 908 e ss.; IDEM, ‘Algumas reflexões sobre o valor jurídico de normas parasitárias presentes em leis reforçadas pelo procedimento’, in *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, Lisboa: AAFDL, 2001, pp. 393-469; também numa linha restritiva, cfr. A. R. GONÇALVES MONIZ, ‘Cavaleiros e Hierarquia: o Artigo 158.º da Lei do Orçamento do Estado para 2009’, *Revista de Direito Público e Regulação* (2009), pp. 1-4.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

ordens jurídicas estrangeiras, “inexist[e] no nosso ordenamento constitucional norma expressa que proíba a inclusão na lei do orçamento de normas não orçamentais”¹²⁷. E de resto, a partir do momento em que, com a revisão constitucional de 1989, a Constituição admite a inclusão na lei do orçamento de autorizações legislativas incidentes sobre quaisquer matérias (n.º 5 do artigo 165.º), torna-se difícil justificar a limitação da extensão do poder legislativo primário da Assembleia da República em sede de aprovação do Orçamento do Estado. Na realidade, “se [a lei do orçamento] pode conter autorizações legislativas, também pode regular diretamente as mesmas matérias”¹²⁸, num argumento cuja generalização permite a extração da conclusão de que “não existe, no nosso ordenamento jurídico, razão para defender a relevância jurídica de uma específica função orçamental que, permitindo ao Parlamento aprovar a lei do Orçamento, não lhe permitisse aprovar, juntamente, outras normas legais”¹²⁹. Por isso, em síntese, há que reconhecer que “não é atentatório da Constituição o inserimento no articulado do Orçamento de disposições estranhas à administração orçamental”¹³⁰.

¹²⁷ Cfr. o Acórdão do TC n.º 358/92 (Proc. n.º 120/92), de 11.11.1992; já nesse sentido permissivo geral, amparando-se na doutrina da época para firmar a ideia de “não ser constitucionalmente questionável a inserção na lei do orçamento de normas sem imediata incidência financeira ou normas “não orçamentais”», cfr. o Acórdão do TC n.º 461/87 (Proc. n.º 176/87), de 16.12.1987; e posteriormente, mesmo sugerindo poder exigir-se uma “conexão mínima entre o *cavalier* e a Lei do Orçamento”, mas acabando por reconhecer em termos latos que “a inclusão desde tipo de normas nos diversos Orçamentos do Estado [é] uma prática habitual ou reiterada (...), com uma ampla tradição remontando ao constitucionalismo monárquico e que não se encontra excluída pelo atual texto constitucional, pelo que deve ser aceite tal inclusão orçamental”, cfr. o Acórdão do TC n.º 141/2002 (Proc. n.ºs 198/92 e 62/93), de 9.04.2002.

¹²⁸ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 1112.

¹²⁹ Cfr. T. DUARTE, *A Lei*, pp. 443-444.

¹³⁰ Cfr. J. TEIXEIRA RIBEIRO, ‘Os poderes orçamentais da Assembleia da República’, *Boletim de Ciências Económicas XXX* (1987), p. 174; também assim, cfr. A. LOBO XAVIER, ‘O Orçamento como Lei. Contributo para a compreensão de algumas especificidades do Direito Orçamental Português’, in *Boletim de Ciências Económicas XXXV* (1992), pp. 110-122; A. L. SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 1991, pp. 401-402.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

- (ii) Quanto ao segundo, e para começar por recorrer de novo à linhagem da nossa jurisprudência constitucional nesta matéria, não deve perder-se de vista que “a admissibilidade, na lei do orçamento, de matérias «não orçamentais» não se pode entender como traduzindo uma limitação, para futuro, da liberdade de iniciativa parlamentar”¹³¹. E o que isto significa é que, “admitindo-se que a lei do orçamento possa conter matérias não orçamentais, então não poderá deixar de se entender que nessas matérias a lei do orçamento tem de ser considerada como uma *lei comum*, de modo a poder ser alterada nos termos gerais e não ficar sujeita à regra da vigência anual e à exclusividade da iniciativa legislativa governamental, podendo continuar em vigor mesmo depois da substituição do orçamento, salvo indicação em contrário”, pois que, “sendo a lei do orçamento uma lei especial, que só pode ser alterada por proposta do Governo, o alargamento do seu âmbito para além das matérias que preenchem a sua função viria a traduzir-se, em relação às matérias excrescentes, numa limitação da competência da Assembleia da República e da liberdade de iniciativa legislativa parlamentar”¹³². Ou, em termos ainda mais gerais: “as disposições inseridas numa lei reforçada fora do seu objeto ou sem conexão objetiva ou estruturante com ele não pod[em] beneficiar da consistência e da proteção inerentes às restantes disposições”¹³³. E se mais uma vez se procurar no texto constitucional base justificante para esta necessidade de separar, de entre o conteúdo plúrimo que pode conter uma

¹³¹ Cfr., novamente, o Acórdão do TC n.º 358/92; e já implicitamente assim, de resto, também o Acórdão do TC n.º 461/87; sintetizando a evolução da jurisprudência constitucional a este propósito no duplo sentido de que o Tribunal Constitucional, por um lado, “acaba por admitir, sem estabelecer qualquer tipo de restrições, a inclusão na lei do Orçamento de outras normas, independentemente do seu conteúdo material ou da sua duração temporal”, mas, por outro, “esclarece que a essas normas não será de aplicar o regime jurídico aplicável à lei do Orçamento, como seja a necessidade de alteração através de iniciativa governativa, já que, pelo facto de se encontrarem incluídas em lei reforçada, não beneficiam do regime jurídico da lei em que se incluem”, cfr. T. DUARTE, *A Lei*, pp. 454-455.

¹³² Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 1112-1113.

¹³³ Cfr. J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 400; IDEM, *Atos Legislativos*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 213.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

lei orçamental, as disposições que são materialmente orçamentais e que por isso beneficiam da «blindagem» que lhes é concedida pelo valor reforçado da lei em que se inserem, daquelas que por serem extravagantes e que por isso mantêm o seu estatuto legislativo *comum*, auxilia de novo o que se dispõe no n.º 5 do artigo 165.º, ao associar apenas às autorizações legislativas em matéria fiscal a regra de anualidade estruturalmente caracterizadora das normas orçamentais. Eis pois um elemento decisivamente revelador de que os “preceitos sem significado para o quadro global da política financeira não comungam da especificidade do Orçamento pelo simples facto de nele serem incluídos”¹³⁴.

44. Fixadas estas premissas gerais — e mesmo que sobre elas não importe neste contexto, repete-se, tomar posição dedicadamente desenvolvida —, regresse-se ao caso da Consulta e à norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020. Não são agora difíceis as conclusões:

- (i) Sem a mínima conexão com matérias orçamentais ou financeiras, antes correspondendo à materialização de uma medida de política pública no domínio das relações contratuais entre lojistas e proprietários/entidades gestoras de centros comerciais, essa norma dá corpo, e pode mesmo dizer-se que *à outrance*, a um vero e próprio “cavaleiro orçamental”;
- (ii) Por ser assim, porém, não é a circunstância de se encontrar formalmente inserta na LOE/2020 que faz com que tal norma comungue dos predicados que fazem das leis do orçamento atos legislativos de valor reforçado — desde logo a rigidez do seu procedimento, necessariamente dependente, nos termos da alínea g) do artigo 161.º da Constituição, da iniciativa

¹³⁴ Cfr. A. LOBO XAVIER, ‘O Orçamento’, p. 120; e para um reconhecimento jurisprudencial recente desta ideia, cfr. o Acórdão do TCAS de 10.10.2019 (Proc. n.º 1529/18.0BELSB).

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

legislativa do Governo e de aprovação pela Assembleia da República, e subordinado às exigências fixadas na Lei de Enquadramento Orçamental¹³⁵.

4.2 Revogabilidade

4.2.1 Por lei (*comum*) da Assembleia da República

45. Serviram os parágrafos antecedentes para a extração de uma conclusão intermédia fundamental: a de que, na sua qualidade de “cavaleiro orçamental”, a norma que suprime a obrigação de pagamento da renda fixa pelos lojistas de centros comerciais, não obstante articulada na Lei do Orçamento do Estado, reveste a natureza e a força de lei *comum*, isto é, de valor não-reforçado.

Adicionando a essa conclusão intermédia a dupla circunstância de a matéria por ela regulada (i) caber no âmbito da competência legislativa genérica da Assembleia da República, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição¹³⁶, e (ii) não se integrar na *fattispecies* de qualquer outra categoria de lei de valor reforçado recortada pela constituição, estão dados os passos para se obter a conclusão de que nada impede que, ao abrigo de um procedimento legislativo ordinário, a norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 venha a ser modificada, e no limite integralmente revogada, por lei *comum* da Assembleia da República.

¹³⁵ Sobre as características (não só de rigidez procedimental, mas também de parametricidade material) que fazem da Lei do Orçamento uma lei de valor (duplamente) reforçado, cfr. C. BLANCO DE MORAIS, *As Leis*, pp. 807 e ss.; IDEM, *Curso de Direito Constitucional*, II, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 359 e ss.

¹³⁶ Pela razão simples de não se tratar, evidentemente, de matéria da competência legislativa exclusiva do Governo, pois esta só abrange a respeitante à sua organização e funcionamento (cfr. o n.º 2 do artigo 198.º da Constituição).



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

4.2.2 Por decreto-lei (*simples*) do Governo

46. Semelhante conclusão vale também quanto à questão de saber se a modificação ou revogação dessa norma pode vir a ter lugar por via de decreto-lei do Governo. Quer dizer: só por si, a inserção formal de tal norma na Lei do Orçamento do Estado não tolhe a possibilidade de exercício das competências legislativas governamentais. Gozando do estatuto e força de lei *comum*, e tendo em vista a posição hierarquicamente paritária em que, na nossa ordem jurídica, se situam as leis de valor não-reforçado da Assembleia da República e os decretos-leis do Governo¹³⁷, a norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 encontra-se assim, e pelo menos à partida, ao alcance de uma intervenção legislativa, modificativa ou revogatória, que venha a constar de decreto-lei.

47. Sucede no entanto que, como no §3.º já se pôde concluir, essa norma configura uma intervenção legislativa restritiva sobre, pelo menos, dois direitos fundamentais: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na dimensão em que através dele se tutela a autonomia privada/liberdade contratual, e o direito à propriedade privada, na dimensão em que através dele se tutela a subsistência patrimonial de direitos de crédito. E se, quanto ao primeiro, a sua qualificação nominal como «direito, liberdade e garantia» resulta diretamente da inserção sistemática do artigo 26.º da Constituição, já quanto ao segundo não houve também dificuldades em compreender que, na subcomponente em que ele é afetado por aquela norma da LOE/2020 (isto é, o direito a não ser privado de direitos creditícios), ele beneficia, *ex vi* artigo 17.º da Constituição, analogamente dessa natureza.

Isto posto, um problema competencial se antepõe à possibilidade de o Governo vir a legislar (modificativa ou revogatoriamente) através de decreto-lei sobre a matéria regulada nesse n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020. E esse problema

¹³⁷ Cfr. o n.º 2 do artigo 112.º da Constituição; a propósito desta posição de equiposicionamento hierárquico entre leis da Assembleia da República e decretos-leis do Governo, cfr. J. FREITAS DA ROCHA, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 745-746.

competencial surge porque, de acordo com o esquema de repartição de competências legislativas definido na Constituição, a matéria atinente aos direitos, liberdades e garantias integra a esfera de competência legislativa relativa da Assembleia da República (alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º), razão pela qual nesse domínio o Governo só pode legislar por via de decreto-lei autorizado por prévia lei de autorização legislativa (alínea *b*) do n.º 1 do artigo 198.º), não já por decreto-lei *simples*.

No caso concreto da regulação da obrigação de pagamento da renda fixa por parte dos lojistas de centros comerciais, esse obstáculo competencial à intervenção legislativa do Governo não é, no entanto, inultrapassável.

a) Poderia, é certo, convocar-se para este efeito a tese de que a reserva de competência legislativa da Assembleia da República em matéria de direitos, liberdades e garantias não opera em relação aos que o sejam apenas por natureza análoga. Mas não pode deixar de se reconhecer que semelhante tese, para além de *in casu* apenas cobrir a dimensão de intervenção legislativa respeitante ao direito fundamental à propriedade privada, mas não a relativa ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade (formal e sistematicamente qualificado pela Constituição como direito, liberdade e garantia), se apresenta, no panorama jurídico português, relativamente isolada e, em especial, não encontra amparo na jurisprudência do Tribunal Constitucional¹³⁸.

b) O obstáculo é sim ultrapassável porque, como desde há muito se encontra identificado na ciência jurídica e concretizado na jurisprudência constitucional portuguesa — e aqui sim, pode dizer-se, de modo transversal —, a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição é merecedora de uma leitura cuidadosa, que atenda aos fundamentos axiológicos justificantes da concessão de competência legislativa *prima facie* reservada ao órgão parlamentar em matéria de «direitos, liberdades e garantias»

¹³⁸ Cfr., para o confronto dessas duas teses e para mais indicações, J. MIRANDA/R. MEDEIROS, *sub* Artigo 17.º, in *Constituição Portuguesa Anotada* (J. Miranda/R. Medeiros), I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 306 e ss.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

— em último termo reconduzíveis ao maior pluralismo garantido pelo processo legislativo parlamentar¹³⁹ — e assim permita graduar o grau de «relevância» ou «essencialidade» das matérias legisladas.

Na realidade, “interpretada com um sentido puramente literal, essa norma teria como consequência imediata que não haveria, praticamente, nenhum decreto-lei, aprovado pelo Governo na sua competência própria, que, de algum modo, não padecesse de inconstitucionalidade orgânica por invasão [dessa] reserva parlamentar”, na medida em que “em todos os atos legislativos aprovados pelo Governo, há sempre, a título incidental ou principal, direta ou indiretamente, normas que, de alguma forma, respeitam a faculdades, posições ou situações abrangidas por direitos, liberdades e garantias expressamente consagrados na Constituição enquanto tal ou direitos fundamentais ditos análogos a direitos, liberdades e garantias”¹⁴⁰. Por ser assim, e tendo para mais em vista a *vis expansiva* de direitos fundamentais verdadeiramente omnicomprensivos como são o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à propriedade privada, “a reserva legislativa parlamentar [prevista na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição] tem de ser objeto de uma interpretação restritiva”¹⁴¹. E nesses termos, ela só pode operar, na base de uma *teoria da essencialidade*, no caso intervenções legislativas destinadas a proceder “a título principal, ao desenvolvimento global ou à restrição de um direito fundamental, ou seja, quando a legislação vise a materialização ou configuração geral de um direito fundamental ou a alteração restritiva da respetiva norma de garantia”¹⁴².

¹³⁹ Cfr., sobre as razões — basicamente procedimentais — atualmente justificativas das reservas parlamentares de competência legislativa, M. A. VAZ, *Lei e Reserva da Lei*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 410 e ss. e 431; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, pp. 724-726.

¹⁴⁰ Cfr. J. REIS NOVAIS, *Princípios*, p. 258.

¹⁴¹ Cfr. J. REIS NOVAIS, *Princípios*, p. 259.

¹⁴² Cfr. J. REIS NOVAIS, *Princípios*, p. 262.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Num relance pelas variadíssimas pronúncias do Tribunal Constitucional concretizadoras do alcance da reserva de competência legislativa parlamentar em matéria de «direitos, liberdades e garantias», de resto, a conclusão a extrair não é senão a de que “a reserva de competência legislativa da Assembleia da República comporta graus”¹⁴³. Em particular quanto a intervenções legislativas sobre aspetos interferentes sobre dimensões do direito fundamental à propriedade privada, não hesita pois a jurisprudência constitucional em reconhecer que “apesar de o direito de propriedade privada ser um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, nem toda a legislação que lhe diga respeito se inscreve na reserva parlamentar”¹⁴⁴. E mais em geral, importa reconhecer que a mobilização da salvaguarda competencial da Assembleia da República em matéria de direitos, liberdades e garantias só vem no essencial cobrindo intervenções legislativas que se prefigurem como *restrições* — ou, se se quiser, «afetações» — a direitos fundamentais¹⁴⁵.

Ora, na hipótese de o Governo vir a intervir legislativamente sobre a obrigação de pagamento da renda fixa por parte de lojistas de centros comerciais, com um alcance derogatório ou expressamente revogatório sobre o disposto no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, não estaria nunca: (i) nem a definir de modo global o regime de qualquer direito fundamental, mas antes e tão-só a re-disciplinar um aspeto parcelar de um conjunto particular de relações contratuais; (ii) nem, sequer, a *restringir* ou a afetar negativamente o conteúdo de qualquer direito fundamental, mas antes e verdadeiramente a «reverter» uma restrição legislativa pré-existente e com a isso a restabelecer, em termos ampliativos, o conteúdo legislativamente reconhecido, neste caso, à liberdade contratual e à tutela dos direitos de crédito no âmbito dos contratos de utilização de loja em centros comerciais. E isso basta a nosso ver para

¹⁴³ Cfr. J. MIRANDA/R. MEDEIROS, *sub* Artigo 17.º, p. 307.

¹⁴⁴ Cfr. o Acórdão do TC n.º 329/99 (Proc. n.º 492/98), de 2.06.1999.

¹⁴⁵ Reconhecendo que a reserva de competência legislativa parlamentar neste domínio “ganha particular relevância quando estão em causa compressões ou condicionamentos a um direito”, cfr. o Acórdão do TC n.º 362/2011 (Proc. n.º 746/10), de 12.07.2011.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

concluir que, mesmo quando levada a cabo sob forma de decreto-lei não autorizado, uma intervenção legislativa desse tipo não seria violadora da reserva de competência parlamentar prevista na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição.

Assim, para além de modificável através de lei *comum* da Assembleia da República, a norma constante do n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE é também passível de vir a ser revogada ou derogada através de decreto-lei *simples* do Governo.

48. Aliás, tendo em atenção a já apurada inconstitucionalidade material dessa norma e a circunstância de se dever reconhecer que “os órgãos legislativos são competentes para realizar um juízo autónomo sobre a validade de normas jurídicas”¹⁴⁶, dir-se-á mesmo que um e outro órgão de soberania têm, por força do primado da Constituição, o efetivo *dever* de levar a cabo essa revogação, e isto sem que possa valer como razão justificativa de inércia legislativa a eventualidade de no futuro vir a ser proferida uma qualquer pronúncia jurisdicional a este propósito (*maxime*, pelo Tribunal Constitucional). É que a possibilidade futura de julgamentos ou declarações de inconstitucionalidade não pode nunca funcionar como “pretexto para isentar o legislador do dever de observância da Lei Fundamental ou para paralisar *medio tempore* (isto é, até à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional) a eficácia das normas constitucionais”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Cfr. R. MEDEIROS, *A Decisão*, p. 283.

¹⁴⁷ Cfr. R. MEDEIROS, *A Decisão*, p. 283.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

§5.º

CONCLUSÕES

49. Face ao exposto, extraem-se, sinteticamente, e em resposta direta às questões que nos foram colocadas, as seguintes conclusões:

1.^a A supressão da obrigação de pagamento da renda fixa/mínima por parte de lojistas no âmbito de contratos de utilização de lojas de centros comerciais que assentem numa estrutura remuneratória com parcela fixa e parcela variável, emergente da norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020, só incide sobre as rendas que se vençam a após a sua entrada em vigor. Em particular quanto à determinação do seu termo inicial de aplicabilidade, isso é assim na medida em que:

- (i) Aditando-a à LOE/2020, a Lei n.º 27-A/2020 não fez acompanhar essa norma de qualquer disposição transitória específica que, designadamente, tivesse por efeito fazê-la retroagir à data em que começaram a valer as medidas legislativas de apoio aos arrendatários não habitacionais na sequência da declaração do estado de emergência;
- (ii) Não cumpre essa função a «norma de articulação» que consta do n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 4-C/2020, cujo alcance é apenas o de circunscrever reciprocamente os âmbitos de incidência da medida geral de apoio prevista, desde abril, para a generalidade dos arrendatários de estabelecimentos comerciais (moratória) e da medida específica prevista, desde o final de julho, para os lojistas de centros comerciais (supressão da renda fixa) e, de, com isso, obstar a que, a partir da entrada em vigor desta última, esse lojistas possam continuar a beneficiar da primeira;
- (iii) Por apelo às disposições transitórias gerais do Direito português que constam do artigo 12.º do Código Civil, extrai-se que essa norma é, por um lado, prospetiva e, por outro, de aplicação imediata aos contratos em

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

execução à data da sua entrada em vigor.

2.^a Restritiva do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, na sua subdimensão de tutela da autonomia privada e da liberdade contratual, por um lado, e do direito fundamental de propriedade privada, na subdimensão dele emergente por via da qual se proíbe a privação arbitrária de direitos de crédito, a norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE é materialmente inconstitucional porque:

(i) Viola as três vertentes do princípio da proporcionalidade, ao dar corpo a uma medida que é:

(i.1) *Desadequada*, não só na medida em abrange, em manifesta rota de colisão com aqueles que poderiam ser os seus legítimos fins, todo e qualquer lojista de centro comercial, mesmo aqueles que não se viram impedidos de continuar a exercer a sua atividade por força das restrições impostas de combate à pandemia, mas também em que se repercute sobre um período prospetivo em que esses legítimos fins, de tutela dos lojistas afetados, surgem já dissolvidos num contexto de levantamento generalizado das restrições ao funcionamento de estabelecimentos comerciais;

(i.2) *Desnecessária*, de um lado porque só dubitativamente mais eficaz na prossecução do objetivo de tutela da posição dos lojistas de centros comerciais do que os instrumentos gerais que a ordem jurídica já lhes fornecia (*maxime*, a moratória de pagamento, apta a incidir sobre todas as componentes da renda), e de outro porque injuntivamente substitutiva dos mecanismos convencionais de adaptação contratual entretanto firmados entre as partes, os quais alcançaram um raio de incidência relevante no mercado dos centros comerciais portugueses;

(i.3) *Desequilibrada*, entre o mais por redundar na cristalização injuntiva,



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

para os contratos em execução, de um sacrifício unilateral, não-contrabalançado, em desfavor de só uma das partes da relação contratual (os proprietários/entidades gestoras dos centros comerciais), isto num contexto de crise pandémica cujos efeitos atingem transversalmente todos os operadores económicos, fazendo assim com que, ao arrepio da lógica associativa e de cooperação que caracteriza estas relações contratuais, todo o risco relativo à performance dos lojistas passe fundamentalmente a recair sobre os proprietários/entidades gestoras.

- (ii) É violadora do princípio da igualdade, (i) não apenas por beneficiar sem motivo racionalmente apreensível os lojistas de centros comerciais em face de todos os demais, (ii) mas também por tratar igualitariamente toda a cópia objetiva e subjetivamente heterogénea de situações contratuais no contexto da utilização de lojas de centros comerciais, neste último caso com o resultado duplamente arbitrário de beneficiar os lojistas que não se tenham visto impedidos de desenvolver a sua atividade, mas prejudicar aqueles outros que, por hipótese, não se reconduzam a esquema atípico de modalidade contratual.
- (iii) É violadora do princípio da tutela da confiança, (i) não apenas por surgir, e subitamente no contexto de uma lei orçamental, como a primeira e única vez em que o legislador interveio dedicadamente sobre a estrutura socialmente típica mas legalmente típica dos contratos de exploração de lojas em centros comerciais, (ii) não apenas também por abalar abruptamente as condições de manutenção dos investimentos efetuados pelos proprietários/entidades gestoras dos centros comerciais, (iii) mas finalmente também por desvirtuar, sempre sem contra-razões de interesse público minimamente identificáveis, o alcance de soluções de resposta às perturbações contratuais emergentes da pandemia já convencionalmente

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

pactuadas com a vasta maioria dos lojistas de centros comerciais.

- 3.^a Injuntiva em relação aos contratos já celebrados e em execução e em vigor na ordem jurídica portuguesa desde o dia 25 de julho de 2020, a norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 pode não aplicar-se a tais contratos se e quando, em fiscalização concreta ou abstrata da constitucionalidade, os tribunais comuns ou Tribunal Constitucional reconhecerem, com efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, a sua inconstitucionalidade.
- 4.^a Não se encontra todavia dependente desse reconhecimento a possibilidade de o Estado ser demandado numa ação de responsabilidade civil por ato da função legislativa imputável à Assembleia República, num meio de tutela ressarcitória a propor junto dos tribunais administrativos que, em todo o caso, só por si não bloqueia a aplicabilidade da norma aprovada às relações contratuais em curso.
- 5.^a Pese embora formalmente inserta na Lei do Orçamento do Estado, que é uma lei de valor reforçado, a norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE/2020 dispõe de força de lei *comum* e, por ser assim, pode vir a ser modificada:
 - (i) Quer por lei *simples* da Assembleia da República, aprovada ao abrigo da sua competência legislativa genérica;
 - (ii) Quer por decreto-lei do Governo, sem necessidade de prévia lei autorização legislativa porquanto a revogação de tal norma não integra a reserva relativa de competência legislativa parlamentar prevista na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição.
- 6.^a De resto, atendendo ao dever de observância da Lei Fundamental que impende sobre esses dois órgãos de soberania e atenta a inconstitucionalidade material dessa norma, sobre eles recai mesmo a *obrigação* de a revogar, sem dependência de qualquer pronúncia jurisdicional nesse sentido.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

É este, salvo melhor opinião, o meu parecer.

Lisboa, 7 de agosto de 2020



RUI MEDEIROS

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da
Universidade Católica Portuguesa
Doutor e Agregado em Direito
Advogado