

PASSOS LÓGICOS DE RESOLUÇÃO DE UM PROBLEMA DE
APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO¹

1.º) Verificar se existem critérios de resolução do conflito de leis no tempo na própria LN, podendo estes ser:

- *Direito Transitório Material* – cria-se um regime material específico a aplicar às situações que estão na intercepção entre duas leis (p. ex. pode encontrar-se no DL 47 344, de 25 de Novembro de 1966, que aprovou o Código Civil);
- *Direito Transitório Formal* – remete-se o caso para uma das leis em presença: LN ou LA;

Considerada esta hipótese, então:

- Se não existirem regras de direito transitório na LN → **segue-se para o PASSO 2;**
- Se existirem → deve verificar-se se esses critérios constantes da LN não põem em causa nenhuma regra ou princípio contido em fonte de hierarquia superior (*maxime*, a Constituição):
 - Se sim → a norma que contém esse critério será, em princípio, inválida;
 - Se não → Aplica-se esse critério. O problema termina aqui.

2º) Verificar se estamos no domínio de um ramo do Direito que contenha critérios próprios de aplicação da Lei no tempo:

- Se sim → aplicar esses critérios. O problema termina aqui.
- Se não → seguir para **PASSO 3.**

¹ Legenda:

LA – Lei Antiga

LN – Lei Nova

IV – Início de vigência

Comportam critérios próprios:

- O **Direito Penal** (art. 29/4 CRP, 2^a parte) – princípio da aplicação da lei penal mais favorável (*lex mellior*) ao arguido² - ou seja, aplica-se a LA ou a LN consoante aquela que for mais benévola para o arguido.

Este princípio cobre essencialmente dois tipos de leis penais: i) as **leis que regulam crimes** i) as leis **que regulam as consequências jurídicas** (sanções) dos crimes. Assim, podemos distinguir duas hipóteses:

1. A LN é menos favorável que a LA → então a LN só poderá aplicar-se a factos ocorridos depois do seu IV, nunca podendo aplicar-se retroativamente (**proibição de retroatividade *in pejus***)³. Fundamentos?
 - Leis sobre crimes (ex. L1 criminaliza *ex novo* o adultério) – i) **princípio da culpa** (o Direito Penal orienta-se pela censura do comportamento da pessoa que conhecendo a norma, e tendo capacidade de entender e querer, podia ter orientado o seu comportamento por ela e não o fez (ex. podia ter evitado cometer o crime). Ora, se a norma é aplicável retroativamente, então ela não poderia ser conhecida no momento em que o agente atuou; então o agente não poderia ter orientado o seu comportamento pela norma); ii) **segurança jurídica**, decorrente do princípio do Estado de Direito Democrático (a aplicação retroativa destruiria a garantia das expectativas dos cidadãos em relação ao que é proibido ou não).
 - Leis sobre penas (ex. LA pune o homicídio simples com pena de 8 a 16 anos de prisão; LN pune esse mesmo facto com pena de 17 a 25 anos de prisão) – **segurança jurídica**, enquanto garantia de que os critérios que o Estado usa para punir são previsíveis e que aquele se vincula aos mesmos, não podendo alterá-los para o passado, motivado por algum caso concreto.

² MTS, p. 283

³ Cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal. Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1994, 106 ss..

Assim, ao garantir-se que esses critérios só valem para o futuro, também se garante que eles são aplicados em abstrato, não pensando em nenhuma situação particular (p. ex. o Estado poderia, através da retroatividade, conseguir agravar a pena de um crime concreto muito mediático que chocou a opinião pública e não era punido de maneira tão severa até então – suponha-se: agravar a pena do crime de pedofilia para que a LN fosse aplicável ao processo “Casa Pia”, respondendo à comoção nacional que o mesmo causou).

2. LN é mais favorável que a LA → então deve aplicar-se a LN, mesmo a situações ocorridas antes do seu IV (**retroatividade *in mitius* ou *in melius***). Fundamentos?

- **Princípio da Igualdade** – seria injusto tratar de modo desigual duas pessoas que tenham cometido exatamente o mesmo facto, mas apenas em momentos diferentes (uma no âmbito de vigência da LA, outra no âmbito de vigência da LN);
- **Princípio da Necessidade da Pena (artigo 18.º/2 CRP)** – não é necessário punir uma pessoa (não há qualquer sentido para isso) se o legislador mudou o seu entendimento e já não considera o facto que ela praticou como crime. Do mesmo modo, não é necessário punir uma pessoa de forma mais dura, se o legislador mudou o seu entendimento e agora considera que esse crime apenas justifica uma sanção mais branda.

Estes critérios têm acolhimento na lei ordinária:

- Se a LN **descriminalizar um facto (*abolitio criminis*)**: ex. alteração ao Código Penal resultante da despenalização da IVG realizada até às 10 semanas em estabelecimento de saúde legalmente autorizado) → artigo 2.º, n.º 2 CP. Se a lei mais favorável for a LN, ela deve aplicar-se retroativamente afetando mesmo a sentença transitada em julgado;
- Se a LN atenuar a **sanção criminal** – há duas soluções: i) a do artigo 2.º, n.º 4 do CP e ii) a do artigo 371.º-A do CPP. A LN aplica-se retroativamente se for mais favorável, importando a destruição do caso julgado no 2.º caso (porque o processo é reaberto) e a sua afetação mais moderada no primeiro (porque nada acontece até o tempo de pena que o condenado está a cumprir atingir o limite máximo da moldura penal prevista na LN).

- **Direito Processual** – aplicação imediata da LN. Este critério explica-se pelo seguinte: parte-se do princípio de que se a LN é aquela que contém soluções mais aperfeiçoadas quanto aos ritos processuais, então ela deve aplicar-se tão cedo quanto possível e, portanto, aos processos em curso e aos atos e diligências que dentro destes ainda não tenham sido praticados (os já praticados não são revistos). Por outro lado, também se dizia (uma asserção hoje não aceite)⁴ que em Processo a LN não atingiria situações substantivas, pelo que nada se oporia a que fosse imediatamente aplicável⁵.

Esta regra tem duas manifestações:

- no **processo civil** – aplicação imediata da LN relativa a i) a forma dos atos processuais (artigo 142/1 CPC) e ii) requisitos de exequibilidade dos títulos⁶ (artigo 46 CPC);
 - no **processo penal** – aplicação imediata da LN (artigo 5.º/1 CPP) salvo se isso agravar sensivelmente a situação do arguido ou quebrar a harmonia do processo (artigo 5º/2).
-
- **Direito Fiscal** – proibição de retroatividade de Leis criadoras de impostos (artigo 103/3 CRP).

Há ainda um regime especial de Direito Transitório para regras sobre prazos → consta do artigo 297º CC (mas, na realidade, acaba por espelhar os princípios gerais do artigo 12.º).

⁴ Muito, muito simplificada esta afirmação parte do seguinte pressuposto: o Direito Processual seria um Direito que apenas providenciaria os mecanismos para se fazer valer as situações (simplificada, direitos e deveres) conferidas pelo Direito substantivo. Assim, uma modificação nas regras processuais não afetaria diretamente o conteúdo dessas situações (ex. uma coisa é o direito do proprietário sobre o seu bem; outra o mecanismo processual disponibilizado pela ordem jurídica para que, com recurso aos tribunais, o defenda → esse mecanismo é uma ação que se chama “ação de reivindicação”).

⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, 847.

⁶ O que se quer dizer com isto é o seguinte: em que condições um título permite logo o recurso a uma ação executiva.

3º) Não se verificando nenhuma das situações descritas em 1 e 2, então aplicam-se as **regras de Direito Transitório Geral ou Comum** constantes dos artigos 12.º ou 13.º (leis interpretativas) CC.

Relativamente ao **modo de funcionamento do artigo 12.º**, há que subdistinguir duas grandes hipóteses:

- a) A LN atribui-se eficácia retroativa;
- b) A LN não se atribui eficácia retroativa.

A – A LN atribui-se eficácia retroativa

I – E como é a retroatividade entendida no nosso ordenamento?

Em primeiro lugar não há uma definição legal (nem tinha que haver) de retroatividade e saber o que seja ou não retroativo, é ponto muito discutido na doutrina (surgindo, a este propósito várias teorias: v.g., teoria do facto passado, teoria dos direitos adquiridos, etc). Basicamente, retroagir implica atuar sobre o passado; na resolução de um problema prático, o aluno deverá, assim, colocar a questão da retroatividade quando uma LN reportar o seu início de vigência a um momento anterior ao da sua entrada no ordenamento (v.g. esta lei entra em vigor dia 1/1/2011 mas aplica-se aos contratos celebrados a partir de 1/1/2010).

II – A retroatividade em si mesmo considerada, não se compatibiliza bem com os valores fundamentais do Estado de Direito Democrático (cf. artigo 2.º CRP):

- Ao “reescrever” o passado, ela implica que nada possa ser dado como assente, nada possa ser visto como definitivamente adquirido ou encerrado. Como tudo poderia mudar a qualquer momento, ninguém estaria seguro do curso das situações e dos atos praticados. Ora, haver o mínimo de certeza sobre algumas situações é fundamental para que as pessoas possam atuar no presente e planear o futuro (ex. suponha-se que a lei que fixa o

momento em que é devido o pagamento da renda num contrato de arrendamento urbano, mudava constantemente e reportava-se ao passado: as pessoas não poderiam organizar o seu orçamento familiar para acomodar adequadamente o pagamento da renda da sua habitação). Fere-se, por isso, o princípio da **segurança jurídica**;

- Por outro lado, isso inviabilizaria o mínimo de previsibilidade das condutas dos poderes públicos. Com efeito, se o Estado pode modificar constantemente a sua forma de atuação e reportá-la ao passado, as pessoas não podem orientar a sua vida na base daquilo que pensam ser o Direito vigente ou a possível reação do Estado: justamente, porque esse Direito pode mudar. A previsibilidade das atuações do Estado (que justifica, p. ex., o chamado **princípio da legalidade**) é uma garantia fundamental dos cidadãos na sua relação com os poderes públicos, sobretudo se se pensar que esta é uma relação desigual: se um dos polos da relação está mais suscetível face ao outro, justifica-se que, pelo menos, saiba com o que pode contar da parte dele.

III – Em face do exposto⁷, perguntar-se-á, por que razão não existe na Constituição uma proibição genérica e expressa de retroatividade ou se mesmo ante a ausência dessa referência expressa, tal proibição não resultaria sempre do princípio do Estado de Direito Democrático. A resposta deve ser negativa nos dois casos: em relação ao primeiro, diga-se que a opção do legislador constitucional explica-se pelo facto de poderem existir razões constitucionalmente atendíveis que justifiquem, nalguns casos concretos, a retroatividade de uma lei e que nunca poderiam ser levadas em conta se se estabelecesse uma proibição genérica e rígida – essas razões podem mesmo ser amparadas por princípios, como p. ex., o princípio da justiça (v.g. na sua dimensão de princípio da igualdade) e o princípio da prossecução do interesse

⁷MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 182 ss.

público pois que, por vezes, a retroatividade pode corresponder à melhor forma de realização da justiça e de escolha da melhor política legislativa.

Quanto à segunda questão, justamente porque o princípio do Estado de Direito é um princípio, ele constitui uma razão para agir (i.e., contém uma regulação jurídica que deve ser encarada como um “ponto de partida”, a levar tão longe quanto possível) e pode ser “derrotado” por outra norma de sinal de contrário. Deste modo, embora como ponto de partida ele aponte para a proibição de retroactividade, essa regulação de partida pode ceder perante outras normas de sinal contrário que, num caso concreto, apontem no sentido da retroactividade e devam pesar “mais” que o princípio do Estado de Direito Democrático.

IV – Assim sendo, então, **em que condições deve a retroatividade ser considerada proibida?**

Apesar de, como referido, não existir na nossa Constituição nenhuma proibição genérica de retroatividade, existem **proibições específicas** que, em abstrato, podem incidir i) tanto sobre a **retroatividade da norma em si mesmo considerada** (caso em que qualquer norma retroativa sobre aquela matéria ou naquela situação será interdita) como ii) como sobre o **concreto grau de retroatividade** que a LN pretenda assumir (nesse caso, não é a retroatividade em si que é proibida, mas o seu grau, quer dizer, o alcance que a LN pretende que essa mesma retroatividade tenha. Por isso, até pode ser que um outro grau de retroatividade menos severo fosse admissível).

Essas proibições podem ser de **dois tipos**:

1. Proibições que valem para qualquer caso da matéria versada pela proibição – são elas, as seguintes:

- a. Leis penais incriminatórias – isto é, leis que criminalizam factos (artigo 29º/1 CRP e 1/1 CP);
- b. Leis restritivas de direitos, liberdades e garantias ou de direitos fundamentais análogos (artigo 18º/3);

- c. Leis que regulem a competência dos tribunais criminais (artigo 32.º/9);
- d. Leis que criem impostos (artigo 103º/3).

Estas proibições valem para qualquer caso relativo àquelas matérias (qualquer lei que crie um crime, seja do que for, qualquer lei que restrinja um DLG, seja ele qual for ou com que fundamento for) e para qualquer grau de retroatividade. Podemos, no entanto, pensar numa situação de proibição que vale para qualquer caso, mas apenas em face do grau: é a **proibição de retroatividade extrema de leis** sobre qualquer matéria, com exceção de leis sobre matéria sancionatória mais favoráveis (cf. *infra*).

2. Proibições que envolvem uma apreciação das particularidades do caso concreto

Estas proibições envolvem uma ponderação das particularidades do caso: só em face das particularidades de um caso é que se pode dizer que a retroatividade é proibida; noutro em que os dados de facto se alterem já poderá não ser.

Neste âmbito, podem considerar-se duas situações:

- Se a retroatividade, com aquele recorte, implicar uma aplicação da LN que implicar a violação de direitos fundamentais;
- Se violar o **princípio da proteção da confiança legítima** (subprincípio do princípio da segurança, o qual, por seu turno, se poderá reportar ao princípio do Estado de Direito – artigo 2.º CRP). Conforme tem sido entendido pelo TC, esse princípio é violado quando estejam preenchidos os seguintes pressupostos:
 1. Que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas de continuidade»,
 2. Que essas expectativas sejam legítimas, justificadas e fundadas em boas razões;

3. Que os privados tenham feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento estadual»;
4. Que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou expectativas.

Este quarto pressuposto, aliás, espelha bem as especificidades da colisão entre princípios que os problemas de retroatividade podem colocar: fornecendo o princípio da proteção da confiança legítima uma razão *prima facie* no sentido da não retroatividade da LN, ele pode ceder se existirem outras razões constitucionalmente relevantes (de sinal contrário) que, no caso, devam pesar mais.

Um dos âmbitos de aplicação deste princípio tem que ver a afetação de direitos adquiridos. Assim, um caso que em o mesmo foi recentemente convocado foi o das normas do Orçamento do Estado para 2011 que previam a redução das remunerações dos trabalhadores do setor público, cuja constitucionalidade foi sindicada pelo TC no Acórdão n.º 396/2011 (SOUSA RIBEIRO), designadamente do ponto de vista do princípio da proteção da confiança legítima. Considerou-se, no entanto, que este princípio não implicaria a inconstitucionalidade de tais normas, não só porque as remunerações eram justificadas por razões de interesse público, como também pelo seu carácter transitório [“(…) Do que não pode razoavelmente duvidar-se é de que as medidas de redução remuneratória visam a salvaguarda de um interesse público que **deve ser tido por prevalente** - e esta constitui a razão decisiva para rejeitar a alegação de que estamos perante uma desprotecção da confiança constitucionalmente desconforme”]. Em sentido contrário, cf. MENEZES LEITÃO, *Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional, N.º 396/2011*, in “ROA”, Ano 71, IV – Out.-Dez. 2011, 1225 ss., *maxime* 1279 ss..

Fora destas situações, se uma lei se atribuir eficácia retroativa, dever-se-á levar em conta o que nela se dispõe, reconhecendo-lhe essa mesma eficácia retroativa.

V – E quanto aos **graus de retroatividade**? A indicação dos graus de retroatividade não é matéria pacífica na doutrina. A classificação que parece ser mais analítica, expondo as várias opções possíveis independentemente da sua admissibilidade concreta, é a proposta por OLIVEIRA ASCENSÃO e seguida, em termos muito próximos, por TEIXEIRA DE SOUSA. De acordo com esta, por ordem crescente de intensidade, podem estar em causa 4 graus de retroatividade:

- **Retroatividade ordinária** – ficam ressalvados TODOS os efeitos já produzidos por factos passados, mas atingem-se os efeitos ainda não produzidos.

Este é o grau de retroatividade “residual” no nosso ordenamento jurídico pelo que, se uma LN determinar a eficácia retroativa mas não der qualquer indicação quanto ao grau de retroatividade em causa, deve considerar-se que tem retroatividade ordinária (cf. artigo 12.º/1 2ª parte).

Exemplos:

- L1, que entra em vigor a 1/1/2009, determina que o senhorio tem direito a aumentar a renda, se fizer obras no locado; L2 entra em vigor a 1/1/2011 e determina que o senhorio não tem direito a aumentar a renda se fizer obras no locado. LN declara-se apenas aplicável a todos os contratos celebrados a partir de 1/1/2010 (donde resulta que é retroativa), mas nada dispõe quanto ao grau de retroatividade em causa.

Em 2/1/2010 A arrendou a B uma fração de prédio urbano; a 1/6/2010 fez obras no mesmo e aumentou a renda, que passou a ser devida no novo montante a partir do mês seguinte. Visto que a LN se aplica a este contrato, poderá B, inquilino, exigir a devolução do valor de renda que pagou a mais na sequência do aumento, por este aumento já não ser permitido pela LN? A resposta é negativa: como a LN nada determina quanto ao seu grau de retroatividade, tem retroatividade ordinária, logo, o aumento da renda é um efeito produzido no passado, que se deve presumir ficar ressalvado (artigo 12º/1 2ª parte).

- **Retroatividade agravada** – apenas se ressalvam ALGUNS efeitos já produzidos por factos passados. É este o grau de retroatividade da lei interpretativa - para quem entenda que ela é retroativa – (cf. artigo 13.º. CC)⁸: esta lei reporta os seus efeitos, não ao momento em que ela própria entra em vigor, mas à data de IV da lei interpretada; dos efeitos que se produziram entre a data de IV da lei interpretada e a data de IV da lei interpretativa só ficam ressalvados os mencionados no artigo 13.º sendo TODOS os outros atingidos. Esses efeitos são os efeitos protegidos por um título de especial segurança e correspondem a situações definitivamente “encerradas”.

Exemplo:

- L1, com IV em 1/1/2010, determina que os “frequentadores habituais” de bibliotecas públicas têm direito a receber um prémio anual de 1.000 euros a pagar pelo Ministério da Educação, vencendo-se (i.e. tornando-se exigível) a obrigação de pagamento no dia 31/12 do ano a que se reporta. L2, com IV em 2/1/2011, que se qualifica como interpretativa, determina que para efeitos da L1 se deve entender como “frequentador habitual” quem frequente bibliotecas públicas no mínimo 1 vez por semana.

A, B e C frequentam habitualmente a biblioteca municipal da Amadora: A semanalmente, B de 15 em 15 dias e C mensalmente: A continua a estar inequivocamente abrangido pelo direito conferido pela L1, mas B e C não. Suponha-se o seguinte:

- Em 31/12/2010, em cumprimento dever legal então resultante de L1, o Ministério paga 1.000 euros a B. Apesar de L2 vir esclarecer que B já não tem direito ao prémio e se reportar ao passado, B não tem que devolver o dinheiro recebido: houve cumprimento de uma obrigação e o cumprimento de uma obrigação é um efeito ressalvado (cf. artigo 13.º/1);

⁸ Discute-se se essa lei será de facto retroativa. Contudo, não existem dúvidas que ela reporta a produção dos seus efeitos, não à data do seu IV, mas à data do IV da lei interpretada.

- Em relação a C, apesar de a obrigação de pagamento do prémio ter vencido a 31/12/2010, o prémio devido ainda não tinha sido pago a 2/1/2011, quando inicia vigência L2: como a obrigação venceu-se mas não foi cumprida, o mero vencimento não é um efeito passado ressalvado, posto que o artigo 13º/1 apenas se refere a “cumprimento”: logo, o Ministério pode já não pagar a C. Se o grau de retroatividade em causa fosse retroatividade ordinária a solução seria diferente: esta postula a ressalva de todos os efeitos passados, logo também o do mero vencimento da obrigação, pelo que o pagamento do prémio seria devido.
- **Retroatividade quase-extrema** – é aquela em que dos efeitos de factos passados, e mesmo de entre aqueles protegidos por título de especial segurança, só ficam ressalvados os protegidos por uma sentença transitada em julgado.⁹

A doutrina entende que **este é o limite geral à retroatividade** no nosso ordenamento, recorrendo a um argumento fornecido pelo artigo 282.º/3 CRP onde a norma inconstitucional não vê os seus efeitos destruídos se se tiver formado caso julgado.

O raciocínio a fazer é o seguinte: se nem uma norma declarada inconstitucional pelo TC pode ver os seus efeitos destruídos nos casos em que se tiver formado caso julgado, muito menos o poderá ver uma norma constante de uma LA que não tem qualquer vício, apenas foi substituída por uma LN.

⁹ É aquele que já não permite recurso ordinário. Assim, o trânsito em julgado não equivale ao mero facto de o processo já ter sido julgado: é mais do isso – é preciso que tenha passado um determinado tempo (o fixado na lei de processo) sobre o julgamento sem que seja apresentado recurso (ou desde que foi proferida uma decisão da qual já não seja possível recorrer) decurso do tempo esse a que lei associa o efeito de não mais se poder apresentar recurso ordinário, ficando o caso “encerrado”.

Note-se, contudo que o artigo 282º/3, literalmente, não se aplica diretamente ao nosso problema (ele pressupõe o esquema Norma 1 – Declaração de Inconstitucionalidade; aqui temos o esquema Norma 1 – Norma 2: a Norma 1 não tem vício algum, apenas foi substituída pela 2). No entanto, dele consegue extrair-se a solução para o nosso através de argumentos lógicos e, concretamente, de um argumento de analogia ou de maioria de razão.

- **Retroatividade extrema** – seria aquela em que nem os efeitos de um caso julgado fossem respeitados. Tendo em conta o que se disse no ponto anterior, poderá perguntar-se se esta modalidade de retroatividade não é apenas académica ou se tem alguma aplicabilidade prática no nosso ordenamento?

Tem, pois, **mesmo no nosso ordenamento, são pensáveis hipóteses de retroatividade extrema:**

1. Em primeiro lugar, **retroatividade extrema da declaração de inconstitucionalidade (e de ilegalidade) com FOG**: se uma norma for declarada inconstitucional mas i) for sobre matéria sancionatória (penal, disciplinar ou contra-ordenacional) e ii) de conteúdo menos favorável ao arguido a declaração de inconstitucionalidade é reatrativa e vai ao ponto afetar os casos julgados, que são reabertos (artigo 282º/3 CRP). Note-se que isso não é automático: para que os processos que transitaram em julgado sejam reabertos, é necessário que o TC o determine (“salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional”), embora, segundo **entende a doutrina, ele esteja obrigado a fazê-lo.** Por isso, podemos aqui falar de uma retroatividade extrema imposta pela própria Constituição;

2. Mas também se poderá falar de **retroatividade extrema da lei**: se a LN for i) sobre matéria sancionatória (penal, disciplinar ou contra-ordenacional) e ii) de conteúdo mais favorável ao arguido que a LA, ela [LN] **pode** determinar que tem uma retroatividade extrema, tendo em conta o disposto artigo 282º/3 CRP (i.e., com fundamento nesse artigo) e na base do mesmo raciocínio atrás referido.¹⁰ No entanto, como explica TEIXEIRA DE SOUSA, tal será redundante¹¹, porque do artigo 2.º, n.º 4/ 2ª parte Código Penal já decorre que se a LN for mais favorável ao arguido e este já tiver sido condenado, cessam a condenação e os seus efeitos penais,¹² logo que a pena cumprida atinja o limite máximo previsto na LN (ou seja, já decorre a retroatividade extrema da LN nessa hipótese, porque mesmo um processo que já tenha transitado em julgado acaba por ser afetado, com a possibilidade de libertação do arguido).

Pergunta-se, porém, se o único caso de **retroatividade extrema da lei** admissível no nosso ordenamento é uma mera possibilidade ou uma verdadeira imposição constitucional? Tratar-se-á de uma possibilidade, de harmonia com o que parece ser a posição do Professor Teixeira de Sousa – e, sobretudo, pensando apenas no artigo 282º/3 CRP que é o único que se refere expressamente à problemática do caso julgado (e, como vimos, regula a declaração de inconstitucionalidade; não a sucessão de leis no tempo).

Mas, o quadro poderá mudar radicalmente se tivermos presente uma antiga controvérsia doutrinária em voga no Direito Penal, a propósito da

¹⁰ Essa retroatividade não decorre automaticamente do artigo 282º/3. O artigo 282º/3 só fornece fundamento para que o legislador da LN possa determinar que essa mesma LN tem retroatividade extrema.

¹¹ Mas já não o seria, de harmonia com esta posição, se não existisse tal disposição.

¹² Naturalmente, se a LN vier descriminalizar, a solução é a mesma, pois que o artigo 2.º/2 do Código Penal consagra-o expressamente: « 2 — *O facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do número das infracções; neste caso, e se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais.*»

interpretação do artigo 29º/4 CRP – quanto a saber se a retroatividade da LN aí consagrada vai ou não ao ponto de afetar o caso julgado. Para quem entenda que sim (v.g. TAIPA DE CARVALHO, FERNANDA PALMA, GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, RUI PEREIRA; contra: FIGUEIREDO DIAS), então a retroatividade da lei penal mais favorável não é uma mera opção dada ao legislador ordinário, é constitucionalmente obrigatória e sê-lo-ia sempre, independentemente de haver ou não uma norma do Código Penal que o determinasse.¹³ Para quem isto defenda¹⁴, e entenda que o artigo 29º/4 também se aplica a ilícitos disciplinares e contra-ordenacionais (v.g. TAIPA DE CARVALHO) então, a retroatividade extrema em caso de LN mais favorável sobre **qualquer matéria sancionatória** seria sempre constitucionalmente obrigatória, não havendo casos em que essa retroatividade fosse apenas constitucionalmente possível.

Note-se, contudo, que a LN nunca fixará o seu grau de retroatividade por referência a uma destas classificações doutrinárias: ela diz que efeitos são ou não atingidos e é a partir daí que o intérprete deve qualificar a retroatividade.

Em síntese, o intérprete deverá então verificar tudo isto até chegar à conclusão de que uma lei pode ser retroativa e conforme “pretende” o

¹³ Na versão do Código Penal anterior a 2007, ao contrário do que agora resulta do artigo 2º/4, a aplicação retroativa da LN sobre atenuação de consequências do crime não poderia ofender o caso julgado. Por isso, quem entendia que essa possibilidade (ou melhor: esse dever) de afetar o caso julgado decorria do artigo 29º/4 CRP, a norma do Código Penal era inconstitucional.

¹⁴ Um argumento importante neste sentido resulta da circunstância de o próprio artigo 29º/4 não fazer qualquer restrição relativamente ao caso julgado. Por outro lado, dir-se-ia que, constituindo a aplicação da lei penal mais favorável uma **garantia do arguido ou condenado**, excluir essa mesma aplicação (da lei penal mais favorável) em caso de se ter formado caso julgado **seria uma restrição de tal garantia que violaria o seu conteúdo essencial** (este raciocínio parte do regime de restrição de direitos, liberdades e garantias gizado pelo artigo 18º da CRP). Em sentido contrário, poderia dizer-se que **é ao legislador ordinário que cabe delimitar a extensão dessa garantia** e que o **facto de se determinar que ela não iria ao ponto de ofender o caso julgado não poria em causa o seu conteúdo essencial**. A utilização da expressão “arguido” no artigo 29º/4 também podia ter o seu peso: se se tiver formado caso julgado, o sujeito processual chama-se não “arguido” mas “condenado” pelo que esse seria um argumento também para defender que o disposto naquele preceito constitucional não se aplica ante um caso julgado.

legislador, ou pode receber o grau de retroatividade que, concretamente, lhe é dado.

.....

Então, em resumo, voltando ao esquema, se a lei se atribuir eficácia retroativa, temos uma de duas hipóteses:

1º) A LN atribui-se eficácia retroativa e dá indicações quanto ao grau de retroatividade → intérprete deve verificar se naquele caso não há nenhuma proibição constitucional específica de retroatividade ou nenhuma proibição do concreto grau de retroatividade que a LN determina:

- Se não houver → aplica-se a LN com a retroatividade que daí resulta. O problema termina aqui,
- Se houver → a LN (ou mais rigorosamente, as normas que o determinarem) será inconstitucional.

2º) A LN atribui-se eficácia retroativa e não dá indicações quanto ao grau de retroatividade

Percorrem-se sucessivamente dois passos:

1º) Verificar se a retroatividade, naquele caso, não é proibida:

- Se for → a norma que a prevê é inconstitucional;
- Se não for → a LN é retroativa e avança-se para o passo seguinte.

2º) Determinar qual o grau de retroatividade → como a LN nada diz, aplica-se o artigo 12º/1 2ª parte: presume-se¹⁵ que ficam

¹⁵ Não se trata de verdadeira presunção, em sentido técnico jurídico, pois que a ressalva dos efeitos não é um facto e a presunção consiste na infirmação de um facto (desconhecido) a partir de outro (conhecido). Podemos, talvez, falar numa inversão do ónus da argumentação: será o intérprete a ter que demonstrar que a LN retroativa não pretende ressaltar os efeitos de factos passados já produzidos.

ressalvados todos os efeitos já produzidos por factos passados (ou seja, há retroatividade ordinária).

.....

B – A LN não se atribui eficácia retroativa

Aplica-se, então, o princípio de que uma LN só dispõe para o futuro (art. 12/1 1 parte). Porém, esse princípio não permite resolver inteiramente todos os problemas, pelo que ainda haverá que distinguir dois cenários, de acordo com o conteúdo da LN:

1º) A LN dispõe sobre **i) condições de validade formal ou substancial** ou sobre **efeitos de um facto** → aplica-se, em conjugação com o artigo 12.º, n.º 1 1ª parte o artigo 12.º, n.º 2 1ª parte, de onde resulta que LN só visa **factos novos** e **efeitos de factos novos**. Aos restantes factos, continua a aplicar-se a LA (**sobrevigência da LA**);

2.º) Se a LN dispõe **diretamente sobre o conteúdo de uma situação jurídica**, abstraindo do facto que lhe deu origem → aplica-se, em conjugação com o artigo 12.º, n.º 1 1ª parte o artigo 12.º, n.º 2 2ª parte, de onde resulta que a LN se aplica imediatamente, abrangendo as situações já constituídas (**aplicação imediata da LN**).

FIM

.....

I – Neste ponto impõe-se voltar a abrir parênteses para esclarecer os conceitos operatórios fundamentais com os quais trabalha o artigo 12.º - designadamente, os conceitos de “facto jurídico”, “condições de validade formal e substancial” e “efeitos” de um facto.

II – O conceito de **facto jurídico** pressuposto pelo artigo 12.º é o conceito de *facto em sentido amplo* conhecido de Teoria geral do Direito Civil, i.e., qualquer evento juridicamente relevante seja ou não produzido pela vontade humana, seja ou não a sua juridicidade resultante da vontade humana (pode ser p. ex., o tempo, que tem como efeito, p. ex., gerar a maioria das pessoas singulares ou extinguir certas situações jurídicas). Parece haver contudo uma exceção: quando se referem as condições de validade formal e substancial de um facto no artigo 12.º/2 1ª parte, aí quer-se significar apenas ato jurídico (por outras palavras: estão apenas em causa factos cuja juridicidade é determinada pela vontade humana, não factos *stricto sensu*); já quando se fala em “efeitos” de um facto, no mesmo artigo 12.º/2 1ª parte, o conceito de facto está de novo tomado em sentido amplo, podendo abranger qualquer evento juridicamente relevante e, portanto, também factos jurídicos *stricto sensu*.

III – **Condições de validade** são requisitos que um facto tem que observar para ser válido, i.e. visto de outra maneira, são os requisitos que se tiverem sido preteridos levam à invalidade do facto:

- As condições de **validade formal** têm que ver com a maneira como o facto é exteriorizado, estando em causa, p. ex., saber se o mesmo deve ou não revestir a forma de um documento escrito, mais ou menos solene;

Exemplo:

- LA determina que o contrato de arrendamento urbano deve ser celebrado por documento escrito simples (documento particular); LN determina que o contrato de arrendamento urbano deve ser celebrado por escritura pública, sendo que, o desrespeito pela forma legal importará a nulidade do ato (cf. artigo 220.º CC no plano civil): todos os contratos de arrendamento urbano celebrados por documento particular quando estava em vigor a LA permanecem válidos: verifica-se sobrevida da LA; isto é, apesar de, por ter sido revogada pela LN, a LA já não estar em vigor, continua a aplicar-se e a reger a forma dos atos praticados quando ela que vigorava.

- Com a expressão “condições de **validade substancial**”, por seu turno, pretende significar-se todos os requisitos de que dependa a validade de um ato e que não tenham que ver com a maneira de exteriorização do mesmo (i.e., com a forma), podendo, reportar-se, entre outros aspetos:
 - À capacidade jurídica das partes (maiores ou menores, interditos e inabilitados, etc);
 - À legitimidade das partes para praticar o ato (p. ex. quem vende um bem alheio carece de legitimidade: cf. artigo 892.º CC);
 - À Vontade das partes (p. ex. uma lei que venha regular vícios da vontade);
 - Aos requisitos do objeto ou conteúdo do negócio (p. ex. uma lei que venha regular aspetos previstos no artigo 280.º como possibilidade/impossibilidade, licitude, conformidade à ordem pública e aos bons costume, etc);

Exemplos:

- LA determina que alienação de património de uma sociedade comercial por quotas depende apenas de decisão do gerente; LN determina que esses mesmos atos de alienação devem ser autorizados pela assembleia geral, sob pena de invalidade: os atos dispositivos praticados quando estava em vigor a LA apenas por decisão do gerente não se tornam inválidos com a entrada em vigor da LN, mesmo não tendo havido autorização da assembleia: há sobrevigência da LA¹⁶;
- O artigo 127.º/1 a) reconhece capacidade de exercício aos menores para disposição de bens que tenham adquirido pelo seu trabalho; se esse preceito for revogado por um LN (passando os menores a não ter, quanto a essa matéria, capacidade de exercício – cf. artigo 123.º CC) um eventual ato de disposição de um bem praticado pelo menor A, que tenha sido adquirido pelo

¹⁶ Adaptado de JOÃO ESPÍRITO SANTO, 40.

seu trabalho, quando estava em vigor a LA, não passa a ser inválido com a entrada em vigor da LN.

O disposto no artigo 12.º/2 1ª parte relativamente a condições de validade formal e substancial aplica-se não só na hipótese de a LN vir impor novos requisitos de validade (ex. LA exige forma de escritura; LA exige apenas documento escrito) como na hipótese de apenas substituir o desvalor aplicável em caso de preterição desses requisitos (ex. LA determina que a declaração negocial extorquida por coação física é nula; LN determina que a declaração negocial extorquida com recurso a essa mesma modalidade de coação é anulável). Por outro lado, apesar de a letra da lei se reportar a “validade” – o que sugeriria estarem em causa apenas a nulidade e anulabilidade – deve entender-se que o preceito em exame é igualmente aplicável a condições de existência ou eficácia de um facto, i.e., a requisitos que uma vez preteridos importem a sua inexistência ou ineficácia *stricto sensu*¹⁷– (ex. se uma LN determinar que o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo é inexistente, os casamentos celebrados entre duas pessoas do mesmo sexo quando ainda estava em vigor a LA, que os considerava existentes e válidos¹⁸, não são afetados).

IV – Do exposto decorre a validade de todos atos que foram praticados no passado preenchendo os requisitos de validade resultantes da lei vigente no momento da sua prática, mesmo que esses requisitos entretanto se alterem. Problema diferente, contudo, coloca-se quando a **LN vem aligeirar condições de validade formal ou substancial de um facto**, de tal forma que factos passados, que não preenchiam os requisitos de validade definidos pela LA, já preenchem os que resultam da LN, pelo que seriam válidos se tivessem sido praticados no domínio da vigência dessa mesma LN.

Exemplo:

¹⁷ Neste sentido: OLIVEIRA ASCENSÃO.

¹⁸ Desde 2010.

- LA (artigo 875.º CC) impõe a forma de escritura pública para o contrato de compra e venda de bens imóveis; LN, que inicia vigência em 1/1/2013 admite que aquele contrato possa ser celebrado consensualmente. Passará a ser válido um negócio celebrado a 1/12/2012 consensualmente?

Deverá entender-se que a LN produz um efeito confirmativo? Isto é, atos que eram inválidos passam a ser válidos?

O reconhecimento desse efeito confirmativo implicaria uma aplicação retroativa da LN (uma retroatividade *in mitius* análoga à que se verifica no Direito Penal quando a LN é mais favorável ao agente), posto que ela regeria a validade de factos praticados num momento cronológico anterior ao do seu IV. Este problema – que a doutrina conhece como o problema das “**leis confirmativas**” – deve resolver-se do seguinte modo:

- Se a LN tiver um sentido confirmativo, nenhum obstáculo existirá a reconhecer que factos praticados anteriormente se tornaram válidos, pois que estaremos simplesmente diante de uma lei que se atribuiu eficácia retroativa, o que é possível nos termos gerais (cf. artigo 12º/1 2ª parte). Fala-se então numa **retroatividade in mitius expressa**;
- Se a LN não tiver um sentido confirmativo e se limitar a aligeirar os requisitos de validade de um ato, é discutível se se poderá reconhecer-lhe tacitamente tal sentido (**retroatividade in mitius tácita**) e em que condições. Teoricamente poderíamos, então, considerar três vias de solução:

1. A primeira passaria por negar perentoriamente a eficácia confirmativa tácita da LN tendo em conta o disposto no artigo 12.º/2 1ª parte: se aquele normativo se aplica “em caso de dúvida”, então ele não deixaria espaço para uma terceira via de solução: não decorrendo o contrário da LN, ela só visa factos novos, termos que, não só os atos válidos não se tornam inválidos

pela alteração de condições de validade formal ou substancial, como o contrário também não se verifica. O silêncio de muita doutrina sobre o problema em exame poderá querer documentar uma adesão a esta posição: a falta de referência à questão explica-se (pensariam estes Autores) pelo facto de ela nem sequer se poder colocar;

2. Uma segunda via, passaria por entender que se devem ter por confirmativas todas as leis que “venham reduzir ou liberalizar as condições de validade dos actos jurídicos” (DEKEUWER-DÉFOSSEZ);
3. Por último, uma via de compromisso reconhecera apenas eficácia confirmativa a uma LN em certas condições. Quais sejam, contudo, essas condições, é controvertido na doutrina:
 - TEIXEIRA DE SOUSA coloca o amago da questão na circunstância de o ato cuja validade se procura aferir estar ou não a ser executado à data do IV da LN: se o ato, apesar de inválido, nunca viu essa invalidade decretada e está a ser executado, justifica-se atribuir eficácia retroativa à LN; de contrário, há que aplicar o disposto no artigo 12.º/2 1ª parte, não se verificando qualquer retroatividade *in mitius* da LN;
 - BAPTISTA MACHADO sustenta haver efeito confirmativo sempre que a LN seja mais favorável ao particular (leia-se: à pessoa nisso interessada) e não se prejudiquem os interesses da contraparte no ato ou de terceiros. Haveria então, aqui, uma ideia de reatratividade *in mitius* paralela à da lei penal mais branda.

Pense-se nos seguintes exemplos:

i) LA (artigo 875.º CC) impõe a forma de escritura pública para o contrato de compra e venda de bens imóveis; LN, que inicia vigência em 1/1/2013, admite que aquele contrato possa ser celebrado consensualmente.

Foi celebrada uma compra e venda de um imóvel entre A e B a 30/12/2012 que, apesar de nula (cf. artigo 220.º CC), foi executada: A recebeu o preço e B passou a ir viver no imóvel;

ii) Igual a i) mas o negócio nunca foi executado;

iii) A LA determina que um negócio celebrado com coação física é nulo; a LN determina que esse negócio é válido: foi celebrado um contrato de compra e venda entre A e B, tendo a declaração de B, comprador sido extorquida por coação física, num momento em que estava em vigor a LA. Isto foi há mais de 5 anos, o negócio foi executado e nunca a sua nulidade foi invocada.

Pergunta-se, então, em que situações a LN pode produzir tacitamente um efeito confirmativo: de acordo com a posição 1, em nenhum caso; de acordo com a posição 2 em todos os casos; considerando a posição 3, dependeria: para Baptista Machado, em princípio, não haveria confirmação no exemplo iii) (porque em princípio se prejudicaria B), mas podia haveria nos exemplos i) e ii) se não se lesasse a contraparte ou terceiros; para Teixeira de Sousa haveria no exemplo i), mas não no ii), sendo mais discutível o iii) ¹⁹.

Todavia, como seria possível sustentar as posições expendidas em 2 e 3, por muito razoáveis que fossem, ante uma indicação textual tão clara e “apertada” na letra do artigo 12.º/2 1ª parte? A resposta está em entender-se que os fundamentos subjacentes à regra revelada por aquele preceito (não retroatividade de LN sobre condições de validade formal e substancial de um facto) se asseguram melhor com a sua desaplicação (nestes casos) do que com a sua aplicação. Quer dizer: o fundamento dessa regra é garantir a estabilidade e a segurança jurídica, evitando que o passado que as partes tomaram como assente possa ser alterado e, portanto, protegendo-as. Ora, justamente, reconhecer eficácia confirmativa à LN é algo que contribui mais para a segurança jurídica do que a aplicação do que literalmente resulta do artigo 12.º/2 1ª parte, porque evita a instabilidade que causaria “destruir” (leia-se: anular ou declarar nulo) todos os atos em cuja viabilidade as partes (ou mesmo terceiros) justificadamente ou não

¹⁹ O Autor nunca refere a circunstância de se lesarem interesses da contraparte ou de terceiros como critério. Poderia tentar chegar-se a conclusão parecida argumentando que a parte cujos interesses são lesados não executaria o ato: mas poderia desconhecer que lhe assistia o direito de o invalidar; de resto, não haveria argumento algum quanto à posição de terceiros.

confiavam (e podem inclusivamente vir executando) e tudo o que, na sua vida, pudesse “assentar” nesses atos.

Por isso, se os fundamentos da norma revelada pelo artigo 12.º/2 1ª parte até saem reforçados com a sua desaplicação²⁰, insistir em aplicá-la seria “formalista” e “inútil”.²¹

De resto, pode ainda dizer-se que a “destruição” de atos que seriam válidos à luz da LN, além de “incómoda”, não se ampararia em fundamentos particularmente atendíveis pois que, se o legislador mudou o seu entendimento e já não exige a observância dos requisitos de validade que constavam da LA, invalidar um ato que, na altura, os preteria, nem sequer serviria para ir ao encontro da vontade legislativa (i.e., para fazer cumprir a lei que impunha tais requisitos) pois os requisitos de validade já nem sequer se consideram relevantes pela LN. Assim, à semelhança do que acontece com a lei penal mais favorável, a aplicação retroativa da lei que aligeire condições de validade de um ato acaba por ter que ver com uma ideia de igualdade e necessidade/proporcionalidade: não há nenhuma razão para tratar de modo diferente atos praticados da mesma forma, apenas porque o foram em momentos cronológicos distintos; não há nenhuma razão para invalidar um ato se as razões que justificavam a sua invalidade quando foi praticados, já não são acolhidas pela LN.

V – Quanto aos **efeitos jurídicos**, podemos dizer, de uma maneira geral, que eles correspondem a tudo o que, no plano do Direito, aconteça como resultado de um facto (exemplo: a transferência do direito de propriedade sobre a coisa, a obrigação de entregar a coisa e a obrigação de pagar o preço são efeitos do facto contrato de compra e venda, cf. artigo 879.º CC). No âmbito da aplicação do disposto no artigo 12.º é ainda importante distinguir entre **efeitos instantâneos** [ex. a transmissão do direito de propriedade por força de um contrato de

²⁰ Metodologicamente, parece que estaríamos, assim, a efetuar uma **redução teleológica** do disposto no artigo 12.º/2 1ª parte – o que, evidentemente, implica que se tome posição quanto à admissibilidade desta figura.

²¹ BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, 250-251.

compra e venda, artigo 879 a)], que se consomem num único momento, e **efeitos duradouros**, que são aqueles cuja produção se prolonga no tempo – onde se destacam as **situações jurídicas** (ex: direito subjetivo real de propriedade, direitos de personalidade, direitos de crédito e dever de prestar).

Ordenando os dados apurados, diremos então que as condições de validade formal e substancial se encontram “a montante” do facto, pois que traduzem requisitos que devem ser observados para que o mesmo possa “surgir” (quer dizer: possa produzir os efeitos pretendidos) ao passo que os efeitos se situam “a jusante” pois que traduzem aquilo que resulta do facto.

VI – Postas as coisas nestes termos, quando uma LN vier dispor sobre “aquilo que um facto origina no mundo jurídico” importará determinar se a mesma regula i) **efeitos de um facto** – devendo reconduzir-se ao disposto no artigo 12.º, n.º 1 1ª parte – ou ii) o **conteúdo de uma situação jurídica abstraindo do facto que lhe deu origem** – hipótese em que deve reconduzir-se ao artigo 12.º, n.º 2 2ª parte.

Importa notar que apesar de alguma doutrina (v.g. TEIXEIRA DE SOUSA) se referir, a propósito do artigo 12.º, 2 2ª parte, ao conteúdo de “uma situação jurídica” na verdade o próprio preceito refere-se ao “conteúdo de uma relação jurídica”. Deve, no entanto, entender-se que não há qualquer divergência de conteúdo e que os Autores que optam por uma expressão diferente da que surge na própria Lei possivelmente o fazem movidos pelas críticas que têm sido dirigidas à teoria da relação jurídica, muito em voga aquando da preparação do Código.

Na verdade, não se trata de realidades distintas, pois situações jurídicas são também efeitos de um facto. Simplesmente, quando a regulação incidir diretamente sobre as situações jurídicas abstraindo do facto (quer dizer: desconsiderando, não o levando em conta) há um regime particular a aplicar que é o do artigo 12.º, n.º 2 2ª parte.

VII – Na demarcação do âmbito de aplicação destas duas normas – a revelada pela 1ª e pela 2ª parte do n.º 2 do artigo 12.º – podemos socorrer-nos de **três testes** de utilização sucessiva:

1º) Verificar se a LN vem dispor sobre efeitos instantâneos ou duradouros:

- se dispuser sobre **efeitos instantâneos**, aplicar-se-á o artigo 12/2 1ª parte (esses efeitos não são situações jurídicas, logo não cabem no artigo 12.º/2 2ª parte). O problema termina aqui.
- se dispuser sobre **efeitos duradouros**, há que prosseguir a análise.

2º) Verificar se o **efeito duradouro (ou a situação jurídica) é ou não habitualmente modelado pelo facto** (=título/fonte) que lhe deu origem, se tem ou não os contornos que diretamente recebeu do facto, se a sua modelação atende ou não às particularidades do facto:

- em caso de resposta afirmativa → aplica-se o artigo 12º/2 1ª parte e o problema termina aqui;
- em caso de resposta negativa → avança-se para o passo seguinte.

Os efeitos (as situações jurídicas) são algo que “acontece” no mundo do Direito na sequência de um facto, mas o seu conteúdo (os seus contornos) pode não ser determinado por esse mesmo facto (mas, v.g., pela lei) ou não ser determinado pela lei a pensar no facto. Nas hipóteses em que **é o facto que delimita os seus efeitos/ as situações jurídicas que gera**:

- sendo ele que fixa o conteúdo desses mesmos efeitos/situações jurídica (exemplo I),

- ou sendo tal conteúdo fixado pela lei ou por outra fonte, mas pensando nesse facto e no que ele deve gerar (exemplo II)

dizemos que o **título (=facto/fonte) modela a situação jurídica**. Nesses casos, qualquer lei que venha dispor sobre esses efeitos, ou essa situação jurídica, nunca poderá abstrair do facto, razão pela qual o que se aplica é não a 2ª, mas a primeira parte do n.º 2 do artigo 12.

Exemplo:

- I) Os deveres das partes no quadro de um contrato de mútuo (o que deve ser “emprestado”, os juros, etc.) são situações jurídicas que não só são criadas por um facto (o contrato de mútuo), como modeladas por esse facto (é o facto que lhe dá o conteúdo): é o contrato que fixa o que se vai “emprestar”, o *quantum* dos juros, etc;
- II) As consequências de um ato ilícito são fixadas pela lei, mas modeladas pelo facto (pelo título): essas consequências têm a medida do facto e uma lei que as fixe está a avaliar o facto para determinar o que é que ele deve gerar (ex. se apenas dever de indemnizar os danos ou outra consequência).

Consequência? A LN só se aplica a factos novos e efeitos de factos novos. Aos efeitos de factos passados continua a aplicar-se a LA (**sobrevigência da LA**).

Casos em que isso normalmente acontece? Situações jurídicas contratuais (como p. ex, direitos e deveres das partes emergentes de um contrato de mútuo),²² consequências do incumprimento de contrato, consequências de factos ilícitos (p. ex. responsabilidade civil), etc.

3º) Verificar se, apesar do efeito (situação jurídica) não ser habitualmente modelado pelo facto, ao dispor sobre ele/a (efeito/situação jurídica) a **LN não vem, verdadeiramente, revalorar o facto:**

²² Fala-se, aqui, no estatuto do contrato.

- em caso de resposta negativa (não haver reavaliação) → aplica-se o artigo 12.º/2 2ª parte):
- em caso de resposta afirmativa (haver reavaliação) → retrocede-se e aplica-se o artigo 12.º/2 1ª parte, no trecho que se refere a “efeitos” de um facto;

Nas hipóteses em que os efeitos do facto/a situação jurídica não são por ele delimitados, **não têm o seu conteúdo gizado pelo facto** ou **gizado** (pela lei ou outra fonte) **em função dele**, esse conteúdo é sempre o mesmo independentemente do facto concreto que gerou o efeito/ a situação jurídica.

Ora, se o efeito ou situação jurídica não é modelado pelo facto que o/a criou (isto é, não é formato à medida desse facto) é possível “separá-lo/a” do facto – pelo que, a LN pode regular apenas essa situação jurídica e não considerar o facto (daí a expressão legal: “abstraindo do facto que lhe deu origem”).

Exemplo:

- A situação jurídica real direito de propriedade pode ser gerada (ou transmitida) por vários factos, como p. ex., um contrato translativo (v.g. uma compra e venda ou uma doação), sucessão por morte, usucapião, ocupação. No entanto, o conteúdo dessa situação jurídica é sempre o mesmo, resulte de contrato, sucessão, usucapião ou outro título e é definido pela lei (artigos 1302.º ss CC). Por isso, é perfeitamente possível que uma LN venha alterar esse regime se aplique igualmente para todos os casos e não “pense” na concreta forma pela qual os direitos de propriedade existentes no ordenamento jurídica foram criados: essa lei rege diretamente o conteúdo de uma sj (justamente: o direito de propriedade) desconsiderando (abstraindo) o facto concreto que a originou.

Situações onde isso normalmente acontece? Situações jurídico-familiares (as emergentes do casamento, direitos e deveres

recíprocos entre pais e filhos), estados gerais(estado de menor²³, de interdito, etc); direitos reais (p. ex. a propriedade, o usufruto, a superfície), contratos de locação ou de arrendamento, contratos de fornecimento, contratos de trabalho, etc.

Consequência? Aplica-se o artigo 12/2 2ª parte: LN é imediatamente aplicável o que significa que se aplica aos factos futuros, mas também aos efeitos presentes e futuros de factos passados. O que é que isto significa? Que a partir do momento que a LN interceta a linha do tempo ela atinge todas as “situações” pendentes, mesmo que geradas por factos passados.

Exemplo:

LA determina que o inquilino pode ser despejado por “falta de pagamento” de 3 meses de renda; LN, com IV em 1/1/2013, determina que só há lugar a despejo por falta de pagamento de mais de 6 meses de renda:

- LN aplica-se a todos os contratos de arrendamento celebrados depois de 1/1/2013 (a LN está-se a aplicar a factos futuros e efeitos futuros, artigo 12.º/1 1ª parte);
- LN aplica-se aos contratos de arrendamento celebrados antes de 1/1/2013 (que são factos passados) relativamente ao despejo do inquilino que ainda não ocorreu e possa vir a ocorrer: trata-se de um efeito futuro de um facto passado (o contrato de arrendamento), pelo que não há retroatividade (o efeito ainda não se produziu) mas sim, aplicação imediata da LN;
- Se a LN determinasse que era aplicável aos despejos já ocorridos, implicando que os inquilinos com mais de 3 meses de rendas não pagas, mas menos de 6, pudessem voltar aos locados (“à casa arrendada”) seria retroativa, porque se aplicava a efeitos passados já produzidos.

Pode suceder porém, que a LN ao dispor sobre uma situação jurídica, venha **revalorar o facto** que lhe deu origem. Simplificadamente, isso pode acontecer *v.g.*, quando:

²³ Cuidado: estado de menor significa os direitos e deveres que impendem sobre uma pessoa por ser menor. Coisa diferente são as condições que têm que estar reunidas para que alguém seja maior ou menor (*rectius*, o tempo/idade).

- O legislador revelar ter um novo entendimento, uma nova filosofia, uma nova conceção de fundo sobre o facto (p. ex. para a LA o casamento não permitia divórcio; para a LN já permite; para a LA a fidelidade é dever dos cônjuges, para a LN não é: em ambos os casos, o legislador da LN revela ter uma nova ideia sobre o casamento);
- Se fixar certas consequências específicas para os efeitos ou as situações jurídicas que decorram de certo facto → nesta hipótese, ao estar a associar certos efeitos ou consequência a um dado facto, naturalmente está a levar em conta esse facto, não abstraindo dele (p. ex. se fixar um regime diferente para a propriedade decorrente de usucapião ou de outro título; um regime diferente para o casamento civil ou religioso, etc).

Havendo reavaliação, o título acaba por, “à chegada” modelar a situação (embora não o faça “à partida”) pois que a LN vem definir um novo conteúdo para situação jurídica em função do título. Isto é: havendo reavaliação, a LN regula a situação jurídica mas no quadro de uma reavaliação do facto. Esta é apenas uma precisão técnica, que não obsta ao que foi dito anteriormente.

Consequência? Aplica-se o artigo 12/2 1ª parte no trecho que se refere a “efeitos” de um facto (pois que, uma situação jurídica é também um efeito de um facto). LN só se aplica a factos futuros e seus efeitos.

Em suma: para se saber se estamos diante de um problema de 1ª ou 2ª parte do artigo 12º/2 há **duas boas pistas que o aluno pode usar:**

- a categoria dos casos (p. ex. é consequência de facto ilícito ou direito real; situações contratuais ou situações jusfamiliares, etc);

- o tempo de execução. Factos de execução continuada, que se destinem a prolongar-se no tempo, geram efeitos que se vão descolando do facto que lhe deu origem e que, em princípio, “caem” no artigo 12/2 2ª parte (ex. contrato de fornecimento, de locação, de trabalho, etc).

No entanto, se por estas pistas se for reconduzido para a 2ª parte do artigo 12/2 há ainda que fazer o “teste decisivo”, que é o teste da “**reavaliação do facto**”: este é o critério central. Havendo reavaliação, caem as “aparências” e estamos, na verdade, no domínio, não da 2ª, mas da 1ª parte do artigo 12/2.!

Resumindo, podemos dizer que o critério utilizado pelo artigo 12.º - que se aproxima da chamada “teoria do facto passado”, podendo mesmo entender-se que a consagra, num sentido reformulado – é o seguinte:

- Se a LN **regular factos**, só se aplica a factos novos (artigo 12.º/2 1ª parte). Isto acontece quando regula condições de validade, efeitos ou situações jurídicas geradas pelo facto sem abstrair dele (revalorando-o), pois que, nesta hipótese também está, na prática a regular o facto (regula a situação jurídica no contexto de uma regulação do facto);
- Se a LN **regular situações jurídicas** (abstraindo do facto) aplica-se imediatamente às situações já existentes (artigo 12.º/2 2ª parte).

Isto é a concretização do critério geral de aplicação da lei no tempo da lei portuguesa, que é o contido no artigo 12.º/1 1ª parte: a lei só dispõe para o futuro. Por princípio esse critério, sozinho, é insuficiente para resolver um problema de aplicação da lei no tempo, mas não deixa de poder haver casos que apenas nele possam ser

subsumíveis (ex. LN vem dispor sobre um facto duradouro, e não sobre um efeito de um facto).²⁴

.....

Casos particulares

Há uma série de casos particulares identificados pela doutrina que aparentemente se afastariam do artigo 12.º. É no entanto importante perceber que não se afastam, e que as soluções então apontadas para esses casos também resultam dos critérios do artigo 12.º. Damos nota de dois em particular:

- **Leis/normas imperativas, impostas por razões de interesse público**, que se destinem à proteção de interesses sociais relevantes ou da parte mais fraca (e/ou materializando uma intervenção do Estado na economia) – diz a doutrina que **devem ser aplicadas imediatamente** (aplicação imediata da LN) sob pena de se frustrarem os seus objetivos. Ora essa solução passa no crivo do artigo 12º/2 2ª parte: se o que justifica essas soluções legislativas são razões “extrínsecas” aos factos a que elas se reportam (interesse público, proteção de parte mais fraca, etc) é claro **que elas abstraem do facto**, ie., não foram aprovadas a pensar nesse facto. (ex. LN aumenta as garantias do consumidor num contrato de prestação de serviço, visando proteger a parte mais fraca; LN laboral contém determinações que melhoram a posição do trabalhador);
- **Leis/Normas supletivas** – são as que contêm soluções que podem ser afastadas pela vontade das partes e que,

²⁴ MTS, p. 285

consequentemente, se aplicam na hipótese de as partes nada preverem quanto a um determinado ponto. Nesta caso, tais leis **só se aplicam para o futuro**: sendo o regime supletivo, ele poderia ter sido afastado pelas partes, pelo que a sua aplicação corresponde a uma “adesão implícita” daquelas ao mesmo. Por isso, a sua manutenção traduziria a ideia geral (espelhada no «estatuto do contrato») de respeito pela vontade das partes e pela autonomia privada (Ex. LN determina que, na falta de estipulação em contrário, a renda, num contrato de locação, deve ser paga no domicílio do locador; LA determinava, igualmente na ausência de estipulação em contrário, que deve ser paga no domicílio do locatário).

Uma outra via de explicação (que nos parece com mais “cabimento” no artigo 12.º) é a de que uma norma supletiva contém sempre a ideia do legislador sobre aquele instituto, sobre o que ele deve ser se as partes não disserem o contrário, razão pela qual, obviamente, **atende ao facto (ou dele não abstraem) – artigo 12.º/2 1ª parte.**