

# O DIREITO

Ano 151.º (2019), III

*Diretor*

JORGE MIRANDA

# O DIREITO

Ano 151.º (2019), III

Diretor: JORGE MIRANDA

## *Fundadores*

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

## *Antigos Diretores*

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocêncio Galvão Telles

## *Diretor*

Jorge Miranda

## *Diretores-Adjuntos*

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorão

Maria João Galvão Teles

## *Estatuto Editorial*

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

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

NIPC 513319425/506512495

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

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.ºs 76, 78, 80

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

3000-167 Coimbra – Portugal

[editora@almedina.net](mailto:editora@almedina.net)

Publicação: quatro números anuais

Tiragem: 120 exemplares

Assinatura anual € 70,00 (12,5% de desconto sobre o total dos números avulsos)

Número avulso € 20,00

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Execução gráfica: DPS – Digital Printing Services, Lda.

MLP – Quinta do Grajal

Venda Seca, 2739-511 Agualva Cacém

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

## ÍNDICE

### DOCTRINA

JOSÉ LAMEGO

*A articulação entre o Direito da União Europeia e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros* . . . . . 447

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

*O Contrato de Gestão de Carteira* . . . . . 477

FRANCISCO AGUILAR

*O homem moralmente orientado como juízo do crivo da axiológica ideia de Direito na natureza das coisas: sobre a recusa do pós-modernamente renovado torto tribal* . . . . . 537

ANA RAQUEL COXO

*A alteração e a substituição dos actos administrativos: excurso pelo artigo 173.º do CPA* 577

JOÃO TORNADA

*A não publicação das decisões do Tribunal Arbitral do Desporto português: Será a LTAD (ainda) inconstitucional?* . . . . . 615

ISA MEIRELES

*“Eu hei de ter um Facebook”: Da (in)existência de limites na utilização das redes sociais por parte dos trabalhadores* . . . . . 645

NUNO MONTEIRO AMARO

*Do recurso contencioso de anulação à nova ação administrativa. Em especial, a impugnação de atos administrativos. Breve excurso panorâmico* . . . . . 671

### POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de publicação . . . . . 701



# DOCTRINA



## *A articulação entre o Direito da União Europeia e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros*

PROF. DOUTOR JOSÉ LAMEGO

SUMÁRIO: 1. *A identidade institucional da União Europeia: a abordagem de Direito internacional e a abordagem “constitucionalista”*. 2. *A criação de um Direito supranacional comunitário: as doutrinas do efeito directo e do primado do Direito comunitário*. 3. *O sistema de competências da União e o alcance dos princípios do efeito directo e do primado*. 4. *Os tribunais nacionais e a ordem jurídica da União*.

O assunto é profusamente tratado nos manuais e em muitas monografias e ensaios sobre o Direito da União Europeia<sup>1</sup>. Constitui, igualmente, um tema incontornável da doutrina das fontes do Direito, que costuma ser exposta na cadeira de *Introdução ao Estudo do Direito*. Do ponto de vista da Teoria do

<sup>1</sup> Cf., por último, entre nós, o tratamento exaustivo levado a cabo por Graça Enes, *Unidade e Diferenciação no Direito da União Europeia. A Diferenciação como um Princípio Estruturante no Sistema Jurídico da União*, Coimbra, 2017; cf., igualmente, Maria Helena Brito, «Relações entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional: desenvolvimentos recentes em direito português», in: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, 2003, págs. 301-317; Cristina Queiroz, «As relações entre o Direito da União e o Direito Constitucional Interno dos Estados», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano III (2006), págs. 189-201; Francisco Paes Marques, «O primado do Direito da União Europeia. Fundamento e Limites», in: Ana Maria Guerra Martins (ed.), *Constitucionalismo Europeu em Crise? Estudos sobre a Constituição Europeia*, Lisboa, 2006, págs. 165-195; Diogo Freitas do Amaral e Nuno Piçarra, «O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: Uma “Evolução na Continuidade”», in: *Revista de Direito Público* 1 (2009), págs. 9-56; Miguel Gorjão-Henriques, «Compreensão e pré-compreensão sobre o primado na aplicação do Direito da União: breves notas jurídico-constitucionais relativamente ao Tratado de Lisboa», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol.III, Coimbra, 2012, págs. 317-371.

Direito tem também implicações importantes, pois a integração jurídica europeia não pode, pura e simplesmente, ser conceptualizada em termos de um sistema jurídico unitário, inspirado no modelo jurídico estadual de construção hierarquizada; por outro lado, a integração jurídica europeia tem uma intensidade (norteada, nomeadamente, pelos princípios da autonomia, do efeito directo e do primado do Direito da União) tão forte, que seria desadequado proceder à sua interpretação à luz de uma lógica intergovernamental “clássica”<sup>2</sup>. Em que termos é o Direito da União Europeia aplicável na ordem interna dos Estados-Membros?

Devemos começar por procurar uma resposta à questão (ou conjunto de questões) no Direito comunitário *primário*, nomeadamente nos Tratados institutivos, de um lado, e na Constituição, do outro lado, independentemente de nos debruçarmos, desde já, sobre as relações entre ambas as fontes de normação. A Constituição da República Portuguesa contém uma cláusula autónoma sobre o relacionamento entre o Direito da União e o Direito interno, estabelecendo, no n.º4 do artigo 8º, que “*As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”. Uma vez que os Tratados institutivos não continham cláusula expressa, a resposta ao nível comunitário foi sendo construída pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, exercendo a sua competência de decisão a título prejudicial, mormente por via das doutrinas da autonomia, do efeito directo e do primado, como características fundamentais da ordem jurídica comunitária. Essas doutrinas estabeleceram o perfil específico da ordem jurídica da União como ordenamento jurídico de carácter supranacional, que não pode, pura e simplesmente, ser reduzida aos quadros do Direito internacional.

Os contornos e modulações que essas doutrinas foram adquirindo, graças, sobretudo, à interacção entre a jurisprudência do Tribunal de Justiça e a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais (ou instituições equivalentes) dos Estados-Membros, vão no sentido de invalidar a interpretação do princípio do primado em termos de supremacia normativa e a desconformidade das normas de Direito interno ao Direito da União em termos de meros conflitos de normas de um sistema jurídico hierarquizado<sup>3</sup>. A generalidade da doutrina aceita

<sup>2</sup> Como sublinha Neil MacCormick, “*o desenvolvimento de uma ordem jurídica nova, de carácter especial e único, é algo que nenhum teórico do Direito pode permitir-se ignorar*”: cf. Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999, pág. VII.

<sup>3</sup> Numa Declaração do Tribunal Constitucional espanhol de 13 de Dezembro de 2004, onde esse Tribunal era solicitado a pronunciar-se sobre a compatibilidade de alguns artigos do Tratado que



hoje que o princípio do primado deve, antes, ser interpretado em termos de aplicação preferente, o que desloca o enquadramento do problema do plano dos conflitos internormativos (colisão de normas de um mesmo sistema) para o plano dos conflitos intersistémicos: o Direito da União prevalece sobre o Direito interno não por as suas normas serem hierarquicamente superiores, mas por ser materialmente competente para regular o caso concreto. As relações entre a ordem jurídica da União e a ordem jurídica dos Estados-Membros são reguladas por um princípio de coordenação e não por um princípio de hierarquia.

Partindo deste enquadramento geral, conclui-se que o modo de funcionamento dos princípios do efeito directo e do primado do Direito da União tem de subordinar-se a regras de atribuição e exercício de competências, mais especificamente: a um princípio de legalidade da competência ou “princípio da autorização individual limitada” (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*)<sup>4</sup>. Nesta perspectiva, importa sublinhar a regra estabelecida pelo artigo 5º do Tratado da União Europeia (TUE) – que, conjuntamente com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), integra o Tratado de Lisboa, assinado em 13 de Dezembro de 2007 e que entrou em vigor em 1 de Dezembro de 2009 –, artigo que no seu n.º 1 dispõe o seguinte: “*A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade*”. Assim sendo, parece poder caracterizar-se o sistema de competências da União Europeia em termos da noção de “competência de atribuição” e a ordem jurídica da União como uma ordem jurídica derivada – como refere Maria Luísa Duarte, “*a relação entre o Direito Comunitário e o Direito dos Estados-membros constrói-se com base nos princípios da competência de atribuição e da cooperação ou complementariedade funcional de*

estabelece uma Constituição para a Europa, assinado em Roma em 29 de Outubro de 2004, com a Constituição espanhola, como norma suprema da ordem jurídica nacional, diz-se, numa formulação lapidar: “*Primado e supremacia são categorias que se desenvolvem em ordens diferenciadas (...) A supremacia apoia-se no carácter hierárquico superior de uma norma e, por isso, é fonte de validade das que se lhe encontram infra-ordenadas (...) ao invés, o primado não se apoia necessariamente na hierarquia, mas na distinção do âmbito de aplicação de diferentes normas (...)*” – a Declaração está publicada em Maria Luísa Duarte/Pedro Delgado Alves, *União Europeia e jurisprudência constitucional dos Estados-membros*, Lisboa, 2006, págs. 363–411, aqui a págs. 380.

<sup>4</sup> Fazendo nossas as palavras de Miguel Galvão Teles, diríamos que “*o que está em causa, como requisito de eficácia interna, é que a União se mantenha no âmbito das competências que lhe foram atribuídas pelos Estados, através dos tratados*”: cf. Miguel Galvão Teles, «Constituições dos Estados e eficácia interna do Direito da União e das Comunidades Europeias – em particular sobre o artigo 8º, nº 4, da Constituição portuguesa», in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Coimbra, 2006, págs. 295–331, pág. 321 e seg.

*ordenamentos autónomos, embora coordenados em função da repartição de competências emergente do Tratado*”<sup>5</sup>.

Esta linha de interpretação das relações entre o Direito da União e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros permite, a nosso ver, uma caracterização mais adequada da estrutura jurídica do processo de integração europeia e reflecte melhor a identidade institucional actual da União Europeia, onde não existe uma hierarquia entre a União e os Estados-Membros, ao contrário dos Estados federais<sup>6</sup>. Por outro lado, a caracterização da ordem jurídica da União Europeia como ordem jurídica autónoma mas derivada acolhe mais satisfatoriamente as afirmações de um domínio de reserva normativa nacional – mesmo que tais afirmações sejam, na prática, desprovidas de consequências quanto aos resultados – que podemos encontrar na quase generalidade das Constituições dos Estados-Membros e a reivindicação de poderes jurisdicionais em matéria de fiscalização de transferência de competências e de controlo da conformidade de actos jurídicos comunitários com o quadro de protecção dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecido, reivindicação apresentada por uma série de Tribunais Constitucionais de Estados-Membros (v.g.: Alemanha, Dinamarca, França, Grécia, Itália, Espanha, etc.). A análise das relações entre o Direito da União e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros numa linha de pluralismo sistémico aponta para uma compreensão da identidade institucional da União Europeia, essencialmente, como uma associação ou união de Estados (*Staatenverbund*) de natureza confederal e compreende a integração europeia com base, em primeiro lugar, no princípio da atribuição – nesta linha de considerações, são os Estados-Membros quem constitui o “*espaço político primário constitucionalmente organizado*” [verfasster politischer Primärraum], como defende a doutrina do Tribunal Constitucional Federal alemão expressa num conjunto de arestos a que mais adiante vamos fazer referência e que voltou a ser reafirmada no seu acórdão de 30 de Junho de 2009, relativo à compatibilidade do Tratado de Lisboa com a Lei Fundamental alemã.

A análise das relações entre o Direito da União e o Direito interno dos Estados-Membros e a caracterização da ordem jurídica da União como ordem jurídica de carácter supranacional, que, sobretudo por via da jurisprudência do Tribunal de Justiça, assumiu um perfil diferenciado do Direito interna-

<sup>5</sup> Cf. Maria Luísa Duarte, *A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*, Lisboa, 1997, pág. 317.

<sup>6</sup> Para uma tipologia das associações de Estados é ainda hoje útil a leitura de Georg Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Viena, 1882, *maxime* pág. 16 e segs.; cf. igualmente, Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris, 2007; entre nós, cf., por último, Mário Simões Barata, *Formas de Federalismo e o Tratado de Lisboa. Confederação, Federação e Integração Europeia*, Coimbra, 2016.

cional, remetem, igualmente, para o exame do papel dos tribunais nacionais dos Estados-Membros enquanto tribunais descentralizados da União: uma das características fundamentais da ordem jurídica da União é a sua aplicação descentralizada, ou seja, são os tribunais e as administrações nacionais quem aplica o Direito da União na ordem interna dos Estados-Membros. Para combater os riscos que esta aplicação descentralizada poderia causar a uma interpretação e aplicação uniformes do Direito da União, os Tratados estabeleceram um mecanismo de coordenação entre o Tribunal de Justiça e as jurisdições nacionais que costuma ser designado como “reenvio prejudicial”, por via do qual as jurisdições nacionais suscitam perante o Tribunal de Justiça questões relativas à interpretação dos Tratados e questões relativas à interpretação e à validade dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União – nos termos do art.º 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). No que diz respeito ao nosso tema específico, a articulação entre o Direito da União Europeia e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros, poder-se-à dizer que o mecanismo do reenvio prejudicial aponta para a conclusão de que tal como no plano do Direito substantivo não existe supremacia normativa do Direito da União sobre o Direito dos Estados-Membros – mas sim coordenação em função de regras de repartição de competências –, também no plano processual e do sistema jurisdicional da União Europeia o perfil específico do Tribunal de Justiça da União Europeia é muito diferente do de um Supremo Tribunal, a quem caiba decidir em última instância por via de recurso. Se os princípios do efeito directo e do primado tornam insuficiente a caracterização da ordem jurídica da União com base, apenas, nas categorias dogmáticas do Direito internacional, o mecanismo do reenvio prejudicial como instrumento fundamental da uniformidade da aplicação do Direito da União é, por seu turno, alheio a uma lógica hierárquica de integração normativa e jurisdicional<sup>7</sup>.

A apreensão dos traços específicos da ordem jurídica da União supõe, deste modo, uma investigação preliminar sobre a identidade institucional da União Europeia, enquanto associação de Estados *suís generis*. Diga-se, no entanto, que as diferentes abordagens sobre a caracterização da estrutura institucional da União reflectem não apenas teses analíticas e quadros dogmáticos distintos, como, sobretudo, têm implícitos projectos diferenciados quanto ao ritmo e o modelo do aprofundamento do processo de integração europeia.

<sup>7</sup> Neil MacCormick caracteriza a ordem jurídica da União como um *tertium quid* entre o Direito internacional e o Direito interno: cf. Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, cit., *maxime* pág. 119.

## 1. A identidade institucional da União Europeia: a abordagem de Direito internacional e a abordagem “constitucionalista”

O processo de “constitucionalização” do Direito primário da União Europeia, iniciado com o Tratado de Maastricht (1992), e a expansão jurisdicional dos poderes da União, consubstanciada na jurisprudência do Tribunal de Justiça que estabeleceu o efeito directo – acórdão *Van Gend en Loos* (1963) – e o primado do Direito comunitário sobre o Direito nacional – acórdão *Costa vs. ENEL* (1964) – tornam claro que o Direito europeu se desenvolveu para além dos limites tradicionais do Direito internacional e que a União Europeia é mais do que uma organização internacional – é uma associação ou união de Estados (*Staatenverbund*) de natureza confederal, mas que encerra traços federais, desde logo porque o Direito da União atribui aos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais devem tutelar<sup>8</sup> e pelo facto de os tribunais funcionarem como “órgãos jurisdicionais de Direito comum” responsáveis pela aplicação do Direito da União na ordem jurídica interna.

Como caracterizar, então, a identidade institucional da União Europeia? Muitos vêem no Direito primário da União a Constituição de uma Democracia transnacional, sendo as Constituições nacionais consideradas como Constituições parciais num sistema de múltiplos níveis de características federais. Uma perspectiva oposta continua a caracterizar a estrutura institucional da União Europeia como sendo a de uma organização supranacional fundada em Tratados – reconhecendo, embora, no Tratado de Lisboa (2007) elementos que são funcionalmente equivalentes aos de uma Constituição – e sublinha o carácter derivado do Direito da União. A primeira das perspectivas privilegia uma abordagem “constitucionalista” do processo de integração europeia<sup>9</sup>; a segunda

<sup>8</sup> Veja-se a construção da doutrina do efeito directo pelo Tribunal de Justiça apresentada no acórdão *Van Gend en Loos* (1963), onde o Tribunal sustenta que “(...) a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de Direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e cujos sujeitos não são só os Estados-Membros, mas também os seus nacionais”.

<sup>9</sup> Na doutrina portuguesa, cf., por exemplo, Francisco Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1997; Ana Maria Guerra Martins, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra, 2004, *maxime* pág. 123 e segs.; Miguel Poiars Maduro, *A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia*, S. João do Estoril, 2006; Nuno Piçarra, «O Tratado de Lisboa em Perspectiva Constitucional. Uma apresentação à luz de 20 meses de vigência», in: Nuno Piçarra (ed.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*, Coimbra, 2011, págs. 15-37; Francisco Pereira Coutinho, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia: O Caso Português*, Coimbra, 2013; Vital Moreira, “*Respublica*” Europeia. *Estudos de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra, 2014; Rui Medeiros, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Lisboa, 2015; Cristina Queiroz, *Direito Constitucional Internacional*, 2ª edição, Lisboa, 2016; Mário Simões Barata, *Formas de Federalismo e o Tratado de Lisboa. Confederação, Federação e Integração Europeia*, cit.

mantém-se, essencialmente, no quadro de uma abordagem de Direito internacional, caracterizando a União Europeia como uma união de Estados soberanos e explicando que o fundamento do Direito da União está na atribuição de competências por parte dos Estados-Membros<sup>10</sup>.

Ambas as abordagens apresentam pontos de vista úteis para a caracterização da identidade institucional actual da União Europeia, como associação de Estados *sui generis*, e, bem assim, das implicações que a caracterização dessa identidade institucional tem para a análise das relações entre o Direito da União, como ordem jurídica supranacional, e o Direito interno dos Estados-Membros. A abordagem “constitucionalista” do processo de integração europeia aponta para um modelo pós-vestfaliano de soberania política e normativa caracterizado por um quadro institucional policêntrico e multinivelado; a abordagem de Direito internacional mantém os traços essenciais do regime clássico (vestfaliano) de soberania, caracterizado pela ideia de autonomia na esfera interna e pela independência na esfera externa, e continua a considerar o Estado nação como a forma mais intensa de associação política<sup>11</sup>. A abordagem “constitucionalista” sublinha na identidade institucional da União Europeia os atributos de uma federação (*Bund*) e favorece o instrumental jurídico e simbólico típico do “paradigma constitucional fundacional”: Convenção constituinte, Constituição, referendo europeu, referendos nacionais; a abordagem de Direito internacional sustenta que a União Europeia apresenta, essencialmente, as características de uma associação ou união de Estados (*Staatenverbund*) de natureza confederal fundada em Tratados internacionais<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Na doutrina portuguesa, cf., por exemplo, João de Mota Campos, *As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à Luz da Revisão Constitucional de 1982*, Lisboa, 1985; Miguel Galvão Teles, «Constituição dos Estados e eficácia interna do Direito da União e das Comunidades Europeias – em particular sobre o artigo 8.º, n.º 4, da Constituição portuguesa», cit.; Jorge Miranda, «A “Constituição europeia” e a ordem jurídica portuguesa», in: *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra, 2005, págs. 537-559; Carlos Blanco de Moraes, «A sindicabilidade do Direito da União Europeia pelo Tribunal Constitucional Português», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. I, Coimbra, 2010, págs. 221-255.

<sup>11</sup> Sobre o regime clássico (vestfaliano) de soberania, cf. Diethelm Kippel e Hans Boldt, «Souveränität», in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. VI, Estugarda, 1990, págs. 1-154. Sobre a inadequação do regime clássico de soberania para caracterizar a estrutura multipolar de autoridade política na União Europeia, cf., por todos, Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, cit.

<sup>12</sup> Esta caracterização da identidade institucional da União como associação ou união de Estados (*Staatenverbund*) respeitando as respectivas identidades nacionais é assumida, por exemplo, pelo célebre acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 12 de Outubro de 1993 sobre o Tratado de Maastricht – o texto do acórdão está publicado em Maria Luísa Duarte/Pedro Delgado Alves, *União*

Em termos muito gerais, a propósito do modelo de articulação entre o Direito da União e as ordens jurídicas dos Estados-Membros, diríamos que a abordagem “constitucionalista” tende a interpretar as ordens jurídicas nacionais como partes da ordem jurídica federal caracterizada como “união de Direito europeia” (*europäischer Rechtsverbund*), fazendo situar a repartição de competências políticas e normativas – a *Kompetenz-Kompetenz* – ao nível do Direito primário da União<sup>13</sup>; a abordagem de Direito internacional considera, ao invés, a ordem jurídica da União como uma ordem jurídica derivada, defendendo que a *Kompetenz-Kompetenz* permanece ao nível dos Estados-Membros: são estes que determinam convencionalmente (por Tratado) o sistema de competências da União<sup>14</sup>.

Foi a jurisprudência do Tribunal de Justiça que constituiu o elemento fundamental de fixação das características específicas da ordem jurídica da União, mormente por via da doutrina do efeito directo e da doutrina do primado do Direito comunitário<sup>15</sup>. Essas doutrinas constituem os “pilares” fundamentais do Direito da União, enquanto ordem jurídica de carácter supranacional, cujas normas se impõem *per se* e não em virtude de um acto de “recepção”, rompendo, portanto, com a lógica de funcionamento do Direito internacional<sup>16</sup>.

Todavia, a fixação dos contornos e o processo de aceitação das doutrinas do efeito directo e do primado do Direito comunitário pelos tribunais dos Estados-Membros revestiu-se de uma complexidade que invalida uma interpretação dessas doutrinas à luz de um monismo com primado do Direito da União, em termos de relações de supra e infraordenação. Esta interpretação seria, porventura, plausível se houvesse no Tratado de Lisboa uma cláusula geral de supremacia semelhante à consagrada no artigo I – 6º do Tratado Constitu-

*Europeia e jurisprudência constitucional dos Estados-membros*, cit., págs. 283-335 – e retomada no acórdão de 30 de Junho de 2009 sobre o Tratado de Lisboa.

<sup>13</sup> Sobre a noção de *Kompetenz-Kompetenz* como titularidade de poderes finais de repartição de competências políticas e normativas, cf. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlim, 1914, *maxime* pág. 495.

<sup>14</sup> Esta constatação não é infirmada pela existência no Tratado de Lisboa de uma cláusula geral de flexibilidade ou alargamento evolutivo de competências – cf. o artigo 352.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

<sup>15</sup> Sobre o “supranacionalismo normativo” impulsionado pelo activismo do Tribunal de Justiça, cf., por todos, Karen J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford/Nova Iorque, 2001.

<sup>16</sup> Como resume Francisco Pereira Coutinho, “*As doutrinas do primado e do efeito directo fundariam um processo pretoriano de constitucionalização dos Tratados, pelo qual o TJ, com a colaboração dos tribunais nacionais, transformou um conjunto de instrumentos jurídicos de matriz internacional numa ordem jurídica autónoma, dotada de independência normativa face aos seus criadores (os Estados-Membros), que atribui direitos e obrigações a qualquer particular no seio da UE*” – cf. Francisco Pereira Coutinho, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia: O Caso Português*, cit., pág. 31.

*O Direito* 151.º (2019), III, 447-476

cional de 2004 (que não veio a entrar em vigor em razão dos resultados dos referendos levados a cabo na França e na Holanda)<sup>17</sup>, mas não no quadro do Tratado de Lisboa, que estabelece os princípios da atribuição, da subsidiariedade e da proporcionalidade como os princípios estruturantes da competência da União e se limita a uma Declaração (em anexo ao Tratado) sobre o primado do Direito comunitário, entendido em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>18</sup>. O alcance dos princípios do efeito directo e do primado é indissociável da natureza limitada e atribuída das competências da União.

Sendo estes princípios de criação “pretoriana”, por via da jurisprudência do Tribunal de Justiça, as diversas reformas dos Tratados institutivos não se traduziram numa alteração dos seus contornos. Não obstante, a estrutura do Tratado de Lisboa, os condicionalismos políticos que antecederam a sua elaboração – mormente a rejeição do Tratado Constitucional de 2004 – e os “alertas constitucionais” lançados por alguns Tribunais Constitucionais – sobretudo, o Tribunal Constitucional Federal alemão – no sentido de um balizamento claro do aprofundamento do processo de integração europeia apontam para uma interpretação do funcionamento dos princípios do efeito directo e do primado em conjugação com o princípio da legalidade da competência ou “princípio da autorização individual limitada” [*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*].

De entre as inovações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, consideramos como as mais relevantes para a caracterização da identidade institucional da União Europeia e, nessa conformidade, para a abordagem do tema das relações entre o Direito da União Europeia e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros as seguintes: *i*) a “desconstitucionalização” formal, pois o Tratado de Lisboa é somente um Tratado modificativo de Tratados; *ii*) a clarificação

<sup>17</sup> Não obstante, a Declaração *ad* artigo I-6.º referia que “A Conferência constata que o artigo I-6.º reflecte a jurisprudência existente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Primeira Instância”. Nesta mesma linha, Diogo Freitas do Amaral e Nuno Piçarra sustentam que a hipotética entrada em vigor do artigo I-6.º do Tratado Constitucional se limitaria a “codificar” como princípio expresso em vigor o princípio de fonte pretoriana: cf. Diogo Freitas do Amaral e Nuno Piçarra, «O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia. Uma “Evolução na Continuidade”», cit., *maxime* pág. 35. Neste sentido conclui, igualmente, a Declaração do Tribunal Constitucional espanhol de 13 de Outubro de 2004, acima (cf. nota 3) referida.

<sup>18</sup> Cf. a Declaração n.º 17 anexa à Acta final da Conferência dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros. Os marcos fundamentais da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativos à fixação do alcance do princípio do primado são os acórdãos *Costa vs. ENEL* (1964), *Internationale Handelsgesellschaft* (1970), *Simmenthal II* (1978) e *Ministero delle Finanze vs. IN. CO. GE.* (1998). Este último aresto associa limites ao funcionamento do princípio do primado, interpretando-o claramente em termos de aplicação preferente, o que não era inequívoco nos acórdãos anteriores: é questionável, pois, que exista uma continuidade sem inflexões nesta jurisprudência do Tribunal de Justiça.

das regras sobre a delimitação das competências da União (princípios da atribuição, subsidiariedade e proporcionalidade); *iii*) a eliminação da estrutura de “pilares” com a consequente uniformização do método dualista (comunitário e intergovernamental); *iv*) o reconhecimento à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – adoptada em Nice em Dezembro de 2000 – de um valor jurídico idêntico ao dos Tratados<sup>19</sup>. Enquanto a “desconstitucionalização” e os princípios de atribuição, subsidiariedade e proporcionalidade se acomodam a uma abordagem de Direito internacional na interpretação da identidade institucional da União Europeia, a eliminação da estrutura de pilares e a uniformização do método dualista (intergovernamental e comunitário), por um lado, e o reconhecimento à Carta dos Direitos Fundamentais de um valor idêntico ao dos Tratados, por outro lado, favorecem uma abordagem “constitucionalista” e traduzem o pendor federalizante do processo de integração europeia.

Sob uma outra perspectiva, atendendo ao método da elaboração do Tratado de Lisboa, há que constatar que este método corresponde ao procedimento clássico de reforma dos Tratados institutivos, a negociação diplomática, conduzida no quadro de uma Conferência Intergovernamental, tendo deixado cair o método da Convenção, que tinha presidido à elaboração do Tratado Constitucional de 2004: o mandato adoptado pelo Conselho Europeu de 21 e 22 de Junho de 2007, realizado em Bruxelas, foi desenvolvido exclusivamente no quadro de uma Conferência Intergovernamental (CIG), “*sob a responsabilidade global dos Chefes de Estado ou do Governo*”, como esclareciam as Conclusões desse Conselho Europeu – mesmo que do ponto de vista substantivo o Tratado de Lisboa tenha mantido grande parte das inovações contidas no Tratado Constitucional de 2004, estes aspectos procedimentais reflectem uma estratégia de

<sup>19</sup> Um bom quadro das inovações institucionais introduzidas pelo Tratado de Lisboa é o oferecido por Vital Moreira, «Constitucionalismo Supranacional. A União Europeia depois do Tratado de Lisboa», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. II, Coimbra, 2012, págs. 503-539; cf., igualmente, Maria José Rangel de Mesquita, *A União após o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2010; Maria Luísa Duarte, «O Tratado de Lisboa – uma visita guiada ao novo estatuto jurídico da União Europeia», in: Maria Luísa Duarte, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2010, págs. 7-89; Ana Maria Guerra Martins, «O Tratado de Lisboa. Um Passo em Frente ou Atrás no Sentido da Constitucionalização da União?», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. IV, Coimbra, 2010, págs. 571-601; Jean-Claude Piris, *Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge, 2010; Paul Craig, *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, 2010; Nuno Piçarra (org.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*, cit.; Stefan Griller/Jacques Ziller (eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty*, Viena, 2008.



abrandamento da tendência para a “constitucionalização” do Direito primário da União<sup>20</sup>.

Numa enumeração sumária dos argumentos normalmente utilizados em favor da caracterização da identidade institucional da União Europeia como associação ou união de Estados (*Staatenverbund*) de natureza confederal, poderíamos indicar os seguintes: *i*) nos seus traços essenciais, a estrutura institucional da União Europeia é a de uma organização supranacional fundada em Tratados; *ii*) os fundamentos jurídicos da União são Tratados internacionais, elaborados por via de negociação diplomática: estamos, portanto, perante actos de heteroconstituição (*Fremdkonstitution*) e não de autoconstituição (*Selbstkonstitution*)<sup>21</sup>; *iii*) são os Estados-Membros e não os cidadãos que são a fonte de autoridade da União Europeia; *iv*) o poder em última instância de repartição de competências políticas e normativas – a *Kompetenz-Kompetenz* – permanece ao nível dos Estados-Membros: muitas Constituições nacionais contêm disposições relativas à participação na União Europeia<sup>22</sup>; *v*) as Constituições nacionais funcionam como “filtros” para a formação do Direito primário da União, não podendo o núcleo identitário constitucional ser sacrificado pela unificação europeia – cf., por exemplo, o n.º 4 do artigo 8º da Constituição da República Portuguesa ou o artigo 79 (3) da Lei Fundamental alemã; *vi*) não existe uma hierarquia entre a União e os Estados-Membros, ao contrário dos Estados federais: a identidade institucional da União Europeia pode ser caracterizada como associação ou união de Estados (*Staatenverbund*) de natureza confederal e não como Estado federal (*Bundesstaat*); *vii*) o artigo 50º do Tratado da União Europeia (TUE) consagra um direito unilateral de saída da União, como expressão da soberania

<sup>20</sup> O mandato para a Conferência Intergovernamental (CIG) adoptado nesse Conselho Europeu era extremamente pormenorizado não só no que à estrutura do futuro Tratado dizia respeito, mas, inclusivamente, em relação à própria terminologia, afastando expressamente a terminologia que pudesse reflectir um propósito de “constitucionalização” da União Europeia ou até o estabelecimento no texto do Tratado de símbolos da União, como a bandeira, o hino e o lema (artigo I – 8.º do antigo Tratado Constitucional). Na sequência dos resultados dos referendos em França e na Holanda, os responsáveis políticos europeus optaram por uma abordagem mais pragmática, atenuando os desígnios expressos na Declaração de Laeken sobre o Futuro da União Europeia, de Dezembro de 2001, na Convenção sobre o Futuro da Europa (2002-2004) e no Tratado Constitucional, assinado em Roma em 29 de Outubro de 2004, que consubstanciavam um verdadeiro “momento constitucional” da União.

<sup>21</sup> O argumento perdeu alguma pertinência se considerarmos a reforma do procedimento de revisão dos Tratados estabelecida pelo Tratado de Lisboa: de acordo com o n.º 2 do artigo 48º do Tratado da União Europeia (TUE), a iniciativa de revisão passa a caber também à Comissão e ao Parlamento Europeu, isto é, a instituições da União.

<sup>22</sup> Cf., por exemplo, o n.º 6 do artigo 7.º da Constituição da República Portuguesa (cláusula introduzida pela revisão constitucional extraordinária de 1992 e com redacção sucessivamente alterada pelas revisões constitucionais de 2001 e 2004).

dos Estados-Membros; *viii*) os problemas de défice democrático da União não se resolvem, em primeira linha, através da parlamentarização do seu sistema de governo, devendo, antes, ser enfrentados por via do aprofundamento da participação dos Parlamentos nacionais.

Este conjunto de argumentos tem norteado a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, em particular desde o acórdão sobre Maastricht de 12 de Outubro de 1993, encontrando uma expressão muito articulada no acórdão de 30 de Junho de 2009, que declara a lei alemã de ratificação do Tratado de Lisboa conforme à Lei Fundamental, mas estabelece balizas claras em relação à evolução futura do processo de integração europeia; os seus defensores mais vigorosos, ao nível da doutrina, têm sido Dieter Grimm e Paul Kirchhof, antigos juízes desse Tribunal<sup>23</sup>. Sem risco de generalização excessiva, podemos identificar na orientação da grande maioria dos Tribunais Constitucionais (ou instituições equivalentes) dos Estados-Membros uma linha convergente no sentido de caracterizar a ordem jurídica da União e as ordens jurídicas nacionais como ordenamentos autónomos, mas coordenados em função da repartição de competências estabelecidas nos Tratados, e uma interpretação do princípio do primado não como supremacia hierárquica, mas como corolário de uma repartição de competências entre o legislador comunitário e o legislador nacional acordada nos Tratados institutivos<sup>24</sup>.

Por sua vez, a abordagem “constitucionalista” do processo de integração europeia está associada à promoção de uma arquitectura federal da União, assumindo o desígnio de promoção de uma “*União cada vez mais estreita*” por via de uma interpretação “dinâmica” do sistema de competências da União e

<sup>23</sup> Cf., sobretudo, Dieter Grimm, «Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», agora in: Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Berlim, 2012, págs. 153-177; cf., igualmente, Paul Kirchhof, «§183. Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration», in: Peter Badura/Josef Isensee/Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, vol. 7, *Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen*, Heidelberg, 1993, págs. 855-887. Para uma apreciação dos argumentos apresentados neste acórdão, cf. Maria Luísa Duarte, «O Tratado de Lisboa e o teste da “Identidade Constitucional” dos Estados-Membros – Uma Leitura Prospectiva da Decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 30 de Junho de 2009», agora in: Maria Luísa Duarte, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, cit., págs. 117-140.

<sup>24</sup> A este respeito é muito clara a doutrina constante do acórdão sobre Maastricht do Tribunal Constitucional Federal alemão, de 12 de Outubro de 1993, que estabelece com requisito de eficácia do Direito derivado da União e das comunidades na ordem interna o respeito pelos órgãos da União e das Comunidades Europeias das competências normativas que lhe foram atribuídas pelos Estados-Membros.

uma leitura axiológica dos Tratados<sup>25</sup>. Sublinha o carácter constitucional do Direito primário da União, refere a erosão de um constitucionalismo centrado no Estado e defende a ideia de um poder constituinte dividido entre os Estados-Membros e os cidadãos da União, caracterizando a União Europeia como uma associação ou união federal de Estados e de cidadãos. Como referimos, foi com o Tratado de Maastricht (1992) que se generalizou o discurso constitucional europeu, que haveria de atingir o seu clímax com o Tratado Constitucional de 2004, visto por muitos como a consagração de um “paradigma constitucional fundacional”<sup>26</sup>. Em termos mais gerais, o discurso constitucional europeu aponta para a ideia de um espaço público europeu, em que os factores de identidade são constituídos por direitos individuais e procedimentos democráticos, mais do que por tradições nacionais<sup>27</sup>. De um ponto de vista institucional, os grandes propulsores da construção constitucional da integração europeia têm sido o Tribunal de Justiça e o Parlamento Europeu, bem como a doutrina e a ciência política, que se caracterizam por uma maior “empatia pela Europa” (*Europafreundlichkeit*) do que o Conselho e as diplomacias dos Estados-Membros, mais inclinados para a defesa de posições soberanistas<sup>28</sup>.

Uma variante da abordagem “constitucionalista” hoje muito difundida assenta na redefinição do constitucionalismo numa linha de pluralismo jurídico e institucional, reflectindo a ideia de que a União Europeia é uma entidade política *sui generis* onde a autoridade está distribuída por diversos níveis de governação e por actores distintos, pelo que é legítimo falar de “constitucionalização” da União Europeia mesmo na ausência de uma Constituição formal e de um acto constituinte fundador. Podem, no entanto, identificar-se diferentes concepções do pluralismo constitucional europeu: a versão com mais impacto é, porventura, a teoria do “constitucionalismo de vários níveis” (*multilevel constitutionalism*), de Ingolf Pernice<sup>29</sup>, que interpreta a relação entre o nível nacional

<sup>25</sup> Norteada por uma “*certa ideia da Europa*” como propulsora de uma “lógica integracionista”, que é comum tanto à orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça como a sectores da doutrina – em defesa desta abordagem, cf., por todos, Pierre Pescatore, «The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law», in: *European Law Review* 3 (1983), págs. 155-175.

<sup>26</sup> Sobre os ingredientes desta “metanarrativa constitucional”, cf., por último, Graça Enes, *Unidade e Diferenciação no Direito da União Europeia. A Diferenciação como um Princípio Estruturante do Sistema Jurídico da União*, cit., *maxime* pág. 121 e segs.

<sup>27</sup> Nesta linha, cf., por todos, Jürgen Habermas, *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, Lisboa, 2012.

<sup>28</sup> A este propósito, cf., de um ponto de vista da sociologia política, Karen J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, cit.

<sup>29</sup> Cf., por exemplo, Ingolf Pernice, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited?», in: *Common Market Law Review* 36 (1999), págs. 703-750; Ingolf Pernice, «Multilevel Constitutionalism in the European Union», in: *European Law Review* 27

e o nível europeu como sendo uma relação não hierárquica de associação – à noção de união de Estados (*Staatenverbund*) contrapõe a noção de união constitucional (*Verfassungsverbund*) para caracterizar as relações entre as Constituições dos Estados-Membros e os Tratados Europeus, considerados como a Constituição “material” da União<sup>30</sup>. Esta mesma ideia de integração não hierárquica e interactiva é desenvolvida por Miguel Poiars Maduro, com a sua imagem de um “Direito contrapontístico” (*contrapunctual law*), que faz alusão à técnica musical de concordância harmoniosa de diferentes vozes ou instrumentos<sup>31</sup>.

O “constitucionalismo de vários níveis” (*multilevel constitutionalism*) pretende proporcionar um quadro conceptual para analisar a articulação entre o Direito da União e os Direitos nacionais, como sistemas jurídicos autónomos mas interligados. Oferece, por outro lado, um repositório de directrizes interpretativas no sentido da flexibilização das normas em conflito e da busca da sua harmonização. Mas não apresenta categorias dogmáticas sólidas para solucionar pretensões de validade (ou de aplicação preferente) concorrentes, mormente nos casos de desconformidade material entre as normas europeias e as normas constitucionais dos Estados-Membros<sup>32</sup>.

Como observa, em síntese, Gomes Canotilho, é necessário “(...) fornecer suportes dogmáticos para a compreensão de uma nova ordem jurídica: (1) que cria direitos de aplicação preferente relativamente ao direito dos estados-membros e cujos desti-

(2002), págs. 511-529; Ingolf Pernice, «The Treaty of Lisbon, Multilevel Constitutionalism in Action», in: *Columbia Journal of European Law* 15 (2009), págs. 349-407; Ingolf Pernice e Franz Mayer, «La Costituzione integrate dell'Europa», in: Gustavo Zagrebelsky (ed.), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma 2003, págs. 43-68. Para uma caracterização do “constitucionalismo de vários níveis” (*multilevel constitutionalism*), cf., por todos, Franz C. Mayer e Mattias Wendel, «Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism», in: Matej Avbelj e Jan Komárek (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012, págs. 127-151.

<sup>30</sup> Este quadro conceptual tem que ver com uma orientação de parte da doutrina alemã do Direito público que vê na doutrina da soberania do Estado como *legibus soluta potestas* a expressão de uma concepção de Estado-potência (*Machtstaat*), propondo-se substituí-la por uma doutrina da soberania do Direito (*Rechtssouveranität*), como quadro mais adequado à ideia de Estado constitucional (*Rechtsstaat*). O precursor desta orientação é Hugo Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveranität* (Groningen, 1906), encontrando-se a sua exposição mais consequente em Kelsen, para quem o Estado é uma ordem jurídica parcelar com um determinado âmbito territorial de validade: cf., sobretudo, Kelsen, *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (Tübingen, 1920).

<sup>31</sup> Cf. Miguel Poiars Maduro, «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», in: Neil Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, págs. 501-537.

<sup>32</sup> Afiguram-se um tanto decepcionantes quanto aos resultados as propostas de “reconstrução” das relações entre o Direito da União e o Direito interno à luz da ideia de “pluralismo constitucional”: cf., por exemplo, a proposta de “reconstrução” apresentada por René Barents, «The Precedence of EU Law from the Perspective of Constitutional Pluralism», in: *European Constitutional Law Review* (2009), págs. 421-466.

*O Direito* 151.º (2019), III, 447-476

natários (sujeitos de direito) são não apenas os estados mas também os cidadãos europeus; (2) que possui órgãos e poderes de decisão supranacionais (“supranacionalismo decisório”); (3) que densifica o princípio constitucional comunitário de integração supranacional sem deixar de observar os princípios de estabilidade ou existência dos membros, da autonomia constitucional nacional e da identidade nacional dos membros europeus; (4) que articula a supranacionalidade normativa e decisória com a observância do princípio de atribuição específica de competências (e não de uma transferência global de competências dos estados para a “União”); (5) que está vinculada a princípios jurídico-materiais e a princípios de competência como os princípios jurídicos gerais incorporados em direitos fundamentais comuns aos estados membros, o princípio da subsidiariedade e o princípio da coesão social”<sup>33</sup>.

## 2. A criação de um Direito supranacional comunitário: as doutrinas do efeito directo e do primado do Direito comunitário

Os actos jurídicos da União estão elencados no artigo 288º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). São eles: *i*) os regulamentos; *ii*) as directivas; *iii*) as decisões; *iv*) as recomendações; *v*) os pareceres. É, sobretudo, em relação aos regulamentos e ao facto de eles serem automaticamente aplicáveis sem necessidade de interposição de poder normativo nacional que se colocam as questões do efeito directo e do primado. Não obstante, a jurisprudência do Tribunal de Justiça estabeleceu que as directivas podem, igualmente, em certas circunstâncias, criar efeitos directos e ser contenciosamente invocadas por particulares<sup>34</sup>.

A construção da doutrina do efeito directo pleno das directivas constitui uma espécie de remate do processo de conversão do Direito comunitário de Direito internacional em Direito supranacional por via da jurisprudência do Tribunal de Justiça, processo que teve como marcos principais o acórdão *Van Gend en Loos* (1963), que operou a transformação das quatro liberdades económicas de directrizes legislativas em direitos subjectivos individuais<sup>35</sup>, e o acór-

<sup>33</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Coimbra, 1999, pág. 1282 e seg.

<sup>34</sup> Sobre a questão, cf., entre nós, por todos, Maria Luísa Duarte, «O tempo e a transposição das directivas no direito da União Europeia», in: *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. I, Coimbra, 2012, págs. 423-439. Uma súmula da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à invocabilidade directa das directivas perante os tribunais nacionais é oferecida por Miguel Moura e Silva, *Direito da União Europeia. Jurisprudência Essencial*, Lisboa, 2001, pág. 224 e segs.

<sup>35</sup> *Van Gend en Loos vs. Nederlandse Administratieve Belastingen*, de 05.02.1963.

ção *Costa vs. ENEL* (1964), que estabeleceu a doutrina do primado do Direito comunitário sobre o Direito nacional dos Estados-Membros<sup>36</sup>. Os contornos dessas doutrinas foram, porém, melhor precisados em arestos subsequentes do Tribunal de Justiça e, bem assim, em resultado de uma interacção entre a jurisprudência do Tribunal de Justiça e a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais (ou instituições equivalentes) dos Estados-Membros.

A doutrina do efeito directo, ao fazer derivar do Direito comunitário direitos subjectivos individuais, conjuntamente com a doutrina do primado, configurava a ordem jurídica comunitária como uma ordem jurídica autónoma, que se emancipou das fontes nacionais. Por outro lado, o Tribunal de Justiça afastou-se de uma postura subjectivista e literal em matéria de doutrina da interpretação – que é a própria dos Tratados internacionais – e defendeu uma metodologia objectivista e expansiva, no sentido de promover a máxima efectividade do Direito europeu (doutrinas do *effet utile* e dos poderes implícitos)<sup>37</sup>. O juiz do Tribunal de Justiça Robert Lecourt, e seu Presidente de 1967 a 1976, tido como o principal inspirador das doutrinas do efeito directo e do primado do Direito comunitário, justificava o efeito directo e o princípio do primado do Direito comunitário como uma criação jurisprudencial decorrente de uma “abordagem teleológica” na interpretação dos Tratados institutivos, no sentido de promover uma maior integração europeia<sup>38</sup>. A tarefa que as instituições comunitárias tinham pela frente, na altura, era a realização do Mercado Interno e os objectivos de integração funcional só podiam ser assegurados por via de uma interpretação e aplicação uniformes do Direito comunitário<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> *Costa vs. Ente Nazionale per L'Energia Elettrica (ENEL)* de 15.07.1964. Excertos destes dois acórdãos, estão publicados em Miguel Moura e Silva, *Direito da União Europeia. Jurisprudência Essencial*, cit., respectivamente a págs. 11 e segs. e 27 e segs.

<sup>37</sup> Sobre a doutrina interpretativa do Tribunal de Justiça, cf. Rüdiger Stotz, «Die Rechtsprechung des EuGH», in: Karl Riesenhuber (ed.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 2ª edição, Berlin, 2010, págs. 653-678; Anna Katharina Mangold, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht*, Tübingen, 2011, *maxime* pág. 151 e segs.; Carsten Buck, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft*, Francoforte, 1998.

<sup>38</sup> Cf. Robert Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelas, 1976, *maxime* pág. 305 ; cf., igualmente, Robert Lecourt, «Quel eut été le droit des communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?», in : *Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris, 1991, págs. 349-361.

<sup>39</sup> Nas primeiras décadas da integração europeia, a então Comunidade Europeia (CE) era vista, essencialmente, como uma “associação especial orientada para a integração funcional” (*Zweckverband funktionaler Integration*), assumindo os aspectos políticos da integração europeia uma importância menor: sobre este entendimento do processo de construção europeia, cf. Ulrich Everling, «The European Union as a Federal Association of States and Citizens», in: Armin von Bogdandy e Jürgen Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2ª edição, Oxford, 2010, págs. 701-734, *maxime* pág. 732.

A este propósito, a teoria política costuma distinguir duas vias de promoção da integração europeia: *i)* a via política, por meio da transferência de poderes dos Estados-Membros para as instâncias comunitárias; *ii)* a via administrativa e judicial, por meio de uma interpretação extensiva dos Tratados, operando uma restrição das competências dos Estados-Membros. Enquanto a via política implica uma nova regulamentação a nível europeu (integração positiva), a via administrativa e judicial opera uma desregulamentação a nível nacional (integração negativa). A via de integração europeia promovida pelo Tribunal de Justiça só podia, pois, ser a de uma integração negativa<sup>40</sup>, com base, sobretudo, nas doutrinas do efeito directo, do primado e do *effet utile*.

Anos mais tarde, o Tribunal de Justiça precisou melhor as suas doutrinas do efeito directo e do primado do Direito comunitário, esclarecendo que o Direito comunitário constitui uma fonte imediata de direitos e obrigações para todos os seus destinatários, quer se trate de Estados-Membros ou de particulares, e que as normas do Direito comunitário não são constitucionalmente sindicáveis, pois tal representaria uma invasão do domínio no qual se exerce o poder legislativo da Comunidade, devendo, ao invés, o juiz nacional assegurar o pleno efeito de tais normas<sup>41</sup>. Colocava-se, assim, o problema da existência de reservas de constitucionalidade e a questão da competência para o exercício de poderes jurisdicionais finais, uma vez que o Tribunal de Justiça procedia agora a uma alteração da sua orientação jurisprudencial anterior de se considerar incompetente para controlar a compatibilidade do Direito comunitário derivado com as disposições sobre direitos fundamentais constantes das Constituições dos Estados-Membros. Tratava-se, naturalmente, de matérias que os Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros consideravam ser do seu foro próprio e que deram lugar a uma série de arestos importantes, que contribuíram para uma melhor caracterização das relações entre a ordem jurídica da União e as ordens jurídicas dos Estados-Membros e para um melhor esclarecimento das condições de funcionamento dos princípios do efeito directo e do primado<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> A este propósito, cf. Fritz Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford, 1999.

<sup>41</sup> Cf. os acórdãos *Internationale Handelsgesellschaft GmbH vs. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, de 17.12.1970, e *Amministrazione delle Finanze dello Stato vs. Simmenthal SpA*, de 09.03.1978. Excertos destes dois acórdãos estão publicados em Miguel Moura e Silva, *Direito da União Europeia. Jurisprudência Essencial*, cit., a págs. 325 e segs. e 33 e segs., respectivamente.

<sup>42</sup> Para uma visão geral, cf., por último, Alina Berger, *Anwendungsvorrang und nationale Verfassungsgerichte. Ein Vergleich der verfassungsgemäßen Rechtsprechung in Deutschland, Frankreich und Spanien im Hinblick auf die Effektivität des unionrechtlichen Anwendungsvorrangs*, Tübingen, 2016; cf., igualmente, Anne-Marie Slaughter/Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler (eds.), *The European Court & National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, Oxford, 1997.

A manifestação de autoridade mais forte no sentido de retenção de poderes jurisdicionais em matéria do controlo da compatibilidade de medidas comunitárias com os direitos fundamentais consagrados na Constituição foi a do Tribunal Constitucional Federal alemão, que afirmou que exerceria a sua competência de controlo da constitucionalidade das normas de Direito comunitário enquanto (*solange*) “(...) o processo de integração da Comunidade não estiver desenvolvido até ao ponto de o Direito comunitário conter também um catálogo de direitos fundamentais formulado por um Parlamento que o aprove, lhe confira validade e que esteja em conformidade com o catálogo dos direitos fundamentais da Lei Fundamental”<sup>43</sup>.

Em 1979, o Tribunal Constitucional Federal alemão atenuou alguns dos aspectos mais confrontacionais da doutrina expandida no acórdão *Solange I*, afirmando que tendo em vista os desenvolvimentos políticos e jurídicos verificados ao nível comunitário, a sindicabilidade da constitucionalidade não seria de aceitar em relação aos regulamentos e às directivas<sup>44</sup>. Nessa mesma linha de atenuação, o acórdão *Eurocontrol* considerou que tinha sido instituído um sistema de protecção dos direitos fundamentais a nível comunitário suficientemente eficaz para dispensar a necessidade de controlo pelo Tribunal Constitucional<sup>45</sup>. Esta doutrina haveria ainda de ser melhor precisada no acórdão *Wünsche Handelsgesellschaft*, de 22 de Outubro de 1986 – conhecido como *Solange II* –, onde o Tribunal Constitucional Federal alemão afirmava que prescindia do exercício dos seus poderes jurisdicionais de fiscalização da constitucionalidade enquanto (*solange*) o Direito comunitário satisfizer os princípios básicos da Lei Fundamental alemã<sup>46</sup>. Apesar da doutrina *Solange II* evidenciar uma atitude mais cooperativa do Tribunal Constitucional Federal alemão em relação ao Tribunal de Justiça, reduzindo a possibilidade de conflito entre as duas jurisdi-

<sup>43</sup> O acórdão da 2ª secção (*Senat*) do Tribunal Constitucional Federal alemão, de 29 de Maio de 1974, foi aprovado por cinco votos, tendo votado vencidos três juízes. Para uma crítica da doutrina expandida neste acórdão (*Solange I*), cf., por todos, Ulrich Scheuner, «Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft und die Verfassungsrechtsprechung», in: *Archiv für öffentliches Recht* 100 (1975), págs. 30-52. A Comissão deu uma conferência de imprensa, onde ameaçou processar o Governo alemão por violação do artigo 169º do Tratado instituindo a Comunidade Económica Europeia.

<sup>44</sup> Acórdão *Steinike und Weinling vs. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, de 25 de Julho de 1979.

<sup>45</sup> Acórdão “*Eurocontrol*” *Internationale Zuständigkeit der belgischen Gerichte für Gebührensforderungen*, de 23 de Julho de 1981.

<sup>46</sup> Os textos dos acórdãos *Solange I* e *Solange II* são acessíveis em Maria Luísa Duarte/Pedro Delgado Alves, *União Europeia e Jurisprudência constitucional dos Estados-membros*, cit., a págs. 21-49 e 67-107, respectivamente. Para uma análise desta jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, cf., por todos, Rudolf Streinz, *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, 1989.



ções, ela reafirmava a ideia de retenção de poderes jurisdicionais finais por parte do Tribunal Constitucional e de um domínio de reserva normativa nacional.

O modelo de articulação entre o Direito da União e os Direitos nacionais que está subjacente à orientação jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão é um modelo que assenta na tese da natureza derivada do ordenamento jurídico da União, tendo os órgãos da União competência meramente delegada ou de atribuição. A *Kompetenz-Kompetenz* situa-se ao nível dos Estados-Membros, que possuem uma capacidade plena (*Allzuständigkeit*), enquanto a União tem uma competência meramente delegada ou de atribuição: deste modo, os actos considerados *ultra vires* não são aplicáveis na ordem jurídica interna<sup>47</sup>. Além disso, o Tribunal Constitucional Federal alemão estabelece limites constitucionais à transferência de competências para a União. Este conjunto de ideias foi reafirmado no acórdão de 12 de Outubro de 1993 sobre o Tratado de Maastricht – por vezes, chamado *Solange III*, evidenciando uma continuidade na orientação do Tribunal Constitucional Federal alemão que voltou a ser afirmada no acórdão de 30 de Junho de 2009 sobre o Tratado de Lisboa.

Embora mantendo a sua tese do princípio da legalidade da competência ou “princípio da autorização individual limitada” (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*) como fundamento do sistema de competências da União, o Tribunal Constitucional Federal alemão tem procurado coordenar a sua reivindicação de competência para apreciar se os actos jurídicos das instituições e órgãos europeus respeitam os limites dos poderes soberanos que lhe são conferidos com o disposto no n.º 1 do artigo 19º do Tratado da União Europeia (TUE), que confere tal competência ao Tribunal de Justiça da União Europeia, e no artigo 344.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que vincula os Estados-Membros “(...) a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que nele estão previstos”. Esta atenuação de posições é patente, por exemplo, no acórdão *Honeywell*, de 6 de Julho de 2010, pronúncia efectuada no quadro de uma “queixa constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*) contra uma interpretação de uma directiva por parte do Tribunal de Justiça, que a requerente alegava ser *ultra vires*<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> É isto que afirma, de modo lapidar, o acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 22 de Março de 1995: sobre a doutrina expandida neste acórdão, cf. Matthias Herdegen, «After the TV Judgement of the German Constitutional Court: Decision-Making Within the EU Council and the German Länder», in: *Common Market Law Review* 31 (1995), págs. 1369-1384.

<sup>48</sup> Este acórdão foi tudo menos consensual, sendo acusado de romper com a doutrina exposta no acórdão de 30 de Junho de 2009 sobre o Tratado de Lisboa: para uma notícia sobre as reacções a este

Uma atitude igualmente cooperativa, em que o Tribunal Constitucional Federal alemão fez uso do mecanismo do reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, abdicando, portanto, de realizar ele próprio o controlo, tem que ver com a aprovação do mecanismo OMT (*Outright Monetary Transactions*) pelo Banco Central Europeu, em 6 de Setembro de 2012, no contexto da crise sobre as dívidas soberanas<sup>49</sup>. Não obstante, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, sobretudo desde o acórdão sobre Maastricht de 12 de Outubro de 1993, contribuiu, em termos gerais, para moderar a concepção voluntarista do Tribunal de Justiça sobre o seu papel no desenvolvimento jurisprudencial do Direito da União<sup>50</sup>.

No caso do Tribunal Constitucional (*Corte Costituzionale*) italiano, a aceitação do princípio do primado e a sua interpretação em termos de aplicação preferente aponta, igualmente, para um modelo de dualismo sistémico. A aceitação dos princípios do efeito directo e do primado do Direito comunitário pelo Tribunal Constitucional italiano não foi automática e linear: o Tribunal preferia fundamentar a validade do Direito comunitário na ordem interna com base no artigo 11 da Constituição, que continha uma cláusula de recepção das normas do Direito internacional na ordem interna, configurando, portanto, a desconformidade da lei interna com o Direito comunitário com um problema de inconstitucionalidade<sup>51</sup>. Todavia, desde o acórdão *San Michele* (1965), o Tribunal Constitucional começou a resolver o problema do primado com base na ideia de dualidade de ordens jurídicas, a nacional e a comunitária<sup>52</sup>. Dizia o Tribunal que o ordenamento interno “*reconheceu o ordenamento comunitário, não para inseri-lo no seu sistema, mas para tomar operante a cooperação internacional que se encontra nos seus fins e para delimitar os casos em que a actividade que os órgãos da comunidade se encontram legitimados para desenvolver no âmbito da sua competência tem*

acórdão e os apelos a uma activação do controlo do Tribunal Constitucional Federal, cf., por todos, Karsten Schneider, «Der Ultra-vires-Maßstab im Außenverfassungsrecht», in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 139 (2014), págs. 196-256, *maxime* pág. 205 e seg.

<sup>49</sup> A este propósito, cf. Mattias Wendel, «Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy: The German Federal Court’s OMT Reference», in: *European Constitutional Law Review* 10 (2014), págs. 263-307.

<sup>50</sup> A orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça reflectiu sempre uma sensibilidade muito aguçada relativamente aos equilíbrios políticos e institucionais de que depende o projecto de integração europeia: a este propósito, cf., por todos, Karen J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, cit.

<sup>51</sup> Para uma resenha sobre as vicissitudes de tal aceitação, cf., por todos, Marta Cartabia, «The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian legal system and the European Union», in: Anne-Marie Slaughter/Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler (eds.), *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, cit., págs. 133-146.

<sup>52</sup> Acórdão *Acciaieri S. Michele vs. Ceca*, de 27 de Dezembro de 1965.

efeitos internos”. Nos casos *Frontini* (1973) e *Granital* (1984), o Tribunal Constitucional italiano reafirmou esta sua perspectiva sobre as relações entre Direito comunitário e Direito dos Estados-Membros, afirmando que são sistemas “*configurados como autónomos e distintos, ainda que coordenados*” e que os regulamentos comunitários produzem efeito na ordem jurídica italiana porquanto esta lhes reconhece a eficácia de que são providos na ordem jurídica comunitária<sup>53</sup>.

Por outro lado, o Tribunal Constitucional italiano formulou nos acórdãos *Frontini* (1973) e *Granital* (1984) uma doutrina sobre os limites de natureza constitucional ao princípio do primado do Direito da União e sobre a sindicabilidade pelo Tribunal Constitucional das leis que aprovam os Tratados Europeus, na medida em que essas leis possam comportar uma violação dos direitos fundamentais e dos princípios básicos da Constituição: essa doutrina, referida como doutrina dos “*controlimiti*”, tem muitos pontos de contacto com a doutrina “*Solange*” do Tribunal Constitucional Federal alemão<sup>54</sup>.

Um breve relance, ainda, sobre o processo de aceitação dos princípios do efeito directo e do primado pelos tribunais franceses, em particular pelo *Conseil Constitutionnel*. A validade do Direito comunitário na ordem jurídica interna começou por ser fundamentada com base no artigo 55º da Constituição, inclinando-se o *Conseil Constitutionnel* para considerar o Tratado instituindo a Comunidade Económica Europeia como um mero Tratado internacional. Os princípios do efeito directo e do primado, tal como são entendidos genericamente pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, foram sendo reconhecidos com alguma relutância<sup>55</sup>, tendo sido acolhidos pela primeira vez numa sentença do tribunal de 1ª instância de 8 de Janeiro de 1971 e num acórdão da *Cour de Cassation*, que confirmou a decisão da 1ª instância, a respeito desses que decidiram o litígio que opunha a sociedade de cafés Jacques Vabre à Administração das Alfândegas. Neste seu acórdão, a *Cour de Cassation* fundamentou o efeito directo e o primado do Direito comunitário com base no carácter autónomo da ordem jurídica comunitária. No entanto, o *Conseil d’Etat* haveria ainda de assumir atitudes de confronto aberto, contrariando a jurisprudência do Tribunal de

<sup>53</sup> Os textos destes dois acórdãos estão publicados em Maria Luísa Duarte/Pedro Delgado Alves, *União Europeia e jurisprudência constitucional dos Estados-membros*, cit., a págs. 197 e segs. e 211 e segs., respectivamente.

<sup>54</sup> Sobre a formulação da doutrina dos “*controlimiti*”, cf., por todos, Marta Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milão, 1995.

<sup>55</sup> Sobre o processo complexo de aceitação do princípio do primado pelos tribunais franceses, cf., por todos, Jens Plötner, «Report on France», in: Anne Marie Slaughter/Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler (eds.), *The European Court & National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, cit., págs. 41-75.

Justiça relativamente ao efeito directo das directivas<sup>56</sup>, ao mesmo tempo que manifestava um grande desconforto em relação às doutrinas do Tribunal de Justiça expressas nos acórdãos *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) e *Simmenthal II* (1978). Neste particular, num conjunto de três arestos emitidos durante os meses de Junho e Julho de 2004, relativos à transposição de directivas comunitárias para o Direito interno, o *Conseil Constitutionnel* viria a afirmar, se bem que de forma bastante cautelosa, a sua competência para sindicar a conformidade do Direito comunitário com o Direito constitucional francês.

Em relação à jurisprudência do Tribunal Constitucional português, pode dizer-se que ela é relativamente escassa, dando o Tribunal por assente que o conhecimento da violação das regras comunitárias não cabe na sua competência e que está sujeito à obrigação de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça quando se discute a interpretação ou validade de uma norma de Direito comunitário<sup>57</sup>. A orientação do Tribunal Constitucional português tem seguido as posições doutrinárias expostas pelo seu antigo Presidente, José Manuel Cardoso da Costa, nomeadamente a tese da autonomia da ordem jurídica comunitária e de que a validade das normas e dos actos dimanados dos órgãos comunitários só pode ser apreciada à luz do Direito comunitário<sup>58</sup>.

Vamos concluir aqui o exame da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros relativa à caracterização da ordem jurídica da União

<sup>56</sup> Cf. a decisão do Conselho de Estado de 22 de Dezembro de 1978, que opunha o Ministério do Interior a Daniel Cohn-Bendit. A factualidade subjacente era a seguinte: o dirigente das revoltas de Maio de 1968, Daniel Cohn-Bendit, tinha recebido uma ordem de expulsão de França por motivos de “ordem pública” em 24 de Maio de 1968; pretendendo, em 1975, regressar a França para aceitar um emprego que alegadamente lhe tinha sido oferecido, Cohn-Bendit requereu ao Ministro do Interior a revogação da ordem de expulsão; perante a recusa deste, interpôs recurso para os Tribunais administrativos, alegando violação do artigo 48º do Tratado da Comunidade Económica Europeia (livre circulação de trabalhadores) e, em particular, da Directiva 64/221; o Tribunal Administrativo fez um reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça e suspendeu a instância até à pronúncia do Tribunal de Justiça, o que configurava um reconhecimento implícito de que o recorrente podia invocar a Directiva e os efeitos dela decorrentes. Para um comentário a este acórdão, cf., entre nós, José Manuel Caseiro Alves, «Sobre o possível “efeito directo” das directivas comunitárias (a propósito do acórdão “Cohn-Bendit” do Conselho de Estado Francês)», in: *Revista de Direito e Economia IX* (1983), págs. 195-220.

<sup>57</sup> Cf., por todos, Maria Helena Brito, «Relações entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional: desenvolvimentos recentes no direito português», cit., que refere a propósito os Acórdãos n.ºs 621/98 e 163/90.

<sup>58</sup> Cf. J. M. Cardoso da Costa, «O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», in: *Ab Uno ad Omnes. 75 anos da Coimbra Editora (1920-1995)*, Coimbra, 1998., págs. 1363-1380. Reafirmando esta mesma linha de considerações, cf., por último, José Manuel M. Cardoso da Costa, «Fiscalização abstracta da constitucionalidade e direito da União Europeia», in: *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Coimbra, 2015, págs. 473-481.

e à conexão da ordem jurídica da União com as ordens jurídicas dos Estados-Membros. Justificar-se-ia, no entanto, investigar os fenómenos de “*cross-fertilization*” entre as orientações dos Tribunais Constitucionais e do Tribunal de Justiça<sup>59</sup>, nomeadamente na interpretação do princípio do primado como aplicação preferente e não em termos de supremacia normativa, interpretação que o Tribunal de Justiça parece, igualmente, acolher<sup>60</sup>. Do exame de toda esta jurisprudência parece-nos legítimo inferir cinco teses fundamentais: *i*) a tese da autonomia da ordem jurídica da União; *ii*) a tese da natureza derivada da ordem jurídica da União; *iii*) a tese da existência de limites constitucionais à própria limitação de soberania que os ordenamentos nacionais aceitam; *iv*) a tese segundo a qual o princípio da atribuição é condição de funcionamento dos princípios do efeito directo e do primado; *v*) a tese segundo a qual o princípio do primado do Direito da União deve ser interpretado não em termos de supremacia de validade (*Geltungsvorrang*), mas em termos de prevalência de aplicação (*Anwendungsvorrang*) ou aplicação preferente, isto é: a incompatibilidade entre a norma de Direito interno e o Direito da União tem como consequência a sua não aplicação pelo tribunal nacional no caso individual objecto de litígio e não a determinação da sua invalidade.

Estas teses têm como elemento unificador a compreensão do processo da integração jurídica europeia com base no princípio da atribuição: o fundamento da autonomia do Direito da União está na atribuição de competências por parte dos Estados-Membros. Isto significa que a caracterização da ordem jurídica da União como ordem jurídica derivada e o alcance dos princípios do efeito directo e do primado carecem ser melhor esclarecidos em conjugação com a análise do fundamento e das categorias e domínios de competência da União, em particular em conjugação com o princípio da legalidade da competência ou “princípio da autorização individual limitada” (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*).

<sup>59</sup> Sobre este “diálogo” interinstitucional como forma de promoção de uma integração jurídica transnacional, cf., do ponto de vista da ciência política, Karen Alter, «Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration», in: Anne-Marie Slaughter/Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler (eds.), *The European Court & National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, cit. págs. 227-252.

<sup>60</sup> Cf., por último, o acórdão *Ministero delle Finanze vs. IN. CO.GE 90* (1998), que afirma expressamente que “*não pode deduzir-se que a incompatibilidade com o Direito comunitário de uma norma de Direito nacional posterior tenha como efeito determinar a inexistência desta*”. Esta interpretação do alcance do princípio do primado marca claramente a sua diferença perante o princípio federal segundo o qual a incompatibilidade da norma estadual com o Direito da Federação tem como consequência a sua invalidade (*Bundesrecht bricht Landesrecht*).

### 3. O sistema de competências da União e o alcance dos princípios do efeito directo e do primado

O critério fundamental que preside à repartição de competências entre os Estados-Membros e a União é o de que os Estados-Membros dispõem de uma “competência plena” (*Allzuständigkeit*) e a União de uma “competência de atribuição”. Este critério está expressamente consagrado no artigo 4.º do Tratado da União Europeia (TUE), que estabelece que “(...) as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros”. O n.º 1 do artigo 5º acrescenta que “A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. O n.º 3 do artigo 5º esclarece melhor o alcance do princípio da subsidiariedade, dizendo: “*Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União*”. O Tratado da União Europeia (TUE) e, em especial, o Protocolo relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia e o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade estabeleceram as bases jurídicas do controlo da subsidiariedade e da proporcionalidade pelos Parlamentos nacionais no quadro do processo legislativo ordinário. Também o n.º 2 do artigo 13º do Tratado da União Europeia (TUE) dá expressão ao chamado princípio da legalidade da competência ou “princípio da autorização individual limitada” (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*), estabelecendo que “*Cada instituição actua dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas pelos Tratados, de acordo com os procedimentos, condições e finalidades que estes estabelecem. As instituições mantêm entre si uma cooperação leal*”.

Por sua vez, o título I (artigos 2.º e 6.º) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) define as categorias e os domínios de competência da União. O artigo 2.º estabelece três categorias de competências: *i*) competências exclusivas; *ii*) competências partilhadas; *iii*) competências de apoio – definindo o artigo 3º os domínios em que a União dispõe de competência exclusiva<sup>61</sup>. É evidente que o sistema de repartição de competências entre a União e os Estados-Membros tem sido “flexibilizado”, nomeadamente por via

<sup>61</sup> Sobre o sistema de competências da União estabelecido no Tratado de Lisboa, cf., entre nós, por todos, Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, 2.ª edição, Coimbra, 2017, pág. 347 e segs.

da doutrina dos poderes implícitos desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, e que tal “flexibilização” pode enfraquecer o princípio da legalidade da competência ou “princípio da autorização individual limitada” (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*)<sup>62</sup>. Mas, em tese geral, os Tratados Europeus subordinam-se ao “princípio da autorização individual limitada” (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*), consagrado nos n.ºs 1 e 2 do artigo 5º e no n.º 2 do artigo 13.º do Tratado da União Europeia (TUE), como fundamento do Direito da União<sup>63</sup>.

A este propósito, há que referir a minuciosa – e “defensiva” – jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, nomeadamente no seu acórdão de 12 de Outubro de 1993, relativo à compatibilidade do Tratado de Maastricht com a Lei Fundamental alemã. Nesse aresto, de conteúdo doutrinal muito rico, diz o Tribunal: “O art. 38.º é violado se uma lei oferece a possibilidade de aplicação imediata do Direito – supranacional – das Comunidades Europeias na ordem jurídica alemã, sem estabelecer em termos suficientemente precisos quais os direitos que serão transferidos e qual o programa de integração que pretende (...). Se não foi estabelecido em que âmbito e em que medida o legislador alemão aprovou a transferência do exercício dos direitos de soberania, as Comunidades Europeias têm a possibilidade de assumir tarefas e competências que não foram especificamente indicadas. Isto equivaleria a uma autorização geral e seria uma renúncia que o art. 38.º da Lei Fundamental impede”<sup>64</sup>.

De acordo com esta linha geral de orientação, Dieter Grimm previne contra o enfraquecimento do princípio da legalidade da competência por via da interpretação dos Tratados desenvolvida pela Comissão e pelo Tribunal de Justiça, em conformidade com a sua doutrina da interpretação “teleológica” do Direito da União. Diz Dieter Grimm: “A tendência para uma erosão subreptícia das competências legislativas estaduais é reforçada pelo modo de distribuição vertical de competências. Ao contrário dos Estados federais, a distribuição de competências legislativas é feita na União não em relação a matérias, mas de acordo com um critério teleológico. O objectivo, o estabelecimento e manutenção do Mercado Comum, opera em termos de

<sup>62</sup> Sobre a doutrina dos poderes implícitos, cf., entre nós, por todos, Maria Luísa Duarte, *A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*, cit.

<sup>63</sup> Sobre as cautelas do Tratado de Lisboa na salvaguarda das competências dos Estados-Membros, cf. Graça Enes, *Unidade e Diferenciação no Direito da União Europeia*, cit., maxime pág. 89 e segs.

<sup>64</sup> Citamos com base no texto do acórdão publicado em Maria Luísa Duarte/Pedro Delgado Alves, *União Europeia e jurisprudência constitucional dos Estados-Membros*, cit., pág. 313. Para uma crítica à estrutura conceptual subjacente a este acórdão e à postura “defensiva” que representa em matéria de aprofundamento da integração europeia, cf., por todos, Ulrich Everling, «Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Bedeutung für die Entwicklung der Europäischen Union», agora in: Ulrich Everling, *Untenwegs zur Europäischen Union. Ausgewählte Aufsätze 1985-2000*, Baden-Baden, 2001, págs. 104-116.

*diluição de fronteiras*”<sup>65</sup>. Por isso, o “princípio da autorização individual limitada” (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*) deve ser um princípio norteador da interpretação e aplicação dos Tratados.

Está bem de ver que o arrimo ao princípio da legalidade da competência ou “princípio da autorização individual limitada” (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*) e a competência reivindicada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no seu acórdão sobre Maastricht, de 12 de Outubro de 1993, para “(...) apreciar se actos jurídicos das instituições e órgãos europeus respeitam os limites dos poderes soberanos que lhes são conferidos, ou se os extravasam” são geradores de um potencial conflito de jurisdições com o Tribunal de Justiça, que entende que lhe estão reservadas a apreciação da validade dos actos jurídicos dos órgãos da União e, conseqüentemente, a aferição sobre se tais actos se mantêm ou não dentro das competências que lhes foram atribuídas, mesmo que a invalidade tenha sido suscitada perante um órgão jurisdicional nacional<sup>66</sup>.

Nos termos da alínea b) do artigo 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), é o Tribunal de Justiça da União Europeia que é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, os órgãos ou os organismos da União. Dá-se, assim, cumprimento ao estabelecido no n.º 1 do artigo 19º do Tratado da União Europeia (TUE), segundo o qual “O Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados”. Cabe, portanto, ao Tribunal de Justiça da União Europeia, no exercício da sua competência de decisão a título prejudicial, verificar se foi observado o princípio da legalidade da competência ou “princípio da autorização individual limitada” (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*). Mas já caberá aos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros proceder ao controlo da conformidade da transferência de poderes para a União com as respectivas Constituições – a Constituição da República Portuguesa oferece um parâmetro para a conformidade dessa transferência de poderes no n.º 6 do seu artigo 7.º.

Se os princípios do efeito directo e do primado têm de ser interpretados e aplicados em conjugação com o n.º 1 do artigo 4º do Tratado da União Europeia (TUE), a apreciação sobre a conformidade a esse preceito incumbe ao

<sup>65</sup> Cf. Dieter Grimm, «Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», cit., pág. 175. Sobre a centralidade do elemento teleológico na doutrina interpretativa do Tribunal de Justiça, cf., entre nós, Graça Enes, *Unidade e Diferenciação no Direito da União Europeia*, cit., maxime pág. 61 e segs.

<sup>66</sup> É esta a doutrina afirmada no acórdão *Foto-Frost*, de 22 de Outubro de 1987 – excertos deste acórdão do Tribunal de Justiça estão publicados em Miguel Moura e Silva, *Direito da União Europeia. Jurisprudência Essencial*, cit., a págs. 584 e segs.



Tribunal de Justiça da União Europeia, o que pode dar origem a uma dinâmica centrípeta de erosão das competências dos Estados-Membros por via de uma leitura ampliativa do sistema de competências da União. A ser assim, poderíamos estar a confrontar-nos com uma verdadeira alteração por via interpretativa dos Tratados e do sistema de competências neles consagrado – como previne Dieter Grimm, poderíamos deparar “(...) com modificações decisivas do programa de integração não por via da modificação dos Tratados, mas através da interpretação e aplicação dos Tratados pela Comissão e pelo Tribunal de Justiça, ou seja, sem intervenção quer dos Estados-Membros quer dos órgãos políticos da União Europeia, mas pelos atalhos administrativos e jurisdicionais”<sup>67</sup>.

Feitas estas considerações, voltemos à análise da credenciação dos princípios do efeito directo e do primado na Constituição da República Portuguesa. O n.º 4 do artigo 8.º da CRP estabelece como condições de funcionamento desses princípios: *i*) o respeito pelo princípio da legalidade da competência ou “princípio da autorização individual limitada” (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*); *ii*) o respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático, como núcleo inalienável da identidade constitucional. Se em relação ao primeiro princípio somos do entendimento que somente o Tribunal de Justiça da União Europeia tem competência para o escrutínio do seu cumprimento, já em relação ao segundo parece-nos evidente que se trata de matéria constitucional, cabendo, portanto, a sua apreciação ao Tribunal Constitucional<sup>68</sup>.

Dados os valores fundamentais em que assenta a União – cf. o artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE) –, não é de conjecturar que da salvaguarda da identidade constitucional nacional venha a surgir, na prática, um conflito de jurisdições entre o Tribunal Constitucional e o Tribunal de Justiça da União. Estamos, antes, perante uma afirmação de reserva normativa nacional, que, dadas as circunstâncias, tem mais ressonância política do que consequências práticas efectivas.

O desiderato de aplicação uniforme do Direito da União, como a sua verdadeira “exigência existencial”, que os princípios do efeito directo e do primado visam assegurar, requer, no plano processual, um *self-restraint* tanto

<sup>67</sup> Cf. Dieter Grimm, «Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», cit., pág. 174. Num sentido semelhante, cf., entre nós, Maria Luísa Duarte, «O Tratado de Lisboa e o teste da “Identidade Constitucional” dos Estados-Membros – Uma Leitura Prospectiva da Decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 30 de Junho de 2009», cit.

<sup>68</sup> Neste sentido, cf. J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, 2007, pág. 269.

aos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros, que devem fazer uso do mecanismo do reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça sempre que se trate de questões sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, os órgãos ou organismos da União – tal como determina a alínea b) do artigo 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) – como às instituições, os órgãos e organismos da União, que se devem ater ao princípio da legalidade da competência ou “princípio da autorização individual limitada” (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*) e abdicar de uma interpretação expansiva dos seus poderes<sup>69</sup>.

O exame das relações entre a ordem jurídica da União e a ordem jurídica dos Estados-Membros remete-nos ainda para um outro plano de análise, relativo ao papel dos tribunais nacionais dos Estados-Membros como tribunais descentralizados da União, uma vez que a União não dispõe de uma ordem jurisdicional completa própria. Tal põe em evidência, uma vez mais, que as relações entre a ordem jurídica da União e a ordem jurídica dos Estados-Membros são reguladas por um princípio de coordenação e não por um princípio de hierarquia.

#### 4. Os tribunais nacionais e a ordem jurídica da União

Sendo uma missão essencial do Tribunal de Justiça garantir a interpretação e a aplicação uniformes do Direito da União e cabendo aos tribunais e às administrações nacionais a aplicação do Direito da União na ordem interna dos Estados-Membros, o reenvio prejudicial constitui no plano processual e jurisdicional o instrumento fundamental de coordenação entre a ordem jurídica da União e a ordem jurídica dos Estados-Membros<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Esta linha de actuação parece ser, no estágio actual de desenvolvimento institucional da União Europeia, a mais adequada para evitar a proliferação de conflitos normativos e de jurisdição. Algumas soluções institucionais têm sido sugeridas ao nível da doutrina, como, por exemplo, a criação de um Tribunal de Revista Europeu ou de um Tribunal Europeu de Conflitos.

<sup>70</sup> Sobre as origens e o regime do reenvio prejudicial, cf., entre nós, José Carlos Moitinho de Almeida, *O Reenvio Prejudicial Perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra, 1992; Paulo Jorge Canelas de Castro, «O Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Integração através da Cooperação de Juízes», in: *Temas de Integração*, 2.º vol. (1997), págs. 101-158; Inês Quadros, *A Função Subjectiva da Competência Prejudicial no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra, 2006; Francisco Pereira Coutinho, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia: O Caso Português*, cit., *maxime* pág. 104 e segs.; Ana Maria Guerra Martins, *Manual do Direito da União Europeia*, 2ª edição, cit., pág. 570 e segs.; Maria Luísa Duarte, *Direito do Contencioso da União Europeia*, Lisboa, 2017, pág. 107 e segs.

Do ponto de vista processual, o reenvio prejudicial deve ser qualificado como um incidente processual e não como um recurso: o processo continua submetido ao órgão jurisdicional nacional e nele pendente até à questão suscitada perante ao Tribunal de Justiça ser por este respondida<sup>71</sup>. A “natureza” e o funcionamento do mecanismo do reenvio prejudicial mostram bem que o Tribunal de Justiça não foi configurado nos Tratados institutivos como um Supremo Tribunal, como uma instância última de recurso<sup>72</sup>. No acórdão *Wünsche Handelsgesellschaft*, de 22 de Outubro de 1986 – conhecido como *Solange II* –, o Tribunal Constitucional Federal alemão defendeu que o mecanismo do reenvio prejudicial opera uma integração funcional parcial do Tribunal de Justiça no processo nacional dentro do âmbito de competência que lhe é atribuída com carácter exclusivo. Do mesmo modo, se considerarmos que a competência exclusiva do Tribunal de Justiça abrange tanto os processos instaurados pelas instituições da União como as questões prejudiciais, concluímos que o Tribunal de Justiça não é um simples Tribunal Internacional destinado a vigiar o cumprimento dos Tratados, pois o reenvio prejudicial representa um acesso indirecto dos particulares à jurisdição da União<sup>73</sup>.

No que diz respeito ao nosso tema, a articulação entre o Direito da União Europeia e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros, a “natureza” e o funcionamento do reenvio prejudicial reforçam a ideia, usando as palavras de Rui Manuel Moura Ramos, de uma “(...) *autonomia da ordem jurídica comunitária no seu relacionamento com as ordens jurídicas dos Estados-Membros e os seus princípios estruturantes*”<sup>74</sup>. Ao Tribunal de Justiça incumbe, no exercício da sua competência de decisão a título prejudicial, assegurar a coordenação entre a ordem jurídica da União e o Direito interno – mas essa coordenação tem uma natureza completamente diversa da do recurso hierárquico. Se atentarmos, de novo, no “mandato” conferido aos juízes nacionais para desaplicarem as normas de Direito interno incompatíveis com o Direito da União – mesmo as normas de hierarquia constitucional, tal como decorre da jurisprudência *Simmenthal II* (1978) – e em todo o sistema de aplicação descentralizada (pelos tribunais

<sup>71</sup> Sobre a classificação do reenvio prejudicial como incidente processual, cf., entre nós, por todos, Francisco Pereira Coutinho, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia: O Caso Português*, cit., *maxime* pág. 108 e a jurisprudência do Tribunal de Justiça aí referida.

<sup>72</sup> Sobre a configuração da competência do Tribunal de Justiça para decidir a título prejudicial no domínio dos Tratados CEE e CEEA, cf., entre nós, por todos, José Carlos Moutinho de Almeida, *O Reenvio Prejudicial Perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, cit., *maxime* pág. 9 e segs.

<sup>73</sup> Sobre esta função subjectiva do reenvio prejudicial, cf., entre nós, por todos, Inês Quadros, *A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, cit.

<sup>74</sup> Cf. Rui Manuel Moura Ramos, «Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», in: Rui Manuel Moura Ramos, *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra, 2013, págs. 337-343, pág. 343.

nacionais) do Direito da União, vemos emergir, uma vez mais, os traços de uma estrutura normativa e jurisdicional pluralista e não hierárquica que caracteriza o processo de integração jurídica europeia.

Bem entendido que os sistemas jurídicos são “objectos conceptuais” (*thought-objects*) que servem para tornar mais inteligíveis certas práticas institucionais. No caso vertente, somos de opinião que um quadro geral de pluralismo sistémico é mais adequado para caracterizar o estágio actual do processo de integração europeia do que as construções monistas de pendor federalista, que tendem a configurar os Tratados institutivos como a “Constituição” da União e o Tribunal de Justiça como o seu Tribunal Constitucional e a conceber o princípio do primado do Direito da União em termos de supremacia normativa, ao jeito federal (*Bundesrecht bricht Landesrecht*). Num outra linha de raciocínio, há que esclarecer que este quadro geral de pluralismo sistémico nada tem a ver com o paradigma hoje tão difundido de “pluralismo jurídico”, como alternativa ao paradigma “estadualista” de criação do Direito<sup>75</sup> – muito pelo contrário: toda a nossa linha de argumentação no sentido de apresentar a ordem jurídica da União Europeia como uma ordem jurídica autónoma e derivada enquadra-se num paradigma “estadualista” de Direito e tem na base a constatação de que, no estágio actual da construção europeia, o Estado nacional continua a ser a forma mais intensa de associação política.

<sup>75</sup> Para uma defesa deste paradigma “pós-estadualista” do Direito, cf., entre nós, por todos, António Manuel Hespanha, *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, São Paulo, 2013.

# O Contrato de Gestão de Carteira

PROF. DOUTOR JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

SUMÁRIO: I – Aspectos Gerais: 1. Breve Noção; 2. Sentido e Função Económica; 3. Modalidades e Figuras Afins: 3.1. Modalidades Fundamentais; 3.2. Figuras Afins; 4. Fontes: 4.1. Autonomia Privada; 4.2. Direito Português: 4.2.1. Normas Jurídico-Financeiras; 4.2.2. Normas Jurídico-Societárias; 4.2.3. Normas Jurídico-Civis e Comerciais; 4.3. Direito Europeu e Comparado: 4.3.1. Direito Europeu; 4.3.2. Direito Comparado; 4.4. Regras Deontológicas; 5. Características: 5.1. Contrato Típico; 5.2. Contrato Mercantil; 5.3. Contrato Sinalagmático, Oneroso e Formal; 5.4. Contrato de Adesão; 5.5. Contrato Aleatório; 5.6. Contrato Duradouro e Fiduciário. II – Regime Jurídico: 1. Sujeitos do Contrato: 1.1. Cliente; 1.2. Gestor; 2. Objeto do Contrato: 2.1. Objeto Imediato: A Administração de Bens Alheios; 2.2. Objeto Mediato: O “Património Financeiro”; 3. Estrutura e Conteúdo do Contrato: 3.1. Gestão de Carteira: Sua Estrutura Triangular; 3.2. Gestão de Carteira: Conteúdo e Características: 3.2.1. O Contrato de Gestão como Mandato Mercantil; 3.2.2. Características Específicas; 4. Efeitos do Contrato: 4.1. Obrigações do Gestor: 4.1.1. Dever de Execução da Gestão; 4.1.2. Dever de Execução das Instruções do Cliente; 4.1.3. Dever de Diligência; 4.1.4. Dever de Informação; 4.1.5. Outros Deveres; 4.2. Obrigações do Cliente: 4.2.1. Dever de Remuneração; 4.2.2. Outros Deveres; 5. Vicissitudes do Contrato: 5.1. Formação do Contrato: 5.1.1. Fase Pré-Contratual; 5.1.2. Condições Contratuais Gerais; 5.2. Cumprimento do Contrato: 5.2.1. Responsabilidade Civil; 5.2.2. Pressupostos; 5.2.3. Limitação e Exclusão; 5.3. Extinção do Contrato: 5.3.1. Modalidades Comuns; 5.3.2. Modalidades Especiais.

## I – Aspectos Gerais

### 1. Breve Noção

I. O contrato de gestão de carteira (“investment management service”, “Finanzportfolioverwaltungsvertrag”, “gestion de portefeuille”, “gestione di portafogli d’investimento”, “gestión de cartera de inversión”) pode ser definido como

*O Direito 151.º (2019), III, 477-535*

o contrato pelo qual uma pessoa, singular ou coletiva (cliente ou investidor), contra o pagamento de uma remuneração (comissão de gestão), confia a administração de um património financeiro de que é titular (constituído por instrumentos financeiros) a um intermediário financeiro (denominado gestor) com vista à respetiva rentabilização.<sup>1-2</sup>

## 2. Sentido e Função Económica

I. Os instrumentos financeiros – incluindo os valores mobiliários (v.g., ações, obrigações, unidades de participação, “warrants”, etc.), os derivados (v.g., futuros, opções, “swaps”, “forwards”, derivados de crédito, etc.), e os instrumentos do mercado monetário (v.g., obrigações de caixa, papel comercial, etc.) – representam ativos ou bens juscomerciais que conferem aos seus titulares um conjunto de direitos de natureza muito heterogénea (organizativa, económica, creditícia, real) suscetíveis de negociação no mercado de capitais<sup>3</sup>. Dado que a conservação e a rentabilização desses instrumentos cria para o respetivo titular a incontornável necessidade de assegurar uma gestão permanente e dinâmica dos referidos direitos no quadro dos seus mercados próprios de

<sup>1</sup> Sobre a figura, vide AFONSO, A. Isabel, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Deveres e Responsabilidades do Intermediário Financeiro*, in: AAVV, “Jornadas – Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira”, 55-86, Almedina, Coimbra, 2007; FRADA, M. Carneiro, *Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito vs. Contratos de Gestão de Carteira*, in: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia”, 453-503, Almedina, Coimbra, 2010; GONZALEZ, P. Boullosa, *Gestão de Carteiras – Deveres de Informação*, in: 30 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2008), 147-166; GUINÉ, O. Vogler, *Do Contrato de Gestão de Carteira e do Exercício de Direito de Voto: OPA Obrigatória, Comunicação de Participação Qualificada e Imputação de Direitos de Voto*, in: “Direito dos Valores Mobiliários”, vol. VIII, 151-181, Coimbra Editora, Coimbra, 2008; LEITÃO, A. Menezes, *O Contrato de Gestão de Carteiras*, in: 51 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2015), 109-121; MASCARENHAS, M. Vaz, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Natureza, Conteúdo e Deveres*, in: 13 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2002), 109-128; MOREIRA, T. Correia, *O Escrutínio da Discricionariedade do Intermediário Financeiro no Âmbito de Contratos de Gestão de Carteira*, in: “Estudos de Advocacia em Homenagem a Vasco Vieira de Almeida”, 139-194, Almedina, Coimbra, 2017; SOUSA, R. Duarte, *Cessão de Créditos de Comissões de Gestão de Carteiras de Valores Mobiliários*, in: 12 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2001), 155-158.

<sup>2</sup> A literatura estrangeira sobre figuras idênticas ou congêneres é vasta. Apenas para citar algumas obras de referência, vide BENICKE, Christoph, *Wertpapiervermögensverwaltung*, Mohr, Tübingen, 2006; BOURIN, Philippe, *La Gestion de Portefeuille*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2009; COSSU, Monica, *La “Gestione di Portafogli di Investimento” tra Diritto dei Contratti e Diritto dei Mercati Finanziari*, Giuffrè, Milano, 2002; HERMIDA, A. Tapia, *El Contrato de Gestión de Carteras de Inversión*, CDB, Madrid, 1995.

<sup>3</sup> Sobre a noção e os tipos de instrumentos financeiros, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Os Instrumentos Financeiros*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.

negociação (“maxime”, mercado organizado e mercado de balcão), tornou-se frequente verificar que os titulares de carteiras de instrumentos financeiros – seja pela falta da preparação técnica ou disponibilidade necessárias, seja pelo próprio volume ou heterogeneidade da composição da carteira – se mostram incapazes de levar a cabo pessoalmente tão complexa tarefa.<sup>4</sup>

II. O contrato de gestão de carteira representa justamente – de entre várias outras alternativas disponíveis (fundos de investimento mobiliário, clubes de investimento, etc.)<sup>5</sup> – um mecanismo destinado a ultrapassar essa dificuldade, graças ao qual um indivíduo ou organização, desejosos de investir numa carteira ou “portfolio” de instrumentos financeiros, confiam a sua gestão a uma entidade legalmente habilitada à prestação profissional desse tipo de serviço de intermediação financeira, mandatando esta para a prática dos atos de conservação e de disposição necessários ou convenientes à administração dessa carteira. Como sintetizam Hubert VAUPLANE e Jean-Pierre BORNET, “la gestion de portefeuille résulte du souhait du client de se décharger de la gestion de ses actifs pour les confier à un professionnel”.<sup>6</sup>

### 3. Modalidades e Figuras Afins

#### 3.1. Modalidades Fundamentais

I. O cliente, titular de uma carteira de instrumentos financeiros, que decida confiar a um terceiro a sua administração profissionalizada e personalizada pode optar, essencialmente, entre duas modalidades de gestão principais: a gestão assistida e a gestão discricionária.<sup>7-8</sup>

<sup>4</sup> Para uma perspetiva económica, em especial dos modelos e avaliação de desempenho destas carteiras, vide NEVES, M. Elisabete/ QUELHAS, A. Paula, *Carteiras de Investimento: Gestão e Avaliação de Desempenho*, Almedina, Coimbra, 2013.

<sup>5</sup> Para uma ilustração destas figuras afins, alternativas à gestão de carteira, vide I – 3.2.

<sup>6</sup> *Droit des Marchés Financiers*, 801, Litec, Paris, 1998.

<sup>7</sup> Sobre estas modalidades, LEITÃO, A. Menezes, *O Contrato de Gestão de Carteiras*, cit., 111 e ss.; MASCARENHAS, M. Vaz, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Natureza, Conteúdo e Deveres*, cit., 118.

<sup>8</sup> Dada a plasticidade que é própria de um serviço de intermediação financeira personalizado, trata-se obviamente de modalidades que mais não representam do que os polos extremos de um longo espectro de configurações operacionais intermédias. Neste sentido também, na Alemanha (distinguindo entre os “Anlageberatungsverträge” e os “Vermögensverwaltungsverträge”), vide SCHWINTOWSKY, Hans-Peter/ SCHÄFER, Frank, *Bankrecht*, 846 e s., Carl Heymanns, Köln, 1997; em Espanha (distinguindo entre os “contratos de gestión asesorada” e os “contratos de gestión discrecional”), vide

II. Os *contratos de gestão assistida* (“investment advisory service”, “Anlageberatung”, “gestión asesorada”, “gestion conseillée”) são aqueles nos quais o gestor da carteira se limita a aconselhar ao cliente as operações a realizar no plano da administração da mesma e a executá-las na sequência de instruções prévias e expressas deste último<sup>9</sup>. A nota distintiva desta modalidade consiste assim, por conseguinte, na circunstância de o poder de gestão da carteira radicar no próprio cliente, circunscrevendo-se a intervenção do gestor a uma mera atividade de depósito e custódia dos instrumentos, de consultoria de investimento, e de execução material das ordens de compra e venda emitidas pelo cliente<sup>10</sup>. Nesta modalidade, o contrato de gestão de carteira aproxima-se muito da figura do *contrato de consultoria para investimento* (“conseil en investissements financiers”, “consulenza di investimento”), previsto no artigo 294.º do CVM.<sup>11</sup>

III. Os *contratos de gestão discricionária* (“management investment service”, “Vermögensverwaltungvertrag”, “gestión discrecional”, “gestion déléguée”) caracterizam-se, em contraposição, por serem aqueles nos quais o gestor da carteira goza dos mais amplos poderes de administração da mesma, encontrando-se mandatado para efetuar livre e discricionariamente as operações que considere necessárias ou convenientes à mesma, sem necessidade de acordo ou aviso prévio ao cliente: o traço distintivo é agora, assim, a ampla liberdade de

HERMIDA, A. Tapia, *El Contrato de Gestión de Carteras de Inversión*, 92 e ss., CDB, Madrid, 1995; em França (distinguindo entre os “contrats de gestion conseil” e os “contrats de gestion intégrale”), vide VERDOT, René, *Remarques sur le Contrat dit de Gestion de Portefeuille*, 878 e s., in: AAVV, “Dix Ans du Droit de l’Entreprise”, 871-901, Litec, Paris, 1978.

<sup>9</sup> Esta fórmula negocial apresenta vantagens evidentes para o cliente – designadamente, a assessoria técnica das suas decisões de investimento por especialistas e o controlo direto da administração do seu património financeiro, reduzindo assim os riscos de uma gestão alheia abusiva por parte do gestor ao fazer depender do seu acordo prévio toda e qualquer operação relativa ao mesmo –, embora também comporte alguns inconvenientes – tais como a diminuição da flexibilidade e dinamismo da gestão da carteira (dependente que fica da iniciativa do próprio cliente) e a externalização para o cliente dos riscos das decisões de investimento prejudiciais e negligentes.

<sup>10</sup> Nas palavras de Hubert VAUPLANE e Jean-Pierre BORNET, “l’intermédiaire oriente son client sans se substituer à lui” (*Droit des Marchés Financiers*, 271, Litec, Paris, 1998).

<sup>11</sup> Não falta assim quem considere que o “contrato de gestão assistida” representará uma mera modalidade do contrato de consultoria, reservando a qualificação de contrato de gestão de carteira exclusivamente para aqueles negócios em que o gestor tenha sido investido em genuínos poderes discricionários de gestão: neste sentido, vide HERMIDA, A. Tapia, *Contratos Bancarios de Depósito, Administración, Llevanza del Registro Contable y Gestión de Valores*, 1038, in: Carol, U. Nieto (dir.), “Contratos Bancarios y Parabancarios”, 1003-1059, Lex Nova, Valladolid, 1998.



atuação do gestor no que concerne à administração da carteira<sup>12</sup>. Esta modalidade contratual é compatível com a existência de instruções genéricas do cliente relativamente à política geral de administração da carteira (designadamente, os objetivos estratégicos da gestão, v.g., conservação ou especulação, ou a composição da carteira, v.g., seleção dos tipos de instrumentos financeiros elegíveis) ou mesmo, nos termos previstos no contrato, de instruções concretas relativamente a determinadas decisões de investimento (por exemplo, autorizações prévias de compra ou de venda relativas a determinado tipo de instrumento ou superiores a determinado montante). Ponto é – e aqui reside a especificidade desta modalidade de contrato de gestão de carteira – que o gestor, dentro do quadro das orientações genéricas ou no respeito das eventuais instruções pontuais do cliente, seja titular de um poder de livre iniciativa e de atuação discricionária relativamente aos atos de gestão que tenham por objeto os instrumentos financeiros integrados na respetiva carteira, sem necessidade de prévio aviso, consulta ou consentimento daquele<sup>13</sup>. Esta modalidade parece ter sido aquela que foi acolhida pelo legislador português no CVM (artigos 335.º e 336.º) e nas leis financeiras (artigo 1.º da LSGP) que se referem à figura do “*contrato de gestão de carteira*”.

### 3.2. Figuras Afins

I. Como já mais atrás foi sugerido, o contrato de gestão de carteira representa um importante, embora não único, mecanismo que permite aos atuais ou futuros investidores em instrumentos financeiros ultrapassarem as limitações técnicas e pessoais da sua administração profissional. Com efeito, o investidor

<sup>12</sup> De novo, esta modalidade negocial possui igualmente vantagens e desvantagens do ponto de vista do cliente investidor: é que se, por um lado, ela permite a este libertar-se do ónus da administração da carteira (já que é agora ao gestor que cabe o dever de iniciativa relativamente aos atos de conservação e disposição dos instrumentos integrados na mesma), por outro, ela potencia o surgimento de conflitos de interesses entre cliente e gestor, transferindo ademais para o primeiro os riscos decorrentes de uma gestão ineficiente desse seu património, ressalvados naturalmente os casos de responsabilidade contratual do último por execução negligente da prestação gestória.

<sup>13</sup> Sobre a discricionariedade como traço característico da gestão de carteiras, vide *infra* II – 3.2.2. Noutros ordenamentos, fala-se por isso também a este propósito de “mandato sin acuerdo previo” (HERMIDA, A. Tapia, *El Contrato de Gestión de Carteras de Inversión*, 93, CDB, Madrid, 1995), “sans accord préalable” (VERDOT, René, *Remarques sur le Contrat dit de Gestion de Portefeuille*, 879, in: AAVV, “Dix Ans du Droit de l’Entreprise”, 871-901, Litec, Paris, 1978), ou “ohne vorherige Einholung von Weisungen oder Zustimmung des Depotsinhabers” (SCHWINTOWSKY, Hans-Peter/ SCHÄFER, Frank, *Bankrecht*, 847, C. Heymanns, Köln, 1997).

que, por qualquer razão (impreparação técnica, carência informativa, falta de tempo, volume do investimento), não esteja em condições de assegurar de modo autónomo a gestão dos seus investimentos neste tipo de instrumentos, pode hoje, em alternativa, recorrer a vários outros equivalentes funcionais: tal é o caso, para além dos já referidos contratos de consultoria de investimento (artigo 294.º do CVM), dos fundos de investimento mobiliário, dos clubes de investidores, dos depósitos de títulos em administração, e das ordens de investimento em instrumentos financeiros.

II. O *contrato de consultoria para investimento* (“investment advisory agency”, “Anlageberatung”, “conseil en investissements financiers”, “consulenza di investimento”), previsto e regulado no artigo 294.º do CVM, é um contrato celebrado entre um intermediário financeiro ou um consultor em investimento mobiliário (consultor) e um cliente (consulente ou investidor) através do qual o primeiro se obriga perante o último, mediante remuneração, à prestação de um aconselhamento personalizado relativo a transações respeitantes a instrumentos financeiros.<sup>14</sup>

III. Os *fundos de investimento mobiliário* (“investment funds”, “Investment-fonds”, “fonds de placement”, “fondi comuni di investimento”), previstos e regulados pelo “Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo” (doravante RGOIC), são patrimónios coletivos formados através das contribuições de um conjunto de participantes e administrados por uma sociedade gestora que, segundo um princípio de diversificação de risco, efetua investimentos em instrumentos financeiros por conta e no interesse desses participantes.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Sobre a figura, vide VALE, A. Lucena, *Consultoria para Investimento em Valores Mobiliários*, in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, vol. V, 343-403, Coimbra Editora, Coimbra, 2004. Noutros quadros, STAFFLAGE, Axel, *Die Anlageberatung der Banken*, E. Schmidt, Berlin, 1999.

<sup>15</sup> TOMÉ, M. João, *Fundos de Investimento Mobiliário Abertos*, Almedina, Coimbra, 1997; VEIGA, A. Brandão, *Fundos de Investimento Mobiliário e Imobiliário*, 409 e ss., Almedina, Coimbra, 1999. A diferença fundamental entre o contrato de gestão de carteira e um fundo de investimento mobiliário gravita assim em torno da distinção entre *gestão individualizada* e *gestão coletiva* de carteiras de investimento: ao passo que o primeiro mecanismo, pensado sobretudo para o médio e o grande investidor, visa assegurar uma administração personalizada e individual do respetivo espólio financeiro, o último constitui um veículo coletivo de investimento, pensado sobretudo para o pequeno investidor, dando origem a uma massa patrimonial autónoma, detida em comunhão pelos participantes e gerida por uma pessoa moral ou coletiva com vista à realização de investimentos no mercado financeiro.

IV. Os *clubes de investidores* (“investment clubs”, “clubes de inversión”, “Investmentsclubs”) são patrimónios financeiros coletivos cuja propriedade e administração é assegurada direta e conjuntamente pelos próprios investidores.<sup>16</sup>

V. Os *depósitos de títulos em administração* (“Depotgeschäft”, “tenue de compte-conservation”, “custodia e amministrazione”, “depósito, administración, y llevanza del registro contable”), genericamente aludidos nos artigo 405.º do CCom e artigo 343.º do CVM, são uma modalidade particular do depósito mercantil na qual a entidade depositária assume, além da obrigação principal de custódia dos títulos e de cobrança dos juros ou dividendos inerentes, uma obrigação acessória de administração dos mesmos, de conteúdo muito variável.<sup>17</sup>

VI. As *ordens relativas a instrumentos financeiros*, vulgarmente denominadas “ordens de bolsa” (“exchange orders”, “Effektenkommissionsgeschäfte”, “ordres de bourse”, “ordini di borsa”, “ordenes sobre valores”), constituem declarações negociais emitidos no âmbito de contratos de comissão ou de mediação entre um intermediário financeiro e um investidor (ordenador) com vista à realização de operações sobre instrumentos financeiros.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> CLARAMUNT, M. Esteve, *Clubes de Inversión en Bolsa*, in: 91 “Estudios Económicos” (1974), 164-173. Trata-se também de uma figura de gestão coletiva de investimentos, com a particularidade de o património financeiro ser aqui administrado diretamente pelo próprio conjunto dos investidores (que se reúnem periodicamente a fim de deliberar os termos dessa gestão), em vez de o ser indiretamente através de uma sociedade gestora.

<sup>17</sup> ANTUNES, J. Engrácia, *Os Contratos Bancários*, 92, in: “Estudos em Homenagem ao Prof. C. Ferreira de Almeida”, 71-155, Almedina, Coimbra, 2011; CAMANHO, P. Ponces, *O Contrato de Depósito Bancário*, 88 e ss., Almedina, Coimbra, 1998. Apesar da existência de zonas cinzentas entre os contratos de depósito administrado e de gestão de carteira – tanto mais nebulosas quanto maior for o alcance da obrigação de administração assumida pelo depositário –, as duas figuras sempre se distinguirão em tese geral, seja pelo seu âmbito subjetivo (que, no primeiro caso, exige a intervenção de um banco e, no segundo, admite outros intermediários financeiros), seja pelo seu objeto principal (que, no primeiro caso, consiste numa prestação de custódia de títulos e, no segundo, numa prestação de gestão desses títulos), seja já pelo diverso conteúdo e alcance da atividade de gestão (que, no primeiro caso, configura uma mera atividade estática e acessória tendente à conservação do valor dos títulos depositados, ao passo que, no último, se consubstancia nuclearmente numa gestão dinâmica e produtiva dos valores investidos, abrangendo indistintamente atos de administração ordinária e de disposição).

<sup>18</sup> A receção e a execução de ordens de compra e venda de instrumentos financeiros (artigos 325.º a 334.º do CVM) constituem o principal serviço de intermediação financeira por conta alheia (ALMEIDA, C. Ferreira, *As Transações por Conta Alheia no Âmbito da Intermediação no Mercado de Valores Mobiliários*, 293, in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, 291-309, Lex, Lisboa, 1997). A distinção entre este mecanismo e a gestão de carteiras não coloca, assim, dúvidas especiais: ao passo que, no último caso, o intermediário financeiro assume a obrigação de gerir de modo unitário uma carteira de inves-

#### 4. Fontes

I. Entre as fontes do regime jurídico do contrato de gestão de carteira, destacam-se os seguintes três tipos: a *autonomia privada*; as normas legais do *direito português* (com destaque para as normas jusfinanceiras, societárias e comerciais); e, conquanto mediatamente, o próprio *direito europeu e comparado*.<sup>19</sup>

##### 4.1. Autonomia Privada

I. Todo o direito dos contratos, como é bem sabido, encontra-se dominado pelo *princípio da liberdade contratual*: isso mesmo está consagrado no pórtico do edifício normativo dedicado pelo legislador português à matéria dos contratos, quando este dispõe 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” (artigo 405.º, n.º 1 do CCivil).

II. Sendo o contrato de gestão de carteira um contrato legalmente típico<sup>20</sup>, tal significa dizer que – no respeito das balizas fixadas pelos dispositivos imperativos da lei comercial (artigos 231.º e segs., 266.º e segs. do CCom), da lei mobiliária (“maxime”, 335.º e 336.º do CVM), da lei bancária (artigos 4.º, n.º 1, h), 8.º, n.º 2 do “Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras”, doravante RGIC) e de outras leis relevantes para este tipo contratual (“maxime”, Decreto-Lei n.º 163/94, de 4 de junho) – são as próprias partes contratantes (gestor e cliente) que estabelecerão o concreto conteúdo da sua relação jurídica de gestão de carteira, *convertendo-se, por conseguinte, os direitos e as obrigações validamente constituídos ao abrigo do acordo entre si celebrado em verdadeira “lex inter partes”*.<sup>21</sup>

timentos em instrumentos financeiros, no primeiro ele limita-se a dar execução material a operações individualizadas de aquisição ou alienação desses instrumentos que lhe são ordenadas pelos investidores.

<sup>19</sup> Sobre a questão das fontes dos contratos, vide ALMEIDA, C. Ferreira, *Contratos*, vol. I (“Conceito, Fontes, Formação”), 39 e ss., 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008; no domínio específico dos contratos comerciais, ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 53 e ss., 6.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2019.

<sup>20</sup> Sobre este aspeto, vide *infra* I – 5.3.

<sup>21</sup> Sobre a primazia da estipulação das partes na disciplina dos contratos civis e comerciais, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 53 e ss.; TELLES, I. Galvão, *Direito das Obrigações*, 60, 7.ª edição, Coimbra Editora, 1997.

## 4.2. Direito Português

I. A regulação jurídica da gestão de carteiras é relativamente recente em Portugal, tendo a primeira referência substancial à figura surgido com o Decreto-Lei n.º 229-B/88, de 4 de julho, que veio regular as sociedades gestoras de patrimónios<sup>22</sup>. Apesar de o contrato de gestão de carteira não constituir um tipo legal pleno, dotado de uma disciplina própria completa e exaustiva, isso não significa que ao seu regime jurídico não seja pertinente e até essencial um conjunto de *dispositivos legais* vários, de caráter imperativo e supletivo. Bem pelo contrário.

### 4.2.1. Normas Jurídico-Financeiras

I. O Código dos Valores Mobiliários (CVM) constitui a “sedes materiae” da regulação legal da figura, onde se encontram contidas as mais numerosas e importantes disposições normativas a ela relativas.

II. O CVM contém um conjunto de normas legais que se referem aos contratos de gestão de carteira. Pela sua relevância, merecem destaque os *artigos 290.º, n.º 1, c), 335.º e 336.º do CVM*, que a seguir reproduzimos:

*Artigo 290.º (“Serviços e Atividades de Investimento”):* “1 – São serviços e atividades de investimento em instrumentos financeiros: (...) c) a gestão de carteiras por conta de outrem”.

*Artigo 335.º (“Âmbito do Contrato”):* “1 – Pelo contrato de gestão de uma carteira individualizada de instrumentos financeiros, o intermediário financeiro obriga-se: a) a realizar todos os atos tendentes à valorização da carteira; b) a exercer os direitos inerentes aos instrumentos financeiros que integram a carteira. 2 – O disposto no presente título aplica-se à gestão de instrumentos financeiros, ainda que a carteira integre bens de outra natureza”.

*Artigo 336.º (“Ordens Vinculativas”):* “1 – Mesmo que tal não esteja previsto no contrato, o cliente pode dar ordens vinculativas ao gestor quanto às operações a realizar. 2 – O disposto no número anterior não se aplica aos contratos que garantam uma rentabilidade mínima da carteira”.

<sup>22</sup> O regime destas sociedades seria mais tarde substituído pelo Decreto-Lei n.º 163/94, de 4 de junho, a que nos referiremos mais adiante (cf. *infra* I – 4.2.2.). Sobre a evolução legislativa da figura, vide AFONSO, A. Isabel, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Deveres e Responsabilidades do Intermediário Financeiro*, cit., 55 e s.

III. Constituinto o contrato de gestão de carteira uma *atividade de intermediação financeira* (Cap. I do Título VI do CVM), ele encontra-se sujeito às normas gerais relativas ao exercício da atividade de intermediação financeira, previstas nos artigos 289.º a 320.º do CVM. Entre tais normas, destacam-se os *princípios gerais* relativos ao exercício e à organização da atividade de intermediação financeira (artigo 304.º, n.º 1) e os múltiplos *deveres gerais* dos intermediários financeiros para com os seus clientes – incluindo os deveres de boa-fé, diligência, lealdade, transparência e segredo profissional (artigo 304.º, n.º 2), de organização interna (artigos 305.º a 305.º-G), de segregação patrimonial (artigos 306.º a 306.º-G), de registo (artigos 307.º a 307.º-B), de prevenção de conflitos de interesse (artigos 309.º e 309.º-A), de aprovação e distribuição de instrumentos financeiros (artigos 309.º-I a 309.º-N), de defesa do mercado (artigos 310.º e 311.º), de informação (artigos 312.º e 312.º-H), de proibição de benefícios ilegítimos (artigos 313.º a 313.º-C), de adequação (artigos 314.º a 314.º-D) e de categorização (artigos 317.º a 317.º-D).<sup>23</sup>

IV. Constituinto ainda o contrato de gestão de carteira um dos *contratos de intermediação financeira* (Cap. II do Título VI do CVM), ele encontra-se também sujeito às normas gerais previstas nos artigos 321.º a 324.º do CVM. Entre estas, destacam-se as regras em matéria da celebração destes contratos (artigo 321.º), do seu conteúdo mínimo obrigatório (artigo 321.º-A), da conclusão de contratos à distância (artigo 322.º), da informação contratual (artigo 323.º) e da responsabilidade contratual (artigo 324.º).<sup>24</sup>

V. Há ainda que ter em conta, em particular, a existência de diversas *normas específicas* do CVM que se referem a este tipo contratual, como sucede com os

<sup>23</sup> Sobre tais deveres, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Deveres e Responsabilidade do Intermediário Financeiro*, 32 e ss., in: 56 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2017), 31-52; LEITÃO, L. Menezes, *Actividades de Intermediação e Responsabilidade dos Intermediários Financeiros*, 142 e ss., in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, vol. II, 129-156, Coimbra Editora, Coimbra, 2000; MARTINS, J. Fazenda, *Deveres dos Intermediários Financeiros*, 331 e ss., in: 7 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2000), 330-349; SANTOS, G. Castilho, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro perante o Cliente*, 88 e ss., Almedina, Coimbra, 2008.

<sup>24</sup> Sobre tais contratos, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Os Contratos de Intermediação Financeira*, in: LXXXV “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra” (2009), 277-319; ALMEIDA, J. Queirós, *Contratos de Intermediação Financeira enquanto Categoria Jurídica*, in: 24 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2006), 291-303; DUARTE, R. Pinto, *Contratos de Intermediação no Código dos Valores Mobiliários*, in: 7 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2000), 351-372; GOMES, M. Fátima, *Contratos de Intermediação Financeira*, in: “Estudos Dedicados ao Prof. Doutor M. J. Almeida Costa”, 565-599, UCP Editora, Lisboa, 2000.

artigos 20.º, n.º 3 e 21.º-A, n.º 1, b) (imputação de direitos de voto relativos a ações integrantes de carteira), o artigo 313.º-B, n.ºs 1 e 2 e 313.º-C, n.º 1 (proibição de benefícios ilegítimos na prestação de serviços de gestão de carteira), o artigo 314.º-A, n.ºs 1 e 3 (obrigações de informação para efeitos da adequação), o artigo 322.º (contratos celebrados fora do estabelecimento), e o 323.º-A (deveres de informação contratual e periódica).

#### 4.2.2. Normas Jurídico-Societárias

I. Relevante é ainda o Decreto-Lei n.º 163/94, de 4 de junho, relativo às *sociedades gestoras de patrimónios* (doravante “Lei das Sociedades Gestoras de Patrimónios” ou LSGP)<sup>25</sup>. Tais sociedades têm justamente por objeto exclusivo o exercício da atividade de administração de carteiras (artigo 1.º), encontrando-se regidas – enquanto empresas de investimento e sociedades financeiras – pelas normas do RGIC (artigo 2.º) e – enquanto intermediários financeiros – pelas normas do CVM (artigo 293.º, n.º 1 e n.º 2, c) do CVM).

II. Entre as disposições do referido diploma legal com maior relevância para o contrato em apreço, destacam-se os seguintes preceitos:

*Artigo 1.º (“Objeto”):* “1 – As sociedades gestoras de patrimónios, adiante designadas abreviadamente por sociedades gestoras, são sociedades anónimas que têm por objeto exclusivo o exercício da atividade de administração de conjuntos de bens, que se designam por carteiras para os efeitos do presente diploma, pertencentes a terceiros. 2 – Para além da atividade referida no número anterior, as sociedades gestoras poderão ainda prestar serviços de consultoria em matéria de investimentos, bem como relativamente a depósitos estruturados. 3 – A gestão de carteiras é exercida com base em mandato escrito, celebrado entre as sociedades gestoras e os respetivos clientes, que deverá especificar as condições, os limites e o grau de discricionariedade dos atos na mesma compreendidos. 4 – As sociedades gestoras remeterão à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, previamente à sua utilização, os modelos de contratos tipo que pretendam utilizar no exercício da sua atividade”.

*Artigo 4.º (“Deveres da Sociedade Gestora”):* “1. As sociedades gestoras são obrigadas, designadamente: a) A certificar-se da identidade e da capacidade legal para contratar das pessoas em cujos negócios intervierem; b) A propor com exatidão e clareza os negócios de que forem encarregadas, procedendo de modo que não pos-

<sup>25</sup> Este diploma, que teve como antecessor o Decreto-Lei n.º 229-B/88, de 4 de julho, foi alterado pelos Decretos-Lei n.º 17/97, de 21 de janeiro, e n.º 99/98, de 21 de abril, e pela Lei n.º 35/2018, de 20 de julho.

sam induzir em erro os contraentes; c) A não revelar os nomes dos seus mandantes, exceto para permitir a contratação, entre estes, dos negócios jurídicos negociados por seu intermédio; d) A comunicar imediatamente a cada mandante os pormenores dos negócios concluídos, expedindo no próprio dia a respetiva confirmação escrita, salvo se o cliente indicar outra coisa. 2 – A sociedade gestora a quem for conferido o mandato deverá, por todos os meios ao seu alcance, diligenciar pelo respetivo cumprimento”.

#### 4.2.3. Normas Jurídico-Civis e Comerciais

I. Por fim, mas não menos importantes, são ainda as normas civis e comerciais relativas ao *contrato de mandato*. Como melhor explicaremos adiante, quer na “praxis contratual”, quer mesmo no quadro da respetiva regulação legal, o contrato de gestão de carteira possui o seu eixo operativo fundamental numa relação de mandato estabelecida entre o cliente e o gestor<sup>26</sup>. Tal significa que a interpretação e a integração do regime jurídico desta figura contratual não poderão igualmente dispensar o cotejo das normas sobre o *mandato civil e mercantil* (respetivamente, artigos 1157.º e segs. do CCivil, artigos 231.º e segs. do CCom), e, porventura, sobre a própria *comissão* (artigos 266.º e segs. do CCom).<sup>27</sup>

II. Importantes são ainda as normas relativas aos *contratos de adesão*. Como também veremos adiante, os contratos de gestão de carteira são usualmente celebrados com base na adesão dos potenciais investidores ou clientes a formulários-modelo constituídos por condições ou cláusulas contratuais uniformes e padronizadas, unilateral e previamente elaboradas pela entidade gestora. Tal significa que a tais contratos será aplicável o regime da *Lei das Cláusulas Contratuais Gerais* (doravante LCCG), constante do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com especial relevo para o controlo por este introduzido tanto relativamente à formação do contrato – “maxime”, as disposições relativas aos deveres de comunicação e de informação ao aderente (artigos 5.º, 6.º e 8.º da LCCG) – como naturalmente ao seu conteúdo – mormente, a sujeição ao catálogo de cláusulas proibidas concretas (artigos 17.º a 22.º da LCCG).<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Cf. *infra* I – 3.2.

<sup>27</sup> Considerando também a necessidade de recurso às “normas e princípios estabelecidos na lei para categorias contratuais mais amplas que o tipo”, relativamente à regulação de contratos socialmente típicos, vide BRITO, M. Helena, *O Contrato de Concessão Comercial*, 217, Almedina, Coimbra, 1990.

<sup>28</sup> Cf. *infra* I – 5.4. Sobre o regime da LCCG, vide BARROS, J. Araújo, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha de Jurisprudência*, Wolters Kluwer/ Coimbra Editora, 2010;



### 4.3. Direito Europeu e Comparado

I. O contrato de gestão de carteira consubstancia uma atividade de intermediação financeira muito difundida além-fronteiras, sendo possível encontrar importantes referências ao seu quadro regulatório no plano do *direito europeu e comparado*.

#### 4.3.1. Direito Europeu

I. O legislador europeu – que neste, como em tantos outros domínios da regulação jusfinanceira, foi precursor do legislador nacional – referiu-se à figura em apreço no âmbito de diretivas de harmonização das legislações dos Estados-membros no setor do direito bancário e do direito do mercado de capitais.

II. A primeira referência remonta à chamada “*Segunda Diretiva Bancária*” de 1989, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à atividade das instituições de crédito<sup>29</sup>, que previa uma lista de atividades que beneficiavam de reconhecimento mútuo, entre as quais se incluem a “gestão ou consultadoria em gestão de patrimónios” (n.º 11 do Anexo) e a “conservação e administração de valores mobiliários” (n.º 12 do Anexo).<sup>30</sup>

III. A partir de então, o mesmo legislador europeu haveria de se referir de novo à matéria em sucessivos diplomas comunitários, o derradeiro e mais relevante dos quais consiste na *Diretiva 2004/39/CE, de 21 de abril* (“Diretiva dos Mercados e Instrumentos Financeiros” ou DMIF I), mais tarde substituída pela Diretiva 2014/65/UE, de 15 de maio, atualmente em vigor (designada DMIF II ou, no acrónimo anglo-saxónico, MiFID II)<sup>31</sup>. Visando a harmonização das condições de acesso e exercício empresarial no seio dos mercados financeiri-

COSTA, M. Almeida, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª edição, UCP Editora, Lisboa, 1999; PRATA, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao DL n.º 446/85, 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 2010.

<sup>29</sup> Diretiva 89/646/CEE, de 18 de dezembro (in: *Jornal Oficial* n.º L 386, de 30 de dezembro).

<sup>30</sup> Sobre esta previsão, vide CALHEIROS, J. Maria, *O Sector Bancário e a CEE*, 406, AAFDL, Lisboa, 1993; HOPT, Klaus/ WYMEERSCH, Eddy, *European Company and Financial Law*, 64, 2<sup>nd</sup> edition, Walter de Gruyter, Berlin/ New York, 1994.

<sup>31</sup> *Jornal Oficial* n.º L 145, de 30 de abril. Esta Diretiva foi transposta entre nós pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de outubro (BORGES, S. Leite/ OLIVEIRA, C. Gonçalves, *A Transposição em Portugal da DMIF e da Directiva da Transparência*, in: 19 “Actualidad Jurídica Uría Menéndez” (2008), 25–40).

ros europeus, a *DMIF II* qualifica expressamente a gestão de carteira como um “serviço e atividade de investimento” (ponto 4 da Secção A do Anexo I), contendo a seguinte definição: “«Gestão de carteiras»: a gestão de carteiras com base num mandato dado pelo cliente numa base individual e discricionária, sempre que essas carteiras incluam um ou mais instrumentos financeiros” (artigo 4.º, n.º 1, 8) da citada Diretiva).<sup>32</sup> Especial destaque merecem os deveres especiais dos gestores de carteiras que, em execução da *DMIF II*, se encontram previstos no Regulamento Delegado UE/2017/565, de 25 de abril de 2016.<sup>33</sup>

IV. Em consequência desta harmonização comunitária, pode assim entrever-se uma espécie de *núcleo ou “estatuto” jurídico mínimo* relativo aos contratos de gestão de carteiras no espaço europeu: entre estes, refiram-se a creditação obrigatória como intermediário financeiro dos gestores profissionais de carteiras (quanto aos seus sujeitos), a amplitude dos instrumentos financeiros que podem compor ou integrar estas carteiras (quanto ao seu objeto), bem assim como a natureza tipicamente individual e discricionária da gestão e a sua configuração jurídica como mandato (quanto ao seu conteúdo).

#### 4.3.2. Direito Comparado

I. Sendo a gestão profissional de carteiras uma necessidade comum e frequente dos investidores nos mercados de capitais dos países mais desenvolvidos, não surpreende que se trate de uma figura bem conhecida em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros.

II. Nos ordenamentos da “Civil Law”, pode referir-se, entre outros, a *Alemanha* (“Finanzportfolioverwaltung”: cf. §2, Abs. VIII, 7 da “Wertpapierhandelsgesetz” e §1, Abs. Ia, 2 da “Gesetz über das Kreditwesen”)<sup>34</sup>, a *Espanha*

<sup>32</sup> Jornal Oficial n.º L 173, de 12 de junho. Esta Diretiva foi transposta entre nós pela Lei n.º 35/2018, de 20 de julho: sobre a *DMIF II*, vide BUSCH, Danny/ FERRARINI, Guido, *Regulation of the EU Financial Markets: MiFID II & MiFIR*, Oxford University Press, London, 2017; PEISTERER, Pascal, *Die neuen Regelungen der MiFID II zum Anlegerschutz: Analyse und Vergleich zur bestehenden Rechtslage*, Springer Gabler, Berlin/ Wiesbaden, 2016.

<sup>33</sup> In: Jornal Oficial n.º L87, de 31 de março.

<sup>34</sup> BENICKE, Christoph, *Wertpapiervermögensverwaltung*, Mohr, Tübingen, 2006. Para comentários legislativos às disposições legais citadas, vide ASSMANN, Heinz-Dieter/ SCHNEIDER, Uwe/ MÜLBERT, Peter (Hrsg.), *Wertpapierhandelsgesetz – Kommentar*, 71 e ss., 7. Aufl., Verlag Otto Schmidt, Köln, 2019; HIRTE, Heribert/ MÖLLERS, Thomas (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum WpHG*, 141 e ss., Carl Heymanns, Köln, 2007.

(“gestión de carteras de inversión”: cf. artigo 140.º, n.º 1, d) da “Ley del Mercado de Valores”)<sup>35</sup>, a França (“gestion de portefeuille pour le compte de tiers”: cf. artigo L321-1, n.º 4 do “Code Monétaire et Financier”)<sup>36</sup>, e a Itália (“gestione di portafogli di investimento”: cf. artigo 24.º do “Testo Unico delle Disposizioni in Materia di Intermediazione Finanziaria” de 1998).<sup>37</sup>

III. Embora com contornos autóctones especiais, a figura é igualmente conhecida nos ordenamentos da “Common Law”, tais como a Inglaterra (“managing investment contracts”: cf. section 6 da Schedule 2 do “Financial Services and Markets Act”)<sup>38</sup> e os Estados Unidos da América (“discretionary investment accounts”: cf. Rule 408 da “New York Securities Exchange”).<sup>39</sup>

#### 4.4. Regras Deontológicas

I. Tratando-se de contrato necessariamente celebrado por intermediários financeiros, devem ainda ter-se presentes as *regras deontológicas* elaboradas por organizações do mercado de capitais ou pelos próprios intermediários.<sup>40</sup>

II. Especial destaque merecem os “*códigos de conduta*” (também por vezes chamados códigos deontológicos), os quais consistem em repositórios de regras de conduta ou de deontologia profissional compiladas por associações profissionais representativas das instituições de crédito (artigos 77.º-B e 195.º do RGIC) e dos intermediários financeiros (artigo 304.º-B do CVM, artigos 10.º-B e

<sup>35</sup> HERMIDA, A. Tapia, *El Contrato de Gestión de Carteras de Inversión*, CDB, Madrid, 1995.

<sup>36</sup> STORK, Michel/ RIASSETO, Isabelle, *Sociétés de Gestion et Gestion de Portefeuille*, in: 5 “Bulletin Joly Bourse” (2007), 585-601; VERDOT, René, *Remarques sur le Contrat dit de Gestion de Portefeuille*, in: AAVV, “Dix Ans du Droit de l’Entreprise”, 871-901, Paris, Litec, 1978.

<sup>37</sup> CAPRIGLIONE, Francesco, *La Gestione Bancarie di Patrimoni Mobiliari*, in: 50 “Banca, Borsa e Titoli di Credito” (1987), 265-300; COSSU, Monica, *La “Gestione di Portafogli di Investimento” tra Diritto dei Contratti e Diritto dei Mercati Finanziari*, Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>38</sup> HAPGOOD, Mark, *Paget’s Law of Banking*, 192 e ss., 10<sup>th</sup> edition, Butterworths, London, 1989; com especial enfoque nas obrigações pré-contratuais, BLAIR, Michael/ WALKER, George, *Financial Services Law*, 470 e ss., Oxford University Press, Oxford, 2006.

<sup>39</sup> SMITH, Keith/ SMITH, Jane, *Strategies in Personal Finance: Basic Investment Principles for Today and Tomorrow*, 122, Purdue University Press, Indiana, 2005.

<sup>40</sup> Ao contrário do que sucede na heterorregulação de fonte estadual, na autorregulação os regulados são também os reguladores, mormente através de regras editadas por organizações representativas de setores profissionais a que coletiva e voluntariamente se submetem os respetivos membros (embora nada impeça que as instâncias autorregulatórias revistam natureza pública). Sobre o fenómeno em geral, vide MOREIRA, Vital, *Autoregulação Profissional e Administração Pública*, 52 e ss., Almedina, Coimbra, 1997.

10.º-C do Regulamento CMVM n.º 3/2010, de 7 de abril)<sup>41</sup>. Muito embora tais regras correspondam, em via de princípio, a comandos normativos juridicamente não vinculantes (“soft law”), não está excluído que possam, em certos casos específicos, consubstanciar usos comerciais ou até mesmo ser fonte de verdadeiras normas jusfinanceiras invocáveis entre os contraentes.

## 5. *Caraterísticas*

I. Neste esforço preambular de delimitação da figura em apreço, importa ainda, e a finalizar, colocar em destaque as *caraterísticas distintivas* do contrato de gestão de carteira no quadro das classificações tradicionais forjadas pela dogmática jurídica<sup>42</sup>: trata-se, no essencial, de um contrato *típico, mercantil, sinalagmático, oneroso, formal, de adesão, aleatório, duradouro e fiduciário*.

### 5.1. *Contrato Típico*

I. O contrato de gestão de carteira é, desde logo, um contrato *nominado e típico*: com efeito, não apenas lhe corresponde um “nomen iuris” na lei, como nos encontramos diante de um modelo ou tipo contratual que se encontra hoje disciplinado pelo legislador (tipicidade legal) mas sobretudo sedimentado na prática dos negócios (tipicidade social).<sup>43</sup>

II. Ao contrário do que chegou a suceder no direito pretérito<sup>44</sup>, o direito português vigente, mais do que simplesmente limitar-se a atribuir-lhe um

<sup>41</sup> MATIAS, A. Saraiva, *Códigos e Normas de Conduta*, in: AAVV, “Direito Bancário”, 131-159, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (suplemento), Coimbra Editora, 1997; PATRÍCIO, J. Simões, *Em Tomo dos Códigos de Conduta Bancários*, in: AAVV, in: “Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Sousa Franco”, vol. III, 757-782, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

<sup>42</sup> Sobre as classificações e espécies de contratos, vide, em geral, TELLES, I. Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, 463 e ss., 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004; para uma perspetiva funcional, vide ALMEIDA, C. Ferreira, *Contratos*, vol. II, especialmente 93 e ss., 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.

<sup>43</sup> No mesmo sentido, sustentando a natureza típica do contrato, vide AFONSO, A. Isabel, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Deveres e Responsabilidades do Intermediário Financeiro*, cit., 70; LEITÃO, A. Menezes, *O Contrato de Gestão de Carteiras*, cit., 121. Recorde-se ainda que, como é salientado pela doutrina, um tipo social pode coexistir com o correspondente tipo legal (VASCONCELOS, P. Pais, *Contratos Atípicos*, 62, Almedina, Coimbra, 1995).

<sup>44</sup> No CodMVM de 1991, o legislador limitara-se a reservar o qualificativo de “gestão de carteiras” para uma das atividades de intermediação financeira e a exigir “a forma escrita” do contrato e a fixa-

“nomen”, dotou este contrato de uma *disciplina legal própria*. Recorde-se que o legislador elencou o contrato de “gestão de carteira” entre os contratos de intermediação financeira tipificados no Capítulo II do Título VI do CVM, chamando depois a si a regulação de um conjunto de aspetos parcelares do respetivo regime jurídico, mormente quanto ao âmbito contratual (artigo 335.º do CVM), às ordens vinculativas (artigo 366.º do CVM) e às incidências informativas (artigos 314.º-A e 323.º-A do CVM), para além de várias disposições contidas noutras leis financeiras (artigo 199.º-A, n.º 1, d) do RGIC, artigo 1.º, n.º 3 da LSGP).<sup>45</sup>

III. Simultaneamente, por outra banda, a usual padronização do conteúdo deste tipo particular de negócio de intermediação financeira, celebrado na esmagadora maioria dos casos através do recurso a cláusulas contratuais gerais, permite considerá-lo ainda como um *contrato socialmente típico*, pelo que a “praxis” contratual, bem assim como a reconstrução que dela façam doutrina e jurisprudência, deverão desempenhar um importante papel no processo de apreensão do regime jurídico aplicável a esta figura negocial.<sup>46</sup>

## 5.2. Contrato Mercantil

I. O contrato de gestão de carteira é um contrato de *natureza mercantil*. Dado que uma das partes contratantes (o gestor) é necessariamente uma empresa de intermediação financeira – a qual constitui uma empresa comercial (artigo 230.º do CCom) e um comerciante (artigo 13.º, n.º 2 do CCom)<sup>47</sup> – e dado ainda que o seu objeto respeita à prática de atos de natureza inequivocamente

ção dos “limites e graus de discricionariedade” da atuação do gestor (artigo 611.º).

<sup>45</sup> A nosso ver, todavia, não é aqui possível falar propriamente de um tipo legal fechado (já que a lei não previu uma disciplina exaustiva, apta a servir de referência autossuficiente para a contratação das partes), mas antes de um mero *tipo legal aberto*: ou seja, um tipo contratual que, muito embora recebido na lei e nela possuindo um modelo regulatório mínimo, é ainda integrado por um conjunto de regras resultantes da “praxis” negocial que desenvolvem e concretizam tal modelo regulatório (cf. DE NOVA, Giorgio, *Il Tipo Contrattuale*, 121 e ss., Cedam, Padova, 1974).

<sup>46</sup> Verificam-se, aliás, em relação a este contrato todos os elementos avançados usualmente pela doutrina como reveladores de um tipo contratual social, ou seja, a função económico-social, a difusão e relevo na prática negocial, a receção pela ordem jurídica, e o relevo doutrinário e jurisprudencial (cf. VASCONCELOS, P. Pais, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995).

<sup>47</sup> Qualificando as instituições de crédito, sociedades financeiras e empresas de investimento como empresas comerciais, vide também NUNES, F. Conceição, *As Instituições de Crédito: Conceito e Tipologias Legais, Classificação, Atividades Legalmente Permitidas e Exclusivos*, 74, in: 25 “Revista da Banca” (1993), 71-112.

comercial (“maxime”, operações de banco: cf. artigo 362.º do CCom), esta figura contratual deverá ser considerada como *objetiva e subjetivamente comercial*, nos termos gerais dos artigos 1.º e 2.º do CCom.<sup>48</sup>

II. Entre outras consequências, tal significa que tal contrato ficará sujeito ao regime jurídico especial previsto na lei para os atos jurídico-comerciais (v.g., juros legais, prescrição presuntiva dos créditos, solidariedade passiva nas obrigações plurais, etc.) e para os sujeitos jurídico-comerciais (“maxime”, em matéria da qualificação dos atos e do regime de impedimentos legais). Exemplificando: os contratos de gestão de carteira presumem-se onerosos (proêmio do artigo 102.º do CCom); os créditos de que os gestores ou clientes sejam titulares vencem juros comerciais (artigo 102.º, §§ 3 a 5 do CCom, Portaria n.º 277/2013, de 28 de agosto, Aviso da Direcção-Geral do Tesouro e Finanças n.º 2553/2019, de 2 de janeiro); os seus débitos plurais são solidários (artigo 100.º do CCom); e assim por diante.<sup>49</sup>

### 5.3. Contrato Sinalagmático, Oneroso e Formal

I. O contrato de gestão de carteira constitui um negócio jurídico *sinalagmático* ou bilateral no sentido em que gera obrigações para ambas as partes: vale isto por dizer que as obrigações emergentes do contrato para o gestor (“maxime”, dever de gestão diligente dos instrumentos financeiros integrados na carteira) e o cliente (“maxime”, dever de remunerar os serviços de gestão) se encontram numa relação de interdependência ou corresponsabilidade, assumindo-se este nexo como sinalagma genético e funcional do próprio negócio.

II. Por outro lado, trata-se de um negócio jurídico *oneroso*, não apenas por força da presunção de onerosidade que resulta da sua já assinalada natureza jusmercantil (artigo 102.º do CCom) e da sua tradicional configuração como mandato mercantil (artigo 232.º do CCom)<sup>50</sup>, como pela circunstância de a sua causa consistir indubitavelmente, do ponto de vista de ambas as partes, na

<sup>48</sup> Num sentido idêntico, LEITÃO, A. Menezes, *O Contrato de Gestão de Carteiras*, cit., 114 e s.; MASCARENHAS, M. Vaz, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Natureza, Conteúdo e Deveres*, cit., 123.

<sup>49</sup> Sobre este regime especial dos contratos comerciais, vide, para maiores desenvolvimentos, ANTUNES, J. Engrácia, *O Regime Jurídico dos Actos de Comércio*, in: “Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa” (2009), n.º 17, 19-60; ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 223 e ss.

<sup>50</sup> Sobre as especialidades desta configuração ou qualificação, vide *infra* I – 3.2.

obtenção de vantagens ou contrapartidas de natureza económica (quanto ao cliente, a proteção e rentabilização do seu património financeiro, e quanto ao gestor, o lucro derivado das comissões de gestão e desempenho).<sup>51</sup>

III. Enfim, trata-se de *contratos formais*. Tal o que decorre, seja do regime legal das sociedades gestoras de patrimónios (artigo 1.º, n.º 3 da LSGP: “a gestão de carteira é exercida com base em mandato escrito”), seja por força da imposição geral de forma escrita para os contratos de intermediação celebrados com investidores não profissionais (artigo 321.º, n.º 1 do CVM, artigo 58 do Regulamento Delegado UE/2017/565)<sup>52</sup>, seja ainda por força da forma escrita voluntária que os contratos de gestão de carteira revestem em virtude da habitual natureza padronizada dos seus clausulados (artigo 222.º do CCivil e artigo 321.º, n.º 3 do CVM).

#### 5.4. Contrato de Adesão

I. Tal como resulta dos dados da própria lei (cf. artigo 321.º, n.ºs 2 a 3 do CVM, artigo 1.º, n.º 4 da LSGP)<sup>53</sup>, e é também amplamente confirmado pela “praxis” contratual das entidades que desenvolvem profissionalmente atividades de intermediação financeira (“maxime”, os bancos e as sociedades gestoras de patrimónios)<sup>54</sup>, os contratos de gestão de carteira correspondem usualmente a *contratos de adesão* (“standard form contract”, “Standardvertrag”, “contrat d’adhésion”), ou seja, a negócios celebrados com base na adesão dos potenciais

<sup>51</sup> Sobre a natureza onerosa do mandato mercantil, por oposição ao mandato civil (artigo 1158.º do CCivil), vide FERREIRA, D. Fonseca, *Do Mandato Civil e Comercial*, 133 e ss., Ed. de Autor, 1968; GOMES, M. Costa, *Contrato de Mandato Mercantil*, 499 e ss., in: AAVV, “Operações Comerciais”, 465-565, Almedina, Coimbra, 1988; GOMES, M. Costa, *Contrato de Mandato*, 283 e ss., in: AAVV, “Direito das Obrigações”, 263-408, AAFDL, Lisboa, 1991.

<sup>52</sup> Aqui se inclui também a forma eletrónica: nos termos do artigo 4.º do CVM: “a exigência ou a previsão de forma escrita, de documento escrito ou de redução a escrito, feita no presente Código em relação a qualquer ato jurídico praticado no âmbito da autonomia negocial ou do procedimento administrativo, considera-se cumprida ou verificada ainda que o suporte em papel ou a assinatura sejam substituídos por outro suporte ou por outro meio de identificação que assegurem níveis equivalentes de inteligibilidade, de durabilidade e de autenticidade”.

<sup>53</sup> Nos termos deste último preceito, “as sociedades gestoras remeterão à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, previamente à sua utilização, os modelos de contratos tipo que pretendam utilizar no exercício da sua atividade”.

<sup>54</sup> Para formulários vários, vide APPELT, Michael, *Standardisierte Vermögensverwaltung*, 46 e ss., Grin Verlag, München, 2001; sobre o conteúdo típico destes formulários contratuais, vide BENICKE, Christoph, *Wertpapiervermögensverwaltung*, 66 e ss., Mohr, Tübingen, 2006.

investidores ou clientes a formulários-modelo constituídos por cláusulas uniformes e padronizadas unilateralmente predispostas pela entidade gestora.

II. Dois aspetos complementam este traço caracterizador. Por um lado, em virtude da natureza personalizada da gestão<sup>55</sup>, encontramos-nos perante contratos de adesão *imperfetos* ou *individualizados*, no sentido em que a padronização dos referidos modelos negociais diz apenas respeito a uma parte das condições contratuais, não impedindo, todavia, a sua adaptação aos particulares objetivos de cada cliente (“maxime”, o seu perfil de risco) e a negociação individualizada de certos elementos dos contratos (v.g., montante de capital investido, composição da carteira, comissões do gestor, eventuais garantias de rentabilidade, etc.)<sup>56</sup>. Por outro lado, em consequência dessa natureza, os contratos de gestão de carteira encontram-se subordinados ao *regime de tutela* especificamente previsto na lei: aqui se incluem, quer o controlo preventivo das autoridades de supervisão (artigo 1.º, n.º 4 da LSGP), quer o controlo comum da licitude das cláusulas contratuais gerais (resultante da LCCG).<sup>57</sup>

### 5.5. Contrato Aleatório

I. Sendo o contrato de gestão de carteira caracterizado pela sua onerosidade, dirigido à obtenção de vantagens patrimoniais para as partes contratantes, ele distingue-se ainda pelo facto de tais vantagens não poderem ser determinadas no momento da celebração do próprio contrato (como sucede nos normais contratos comutativos) mas ficarem dependentes, tanto no que respeita à sua ocorrência (“incertus an”) como às suas oportunidade (“incertus quando”) e magnitude (“incertus quantum”), de acontecimentos futuros incertos ou imprevisíveis.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Sobre este aspeto do regime contratual, vide *infra* I – 3.2.2.

<sup>56</sup> É assim frequente distinguir-se, dentro do universo dos contratos de adesão, aqueles que são pura e simplesmente impostos por uma das partes sem qualquer possibilidade de negociação pela outra parte (contratos estandardizados ou “standard contracts forms”) e aqueles que são fruto de uma padronização dos termos contratuais nos quais, todavia, as partes permanecem livres de conformá-los às respetivas necessidades e objetivos em cada caso concreto (“contracts of adhesion”). Sobre esta e outras distinções afins, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 183; noutros quadrantes, BRADGATE, Robert, *Commercial Law*, 65 e ss., 3<sup>rd</sup> edition, Butterworths, London, 2000.

<sup>57</sup> Sobre este aspeto, vide já *supra* I – 4.2.3.

<sup>58</sup> A qualificação do contrato de gestão de carteira como um contrato aleatório é bastante controversa na doutrina: num sentido afirmativo, vide BONNEAU, Thierry, *Droit Bancaire*, 469 e s., Montchrestien, Paris, 1996; RIVES-LANGE, Jean/ CONTAMINE-RAYNAUD, Monique, *Droit Bancaire*, 767,



II. Com efeito, tendo tais contratos por objeto o investimento em instrumentos negociados em mercados aos quais é inerente uma álea incontornável – cuja valorização ou desvalorização está dependente de uma multiplicidade de fatores cujos “se” e “como” nem mesmo os mais sofisticados métodos de análise económica estão em condições de antecipar (v.g., índices de capitalização, volume de liquidez, credibilidade dos intermediários, manipulações do mercado, conjunturas políticas, económicas ou sociais, insolvência das empresas emitentes ou cotadas, “crashes”, etc.) –, o conteúdo e a estrutura do contrato de gestão de carteira contradistinguem-se assim por possuírem uma *natureza aleatória*<sup>59</sup>: as partes incorrem numa possibilidade de ganho ou de perda, reinando um risco ou incerteza quanto à existência e ao montante da atribuição económica ou patrimonial derivada do negócio para os contraentes.

III. No comum dos casos, encontrar-nos-emos diante de um contrato aleatório “*unilateral*” – dado que a álea ou risco contratual apenas afeta a posição de uma das partes contratantes (por regra, o cliente ou titular do património financeiro gerido, sobre quem recai o risco do investimento, exceto quando exista convenção em contrário, v.g., cláusulas de garantia de capital ou de garantia de rentabilidade mínima) –<sup>60</sup> e ainda de um contrato aleatório “*por natureza*” –

Dalloz, Paris, 1995; num sentido oposto, considerando que a álea ou risco contratual não chega a penetrar na estrutura do contrato, HERMIDA, A. Tapia, *El Contrato de Gestión de Carteras de Inversión*, 79 e ss., CDB, Madrid, 1995.

<sup>59</sup> É evidente que, num certo sentido, todos os contratos envolvem uma esfera de álea, já que neles sempre as partes trocam um presente certo por um futuro incerto: assim, por exemplo, num simples contrato de compra e venda, o perecimento das coisas sem culpa do devedor pode acarretar a extinção da obrigação, por impossibilidade objetiva (artigo 790.º do CCivil). Todavia, ao contrário dos usuais contratos comutativos, nos contratos aleatórios a incerteza (“*Unsicherheitsfaktor*”) funciona, não como uma vicissitude colateral e indesejada, mas como um elemento intimamente conexo à estrutura ou cerne do próprio contrato. Sobre a complexa distinção entre contratos comutativos e aleatórios, vide ALMEIDA, C. Ferreira, *Contratos*, vol. III, 155 e ss., 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015; CORDEIRO, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, tomo I, 473 e ss., 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005; TELLES, I. Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, 482 e ss., 4.ª edição, Coimbra Editora, 2004. Para maiores desenvolvimentos, HENSSLER, Martin, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Mohr, Tübingen, 1994.

<sup>60</sup> À semelhança do que sucede com outros contratos aleatórios unilaterais, tais como o contrato de seguro (artigo 1.º da Lei do Contrato de Seguro) e o contrato de renda vitalícia (artigo 1238.º do CCivil), e ao contrário do que sucede, por exemplo, no caso do jogo e aposta (artigo 1245.º do CCivil). Sobre a distinção entre álea bilateral e unilateral, vide COSTA, M. Almeida, *Direito das Obrigações*, 331, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.

dado que a álea deriva da própria “res” contratada ou do próprio objeto negocial (e não propriamente da vontade das partes).<sup>61</sup>

### 5.6. *Contrato Duradouro e Fiduciário*

I. Enfim, e por último, como é típico da atividade de intermediação financeira realizada por conta alheia (artigo 290.º, n.º 1, a) a c) do CVM), o contrato de gestão de carteira representa uma espécie de “negócio de cobertura” ou de primeiro grau, que, celebrado entre intermediário e cliente, vai essencialmente endereçado a regular os direitos e obrigações das partes no que concerne à celebração futura de uma multiplicidade de outros negócios, ditos “negócios de execução” ou de segundo grau, entre o intermediário e terceiros por conta do cliente<sup>62</sup>. Esta sua natureza “sui generis”, que o aproxima da figura do contrato-quadro, explica que a relação jurídico-contratual de gestão se caracterize por ser uma relação *duradoura* e *fiduciária*.

II. Um contrato *duradouro*, no sentido em que as prestações exigíveis às partes não se esgotam num único ato ou momento (“*quae unico actu perficiuntur*”), mas se prolongam necessariamente no tempo (“*quotidie et singulis momentis debitur*”)<sup>63</sup>. Esta continuidade temporal da relação negocial tem relevância para efeitos da interpretação e integração do regime jurídico destes contratos, designadamente para efeitos do alcance dos poderes de gestão e do cumprimento do contrato.

III. Um contrato *fiduciário*, no sentido em que ele é fonte de uma especial relação jurídica de confiança (“*pactum fiduciae*”) entre o gestor de carteira e o cliente, da qual resultam deveres especiais de comportamento para aquele: antes que simplesmente administrar um património por conta e no interesse do cliente com vista à respetiva rentabilização, ele deve fazer pelo uso dos seus conhecimentos e experiência especializados de acordo com um padrão de zelo,

<sup>61</sup> Como sucede em todos os contratos aleatórios referidos, e ao invés do que acontece, por exemplo, num contrato de compra e venda de coisa futura “*emptio spei*” (artigo 880.º, n.º 2 do CCivil).

<sup>62</sup> Sobre a distinção entre negociação por conta própria e alheia, bem assim como, no último caso, entre “negócio jurídico de cobertura” e “negócios jurídicos de execução”, vide ALMEIDA, C. Ferreira, *As Transações por Conta Alheia no Âmbito da Intermediação no Mercado de Valores Mobiliários*, 293 e ss., in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, 291-309, Lex, Lisboa, 1997.

<sup>63</sup> Sobre a diferença entre contratos com prestações instantâneas e duradouras, vide TELLES, I. Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, 404 e s., 4.ª edição, Coimbra Editora, 2004; VARELA, J. Antunes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 92 e ss., 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.

diligência e boa fé especialmente reforçados ou qualificados (“utmost good faith”)<sup>64</sup>. Esta natureza fiduciária, que transparece no próprio mandamento geral de proteção dos interesses dos clientes (artigo 304.º, n.º 1 do CVM), tem igualmente relevância para efeitos da interpretação e integração do regime jurídico destes contratos: uma ilustração pode ser encontrada na recente controvérsia em torno da qualificação jurídica de contratos celebrados entre instituições bancárias portuguesas e os seus clientes, que incluíam cláusulas de garantia de capital, como contratos de gestão de carteira ou de depósito bancário.<sup>65</sup>

## II – Regime Jurídico

### 1. *Sujeitos do Contrato*

I. Em termos gerais, o contrato de gestão de carteira coloca em contacto o titular (atual ou futuro) de uma carteira de instrumentos financeiros – designado *cliente* ou *investidor* – e uma entidade apta a desenvolver, a título profissional e oneroso, a administração da mesma – designado *gestor*.

#### 1.1. *Cliente*

I. O cliente ou investidor (“client”, “Vermögensinhaber”, “inversor”) pode ser *qualquer pessoa, singular ou coletiva*, nacional ou estrangeira, de direito privado ou público, dotada de capacidade de exercício de direitos ou não (desde que, neste último caso, atuando através do competente representante legal), que seja titular, ou pretenda vir a sê-lo, de um conjunto de instrumentos financeiros nos quais investiu o seu dinheiro.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Sobre a natureza fiduciária da gestão de carteiras, vide MASCARENHAS, M. Vaz, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Natureza, Conteúdo e Deveres*, cit., 126; MOREIRA, T. Corteia, *O Escrutínio da Discricionariedade do Intermediário Financeiro no Âmbito de Contratos de Gestão de Carteira*, cit., 144 e ss., 186 e ss. Sobre os negócios de confiança, vide FRADA, M. Carneiro, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 544 e ss., Almedina, Coimbra, 2004.

<sup>65</sup> FRADA, M. Carneiro, *Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito vs. Contratos de Gestão de Carteira*, especialmente 471, in: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia”, 453-503, Almedina, Coimbra, 2010.

<sup>66</sup> Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, parágrafo 9) da DMIF II, por cliente entende-se “qualquer pessoa singular ou coletiva a quem uma empresa de investimento presta serviços de investimento ou serviços auxiliares”.

II. De um ponto de vista *socioeconómico*, o perfil dos clientes ou investidores é bastante variado, dependendo de fatores tais como o volume da carteira – dado que os custos médios dos serviços de gestão são elevados, o cliente corresponderá, por via de regra, a um investidor médio ou grande (com exclusão, portanto, dos pequenos investidores)<sup>67</sup> –, o grau de preparação e conhecimentos técnico-financeiros – que oscila entre o investidor totalmente “profano” nos meandros dos mercados financeiros até ao especulador bolsista ou “iniciado” em investimentos jusfinanceiros<sup>68</sup> –, ou ainda os objetivos estratégicos perseguidos através da gestão – que podem ir do mero intuito de conservação do valor de um património financeiro, privilegiando as operações de administração ordinária e os investimentos de baixo risco e de médio e longo prazo, até uma finalidade de maximização de rentabilidade, mediante operações de administração extraordinária fundamentalmente traduzidas em compras e vendas especulativas de instrumentos de elevado risco e de curto-prazo.

III. De um ponto de vista *jurídico*, “o investidor é qualquer pessoa que confiou fundos ou instrumentos financeiros a uma empresa de investimento ou a uma instituição de crédito no âmbito de operação de investimento” (artigo 2.º, d) do Decreto-Lei n.º 222/99, de 22 de junho). Particularmente relevante é a distinção entre *contrapartes elegíveis, investidores profissionais, e investidores não profissionais*, consagrada nos artigos 30.º e 317.º-D do CVM: no essencial, são “contrapartes elegíveis” as pessoas coletivas elencadas nas alíneas a) a i) do artigo 30.º, n.º 1 (“ex vi” do artigo 317.º-D, n.º 1), v.g., instituições de crédito, empresas de investimento, empresas de seguros, fundos de pensões, governos e bancos centrais; são “investidores profissionais” (outrora designados investidores qualificados) as demais pessoas coletivas de grande dimensão, que ultrapassem dois dos critérios legalmente fixados (capital próprio de 2 milhões de euros, ativo total de 20 milhões de euros, volume de negócios líquido de 40 milhões de euros), além de outras entidades (v.g., determinadas pessoas que prestem

<sup>67</sup> Para além do fator “relação custo-benefício”, recorde-se ainda que o volume da carteira de investimentos deve possuir uma magnitude mínima por forma a providenciar um fundo de maneo líquido suficiente para acompanhar e compensar as oscilações da cotação dos instrumentos integrados na carteira. Os valores médios de carteira são, todavia, muito variáveis: assim, por exemplo, na Alemanha, considera-se que o serviço de gestão de carteiras abrange clientes cujo património mobiliário oscila entre 100 mil e 1 milhão de euros (SCHWINTOWSKY, Hans-Peter/ SCHÄFER, Frank, *Bankrecht*, 839, C. Heymanns, Köln, 1997).

<sup>68</sup> A este propósito, a doutrina italiana reputa a gestão de carteiras como um mecanismo situado algures a meio caminho entre o aforro consciente (“risparmio consapevole”) e inconsciente (“risparmio inconsapevole”): cf. GAMBINO, Agostino, *Intermediazione Finanziaria e Gestione Patrimoniale Mobiliari*, 34, in: “Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni” (1988), 33-67.

serviços ou exerçam atividades de investimento consistentes na negociação por conta própria nos mercados a prazo ou a contado, entidades assim qualificadas pela CMVM ou a pedido das próprias)<sup>69</sup>; e são “investidores não profissionais” todas as demais pessoas singulares ou coletivas que não sejam nenhuma das anteriormente referidas.

IV. Os contratos de gestão de carteira podem ser celebrados por *quaisquer investidores singulares ou coletivos, profissionais ou não profissionais*: como refere L. Menezes LEITÃO, “a celebração do contrato de gestão de carteira está aberta a qualquer investidor”<sup>70</sup>. A categorização do investidor tem assim apenas relevância para certos aspetos ou efeitos do seu regime jurídico, entre os quais se destaca o conteúdo e a extensão dos *deveres de informação* do intermediário financeiro e conseqüente grau de proteção do investidor<sup>71</sup>: nos termos do artigo 312.º, n.º 2 do CVM, “a extensão e a profundidade da informação devem ser tanto maiores quanto menor for o grau de conhecimentos e de experiência do cliente”. Consagrou-se assim um princípio de “proporcionalidade inversa”, segundo o qual quanto maiores forem a experiência e conhecimentos financeiros do cliente em matéria de decisões de investimento em instrumentos financeiros, menores serão os ónus informativos do gestor: dito de um modo simples, “quanto menos o cliente souber, mais e melhor tem o intermediário financeiro de informar”<sup>72</sup>. Fruto da referida categorização tripartida dos clientes, podemos assim concluir genericamente o seguinte: as partes elegíveis (que correspondem tipicamente às entidades do próprio setor financeiro e aos governos) beneficiam de um nível mínimo de proteção, os investidores profissionais (correspondendo tipicamente a entidades de grande dimensão que se presume disporem de experiência, conhecimentos e competência para tomar as suas próprias decisões de investimento) beneficiam de um

<sup>69</sup> Podem assim existir investidores profissionais “por natureza”, cuja qualificação decorre da própria lei e que correspondem às entidades referidas no artigo 30.º do CVM; e investidores profissionais “a pedido”, que são os investidores não profissionais que solicitaram o seu tratamento como investidores profissionais.

<sup>70</sup> *O Contrato de Gestão de Carteiras*, cit., 112.

<sup>71</sup> Outros efeitos respeitarão, designadamente, à lei aplicável (salvaguarda da aplicação do direito português na jurisdição estrangeira competente), às modalidades de contratação (v.g., produção de efeitos de contratos celebrados fora do estabelecimento por investidores não profissionais), e à execução de ordens.

<sup>72</sup> MOREIRA, T. Correia, *O Escrutínio da Discricionariedade do Intermediário Financeiro no Âmbito de Contratos de Gestão de Carteira*, cit., 159. Sobre este princípio da “proporcionalidade inversa”, vide CÂMARA, Paulo, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 415, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018; RODRIGUES, S. Nascimento, *A Proteção dos Investidores em Valores Mobiliários*, 46, Almedina, Coimbra, 2001.

nível médio de proteção, e os investidores não profissionais (que tipicamente correspondem aos pequenos investidores) beneficiam de um grau máximo de proteção conferido pela lei.<sup>73</sup>

## 2.2. Gestor

I. O gestor da carteira (“investment manager”, “Vermögensverwalter”, “gestionnaire”) constitui uma *pessoa coletiva legalmente autorizada a desenvolver, na base de uma organização empresarial própria e a título profissional e oneroso, uma atividade de intermediação financeira* consistente na administração de carteiras de investimento em instrumentos financeiros pertencentes a terceiros, por conta e no interesse destes (“intermediário financeiro”).

II. Entre os *intermediários financeiros* que usufruem do referido exclusivo ou monopólio legal (artigos 289.º e 293.º, n.º 1 do CVM) contam-se as instituições bancárias (artigo 293.º, n.º 1, a) do CVM, artigos 3.º, a) e 4.º, n.º 1, h) do RGIC), as sociedades gestoras de patrimónios (artigo 293.º, n.º 1, a) e n.º 2, c) do CVM, artigos 4.º-A, n.º 1, c) e 199.º-A e segs. do RGIC, artigo 1.º da LSGP), as sociedades corretoras e as sociedades financeiras de corretagem (artigo 293.º, n.º 1, a) e n.º 2, a) e b) do CVM, artigo 4.º-A, n.º 1, a) e b) do RGIC, artigos 2.º, n.º 1 e 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 262/2001, de 28 de setembro), as sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário (artigo 293.º, n.º 1, b) do CVM, artigo 68.º, n.º 2, a) do RGOIC), e as sociedades de

<sup>73</sup> Também assim J. Engrácia ANTUNES: “Nessa escala gradativa, vamos encontrar num extremo as contrapartes elegíveis (v.g., governos, empresas de grande dimensão: cf. artigo 317.º-D do CVM), que usufruem do nível de proteção menos intenso; no extremo oposto, temos os investidores não qualificados, categoria residual delimitada pela ausência dos requisitos dos investidores qualificados ou profissionais previstos no artigo 30.º do CVM (“maxime”, clientes bancários individuais, pequenos investidores profanos, consumidores), os quais recebem a proteção mais intensa concedida pela ordem jurídico-mobiliária em vigor” (*Deveres e Responsabilidade do Intermediário Financeiro*, cit., 41). Ou Rafaela ROCHA: “A cada categoria ou natureza de investidor corresponde um diferente grau de proteção. Aos investidores qualificados – aqueles que dispõem de experiência, conhecimentos e competência para tomar as suas próprias decisões de investimento, ponderando devidamente os riscos incorridos – a lei confere um grau médio. Os investidores não qualificados são beneficiários do grau máximo de proteção, na medida em que a lei prevê um conjunto vasto de normas especialmente destinadas à sua proteção. Na relação com contrapartes elegíveis, o intermediário financeiro não está obrigado ao cumprimento da maioria das chamadas normas de conduta” (*Categorização de Investidores no Âmbito da Intermediação Financeira – Apontamentos sobre o Novo Regime*, 101, in: 27 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2007), 98-106).

investimento (artigo 3.º, n.º 1, e) do Decreto-Lei n.º 260/94, de 22 de outubro, artigos 4.º-A, n.º 1, g) e 6.º, n.º 1, b), ii) do RGIC).<sup>74</sup>

III. Particular relevância têm, neste domínio, os dois primeiros tipos de entidades. Os *bancos* constituem, no ordenamento jurídico português, o principal, embora não único, tipo legal de instituição de crédito universal (artigo 3.º, a) do RGIC): moldadas, à semelhança das demais ordens jurídicas europeias, por um princípio da polivalência (também conhecido por modelo da “banca universal”)<sup>75</sup>, os bancos podem ter por objeto o desenvolvimento de todo o tipo de operações bancárias enumeradas no extenso elenco constante do artigo 4.º, n.º 1 do RGIC, o qual contemplou expressamente “a consultoria, guarda, administração e gestão de carteiras de valores mobiliários” (alínea h))<sup>76</sup>. As *societades gestoras de patrimónios* são um tipo particular de empresa de investimento (artigo 293.º, n.º 1, a), “in fine” e n.º 2 do CVM) que tem por objeto exclusivo o exercício da atividade de administração de carteiras por conta de terceiros (artigo 1.º da LSGP).

## 2. Objeto do Contrato

### 2.1. Objeto Imediato: A Administração de Bens Alheios

I. O contrato de gestão de carteira tem por objeto imediato o desenvolvimento *de uma atividade complexa de administração de um conjunto de bens alheios*

<sup>74</sup> Sobre os intermediários financeiros, e seu estatuto jurídico, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Deveres e Responsabilidade do Intermediário Financeiro*, cit., 32 e ss.; CÂMARA, Paulo, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, cit., 381 e ss.; NUNES, F. Conceição, *Os Intermediários Financeiros*, in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, vol. II, 91-128, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

<sup>75</sup> Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, que aprovou o RGIC, onde se refere expressamente que “na delimitação do âmbito de atividade dos bancos, foi acolhido, na sua quase máxima amplitude, o modelo da banca universal (artigo 4.º)”.

<sup>76</sup> Tradicionalmente, o contrato de gestão de carteira não integrava o “core” da atividade bancária (intermediação no mercado de crédito), constituindo antes uma operação bancária *accessória* ou *complementar* no domínio da intermediação no mercado de capitais: nesse sentido, alguma doutrina fala a este propósito de um “serviço bancário accessório”, de um contrato bancário “neutro” ou até de uma “operação parabancária” (assim PIRES, J. Maria, *Direito Bancário*, vol. I, 313 e ss., Rei dos Livros, Lisboa, 1994). A progressiva interpenetração dos mercados financeiros – traduzida na emergência do chamado “investment banking” – parece hoje ter esbatido o significado desta visão tradicional (MORRINSON, Alan, *Investment Banking – Institutions, Politics, and Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007; RICCI, Marco, *L’Attività di Intermediazione Finanziaria Svoluta delle Banche*, Diss., Roma, 2003).

(“património financeiro”) levada a cabo, a título profissional e oneroso, por um intermediário financeiro, por conta e no interesse do titular desses bens.<sup>77</sup>

II. No contexto dos negócios de administração de patrimónios alheios em geral, tornou-se comum a distinção entre *atos de mera administração* (que consubstanciam uma gestão prudente, abrangendo as operações tendentes a assegurar a conservação dos bens administrados e a prover à sua frutificação normal) e *atos de disposição* (que refletem uma gestão arriscada, englobando as operações tendentes a promover a frutificação anormal dos bens administrados)<sup>78</sup>. Ora, importa advertir que o figurino legal e social do contrato de gestão de carteira rompe com os termos desta distinção tradicional, tornando-a em grande medida imprestável para a conformação do respetivo regime jurídico. Com efeito, a gestão quotidiana deste tipo particularíssimo de bens (instrumentos financeiros), caracterizada pela sua complexidade técnica e álea típica, abrange todo um espectro de atos por parte do gestor que vão desde os meros atos de conservação (v.g., manutenção das contas bancárias acessórias de depósito de dinheiro e títulos) e de frutificação normal (v.g., cobrança dos juros das disponibilidades monetárias, cobrança dos dividendos de ações ou dos juros de obrigações, exercício de direitos de incorporação, de direitos de voto e demais direitos sociais ou corporativos inerentes aos instrumentos, etc.) até – e é aqui que usualmente se joga a eficiência e o saldo final da prestação gestória – de verdadeiros e próprios atos dispositivos (“maxime”, alienação dos instrumentos em carteira, aplicação do produto da venda na aquisição de novos instrumentos, exercício ou alienação de direitos de subscrição preferente em aumentos de capital, exercício de direitos de “warrant”, compra e venda de opções, futuros ou “swaps”, etc.).<sup>79</sup>

<sup>77</sup> Como é sabido, as atividades de intermediação nos mercados financeiros podem ser realizadas pelos intermediários financeiros por *conta alheia* (dos clientes ou investidores: cf. artigo 290.º, n.º 1, a) a c) do CVM) ou ainda por conta própria (atuando aqueles como contraparte destes: cf. artigos 290.º, n.º 1, e) e 346.º do CVM). Sobre esta distinção, vide ALMEIDA, C. Ferreira, *As Transações por Conta Alheia no Âmbito da Intermediação no Mercado de Valores Mobiliários*, 293 e ss., in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, 291-309, Lex, Lisboa, 1997.

<sup>78</sup> Sobre esta distinção, vide ANDRADE, Manuel, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 61 e ss., Almeida, Coimbra, 1972; FERNANDES, L. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 590 e ss., 4.ª edição, UCP Editora, Lisboa, 2007; PINTO, C. Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 406 e ss., Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

<sup>79</sup> Daí que, como acentua Alberto Tapia HERRMIDA, pode afirmar-se “sem medo de exagerar, que a característica fundamental do contrato de gestão de carteiras reside na amplíssima liberdade que é conferida ao gestor pelo proprietário dos valores mobiliários, em virtude da qual o gestor adquire um poder quase absoluto de disposição sobre um património mobiliário alheio” (*El Contrato de Gestión de Carteras de Inversión*, 380, CDB, Madrid, 1995).



## 2.2. Objeto Mediato: O “Património Financeiro”

I. O legislador português configurou o objeto mediato ou material da relação contratual de gestão como consistindo numa “carteira individualizada de instrumentos financeiros” (artigo 335.º, n.º 1 do CVM).

II. Antes de nos referirmos à sua composição, saliente-se apenas que – em paralelo com a situação encontrada a propósito da gestão coletiva de carteiras<sup>80</sup> – semelhante carteira (“portfolio”, “Finanzportfoliovermögen”, “portfeuille de valeurs”, “cartera de valores”) constitui uma espécie de “*património financeiro*” no sentido em que, mais do que um mero agregado de coisas e direitos avulsos, ela representa um acervo unitário de bens homogêneos afetos a um destino comum de administração<sup>81</sup>. Entre outras consequências, tal autonomia funcional permite explicar os característicos fenómenos de “segregação” dessa massa patrimonial (alheia) no seio da organização do intermediário financeiro (cf. ainda artigo 306.º do CVM) e de “sub-rogação” real dos bens que o compõem (resultante da própria finalidade de rentabilização global do património, bem como da natureza economicamente fungível e frutífera dos instrumentos financeiros individuais componentes)<sup>82</sup>, além de permitir delimitar o conteúdo

<sup>80</sup> Os fundos de investimento mobiliário – que constituem a cristalização legal e negocial mais acabada desta modalidade de gestão de carteiras (cf. *supra* I – 3.2.) – são justamente construídos, na lei (artigo 8.º do RGOIC) mas também na doutrina e jurisprudência, como patrimónios autónomos ou de afetação (“Zweckvermögen”), no sentido em que os bens que os integram – consistentes nas entradas pecuniárias dos participantes, nos instrumentos financeiros adquiridos com tais entradas, e nas quantias derivadas da gestão desses instrumentos (v.g., venda dos instrumentos, exercício dos direitos patrimoniais a eles inerentes, “maxime”, perceção de dividendos ou juros) – apenas podem ser utilizados no exercício das atividades de investimento em novos ativos do mesmo tipo (sobre a questão, vide desenvolvidamente TOMÉ, M. João, *Fundos de Investimento Mobiliário Abertos*, 154 e ss., Almedina, Coimbra, 1997).

<sup>81</sup> Tal configuração dogmática tornou-se mesmo frequente na doutrina a propósito deste tipo de contratos: entre nós, vide AFONSO, A. Isabel, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Deveres e Responsabilidades do Intermediário Financeiro*, cit., 64; lá fora, BALZER, Peter, *Vermögensverwaltung*, 1141, in: AAVV, “Handbuch des deutschen und europäischen Bankrecht”, 1139-1164, Springer, Berlin, 2004; COSSU, Monica, *La “Gestione di Portafogli di Investimento” tra Diritto dei Contratti e Diritto dei Mercati Finanziari*, 42 e ss., Giuffrè, Milano, 2002; HERMIDA, A. Tapia, *El Contrato de Gestión de Carteras de Inversión*, 263 e ss., CDB, Madrid, 1995. Evidentemente, tal carteira não constitui um verdadeiro “património autónomo” na esfera jurídica do seu titular (o investidor ou cliente), já que, muito embora gozando da referida autonomia funcional, faltam-lhe algumas das características próprias da autonomia ou separação patrimonial, mormente, a consagração legal expressa (artigo 601.º do CCivil) e a autonomia passiva (responsabilidade por dívidas próprias).

<sup>82</sup> A sub-rogação real, enquanto fenómeno consistente em uma coisa ir ocupar, num determinado património, o lugar de outra coisa, tanto pode nascer da lei (sub-rogação legal) como da vontade

das obrigações de administração do próprio gestor – cuja execução ou cumprimento deverão assim ser fundamentalmente apreciados em função do resultado económico final ou consolidado da gestão.<sup>83</sup>

III. Além disso, o conteúdo do património administrado circunscreve-se nuclearmente a “*instrumentos financeiros*” (artigo 335.º, n.º 1 do CVM). Nos termos do artigo 2.º do CVM, os instrumentos financeiros podem ser ordenados em três categorias fundamentais: os instrumentos mobiliários (valores mobiliários), os instrumentos monetários, e os instrumentos derivados. Os *valores mobiliários* são instrumentos típicos ou primordiais do mercado de capitais em sentido estrito (“Kapitalmarkt”, “securities market”, “marché des valeurs mobilières”): entre as principais espécies, contam-se as ações, as obrigações, os títulos de participação, as unidades de participação em instituições de investimento coletivo, os “warrants” autónomos, os direitos destacáveis de valores mobiliários, os certificados, os valores mobiliários convertíveis, e os valores mobiliários condicionados por eventos de crédito. Os *instrumentos monetários* são instrumentos típicos do mercado monetário (“Geldmarkt”, “money market”, “marché monétaire”): entre as principais espécies, podem mencionar-se os instrumentos do mercado interbancário, os certificados de depósito, os certificados de aforro, os certificados do tesouro, os bilhetes de tesouro, e o papel comercial. Os *instrumentos derivados* são instrumentos típicos do mercado de capitais a prazo (“Terminmarkt”, “future markets”, “marché à terme”): entre as principais espécies, salientem-se os futuros, as opções, os “swaps”, os derivados de crédito, os contratos diferenciais, os “forwards”, os “caps”, “floors”, e “collars”, bem assim como uma enorme panóplia de outros derivados nominados, inominados, híbridos e sintéticos (“commodities derivatives”, “economic derivatives”, “freight derivatives”, etc.).<sup>84</sup>

IV. Trata-se naturalmente, em qualquer caso, do universo *geral e abstrato* de composição da carteira. Como é evidente, esta composição apenas poderá ser definida, em derradeira instância, *caso a caso* – sendo às partes dos contratos

das partes (sub-rogação convencional) (cf. ASCENSÃO, J. Oliveira, *Direitos Reais*, 5.ª edição, 633 e ss., Coimbra Editora, Coimbra, 1993).

<sup>83</sup> Neste sentido, vide também Alberto Tapia HERRMIDA, que afirma que “a administração de carteiras de investimento não se projeta sobre bens concretos (os valores mobiliários) mas sim sobre uma cifra de valor” (*El Contrato de Gestión de Carteras de Inversión*, 269, CDB, Madrid, 1995).

<sup>84</sup> Sobre a noção e os tipos de instrumentos financeiros, cujo elenco legal passou recentemente a incluir um novo e quarto tipo de instrumento (“as licenças de emissão”), vide ANTUNES, J. Engrácia, *Os Instrumentos Financeiros*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.

de gestão que caberá, no exercício da sua autonomia privada, eleger quais os concretos tipos de instrumentos que integrarão o património financeiro gerido –, além de a lei admitir ainda, residualmente, que tal património possa ainda incluir outros tipos de bens ou de ativos (artigo 335.º, n.º 2 do CVM, artigo 1.º, n.º 1 da LSGP).<sup>85</sup>

### 3. Estrutura e Conteúdo do Contrato

#### 3.1. Gestão de Carteira: Sua Estrutura Triangular

I. Na prática nacional e estrangeira, a gestão de carteira constitui um serviço ou atividade de investimento em instrumentos financeiros (artigo 290.º, n.º 1, c) do CVM) que, de um ponto de vista jurídico, dá origem a uma estrutura negocial triangular entre o intermediário financeiro e o cliente, constituída por três tipos de contratos: o *contrato de gestão* propriamente dito e dois *contratos de depósito* em conta corrente (de dinheiro e de títulos).

II. Com efeito, qualquer serviço de administração e gestão de bens alheios pressupõe, para além da prestação de gestão “*stricto sensu*”, uma prestação de custódia por parte do administrador ou de terceiro. Assim sucede também com a gestão de uma carteira de instrumentos financeiros. Por um lado, de uma perspetiva objetiva, os contratos de depósito de dinheiro e de títulos constituem *negócios acessórios* da relação jurídica de gestão através dos quais se garante, respetivamente, o depósito das disponibilidades monetárias aportadas pelo cliente e geradas pelas operações de investimento (resultantes das vendas ou resgates dos ativos financeiros, das cobranças dos respetivos dividendos e juros, do exercício ou alienação dos direitos de subscrição inerentes, etc.) e o depósito dos instrumentos financeiros que integram a carteira (assegurando o registo e custódia de tais instrumentos, bem assim como a prestação de outros serviços relativos aos direitos a eles inerentes, v.g., gestão de tesouraria)<sup>86</sup>. Por outro lado, de

<sup>85</sup> Sublinhe-se que o objeto do contrato de gestão de carteira não se confunde com o objeto dos próprios intermediários financeiros gestores – o qual pode, estendendo-se à gestão de patrimónios em geral, pode assim respeitar, mesmo a título principal, a outro tipo de bens (“conjuntos de bens”: cf. artigo 1.º, n.º 1 da LSGP). Cf. também BALZER, Peter, *Vermögensverwaltung*, 1141, in: AAVV, “Handbuch des deutschen und europäischen Bankrecht”, 1139-1164, Springer, Berlin, 2004.

<sup>86</sup> Sobre o depósito de disponibilidades monetárias, vide CAMANHO, P. Ponces, *O Contrato de Depósito Bancário*, 93 e ss., Almedina, Coimbra, 1998; sobre o depósito de instrumentos financeiros, vide PEREIRA, M. Rebelo, *Contratos de Registo e Depósito de Valores Mobiliários – Conceito e Regime*, in: 15 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2002), 317-332.

uma perspetiva subjetiva, tais negócios acessórios podem ser celebrados com *terceiras entidades depositárias* (v.g., artigo 5.º da LSGP) ou com a *própria entidade gestora* (configurando-se, nessa hipótese, uma união ou de coligação contratual)<sup>87</sup>: saliente-se que as contas bancárias abertas em nome dos clientes poderão ser singulares, respeitando a cada cliente individual, ou coletivas, respeitando a uma pluralidade de clientes<sup>88</sup>. Por último, de uma perspetiva operacional, esta estrutura triangular das relações jurídicas entre cliente-depositante e gestor-depositário implica ainda usualmente a atribuição pelo primeiro de um *poder geral de movimentação* daquelas contas em favor do último, que abrange todos os atos (v.g., transferências, levantamentos, ordens de pagamento, cobrança de títulos, depósitos, inscrições) necessários ou convenientes à gestão da carteira, sejam eles a crédito (v.g., depósito de saldos positivos de operações de venda de instrumentos financeiros ou exercício dos direitos inerentes) ou a débito (v.g., levantamento de quantias para realização de novas aplicações ou investimentos, para pagamento de comissões, impostos ou outros encargos relacionados com a gestão).

### 3.2. Gestão de Carteira: Conteúdo e Características

#### 3.2.1. O Contrato de Gestão como Mandato Mercantil

I. O contrato de gestão de carteira, como já foi anteriormente assinalado, encontra o seu eixo negocial fundamental num *mandato mercantil*.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> Ao contrário dos contratos mistos, que são negócios unitários resultantes da fusão de dois ou mais contratos, estamos aqui diante um conjunto de contratos que conservam a respetiva individualidade própria, embora ligados por um nexo de dependência funcional e unilateral. Sobre a união ou coligação de contratos, vide, em geral, COSTA, M. Almeida, *Direito das Obrigações*, 336 e ss., 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000; TELLES, I. Galvão, *Direito das Obrigações*, 397, 7.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

<sup>88</sup> É a chamada *conta-jumbo*, ou “conta-omnibus”, obrigando-se o gestor a desdobrar os movimentos da conta única em tantas subcontas quanto o número dos seus clientes (artigo 5.º, n.º 4 da LSGP). Cf. GUINÉ, O. Vogler, *Do Contrato de Gestão de Carteira e do Exercício de Direito de Voto: OPA Obrigatória, Comunicação de Participação Qualificada e Imputação de Direitos de Voto*, 156, in: “Direito dos Valores Mobiliários”, vol. VIII, 151-181, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

<sup>89</sup> Cf. *supra* I – 4.2.3. Neste sentido também, a maioria da doutrina portuguesa: cf. AFONSO, A. Isabel, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Deveres e Responsabilidades do Intermediário Financeiro*, cit., 58; ALMEIDA, C. Ferreira, *Relação de Clientela na Intermediação de Valores Mobiliários*, 122, in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, vol. III, 121-136, Coimbra Editora, 2001; GOMES, Fátima, *Contratos de Intermediação Financeira (Sumário Alargado)*, 569, in: AAVV, “Estudos em Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Almeida Costa”, 565-599, UCP, Lisboa, 2002; GUINÉ, O. Vogler, *Do Contrato de Gestão*

II. Com efeito, o objeto central da relação contratual gestória instituída entre o cliente (mandante) e o gestor (mandatário) consiste justamente na assunção por parte do último de uma obrigação de desenvolvimento de uma *atividade de natureza jurídico-comercial (a gestão de um património financeiro) por conta e no interesse do primeiro* (artigo 231.º do CCom), a título oneroso (artigo 232.º do CCom) e dotado de poderes gerais para a prática de todos os atos necessários ou convenientes à referida atividade gestória (artigo 233.º do CCom).

III. Este enquadramento tipológico, de resto, é largamente *confirmado tanto pela lei como pela “praxis” contratual*. Com efeito, é como “mandato” que tal contrato é frequentemente qualificado pelo direito português (artigo 1.º, n.º 3 da LSGP, artigo 199.º-A, n.º 1, d) do RGIC, artigo 68.º, n.º 2, a) do RGOIC)<sup>90</sup> e europeu (artigo 4.º, n.º 1, 8) da Diretiva 2014/65/UE, de 15 de maio)<sup>91</sup>. Além disso, na esmagadora maioria dos casos, os próprios contratos de gestão de carteira qualificam expressamente como mandato a relação gestória.<sup>92</sup>

*de Carteira e do Exercício de Direito de Voto: OPA Obrigatória, Comunicação de Participação Qualificada e Imputação de Direitos de Voto*, cit., 153 e s.; LEITÃO, A. Menezes, *O Contrato de Gestão de Carteiras*, cit., 113 e ss.; MASCARENHAS, M. Vaz, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Natureza, Conteúdo e Deveres*, cit., 123; VASCONCELOS, P. Pais, *Mandato Bancário*, 149, in: AAVV, “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles”, vol. II, 131-155, Almedina, Coimbra, 2002.

<sup>90</sup> O primeiro preceito refere que “a gestão de carteiras é exercida com base em *mandato* escrito, celebrado entre as sociedades gestoras e os respetivos clientes (...)” e o último alude “à gestão de carteiras, numa base discricionária e individualizada, no âmbito de *mandato* conferido pelos clientes (...)” (itálicos nossos).

<sup>91</sup> Este preceito define a figura como “a gestão de carteiras com base num *mandato* dado pelo cliente numa base individual e discricionária sempre que essas carteiras incluam um ou mais instrumentos financeiros” (itálicos nossos).

<sup>92</sup> É ainda essa também a posição dominante no direito comparado. Neste sentido, vide, em Espanha, qualificando este contrato como de “comisión mercantil”, HERMIDA, A. Tapia, *El Contrato de Gestión de Carteras de Inversión*, 128 e ss., CDB, Madrid, 1995; em França, qualificando-o como “contrat de mandat”, RIVES-LANGE, Jean/ CONTAMINE-RAYNAUD, Monique, *Droit Bancaire*, 767, Dalloz, Paris, 1995; em Itália, COSSU, Monica, *La “Gestione di Portafogli di Investimento” tra Diritto dei Contratti e Diritto dei Mercati Finanziari*, 25 e ss., Giuffrè, Milano, 2002. A situação já é diferente, todavia, em países cujos ordenamentos jurídicos construíram diferentemente o próprio instituto geral do mandato (civil ou comercial) – como sucede, por exemplo, na Alemanha, em face da típica gratuitidade do mandato em geral (§ 662 do “Bürgerliches Gesetzbuch”) e da tipificação delimitativa do objeto do mandato mercantil (§ 383 do “Handelsgesetzbuch”), o que tem levado a doutrina maioritária a ver na gestão de carteiras prevalentemente um contrato de prestação de serviços (“Dienstvertrag”): cf. SCHWINTOWSKY, Hans-Peter/ SCHÄFER, Frank, *Bankrecht*, 842, C. Heymanns, Köln, 1997 – ou que tenham privilegiado tradicionalmente instituições jurídicas funcionalmente equivalentes à do mandato – como sucede, por exemplo, com o “trust” ou o negócio fiduciário nos Estados Unidos da América, a cuja estrutura é habitualmente reconduzido o esquema negocial de gestão de carteiras de investimento (cf. HAPGOOD, Mark, *Paget’s Law of Banking*, 192, 10<sup>th</sup> edition, Butterworths, London, 1989).

## 3.2.2. Caraterísticas Específicas

I. Apesar desta recondução genérica ao tipo do artigo 231.º do CCom, a verdade é que o contrato de gestão se afasta também do figurino tradicional do mandato mercantil: ao passo que este último visa usualmente disciplinar relações pontuais e temporárias de causa económico-social muito variada que têm por objeto a prática pelo mandante de um conjunto delimitado de atos jurídico-comerciais concretos debaixo das instruções do mandatário, aquele contrato visa instituir e disciplinar uma relação duradoura que desempenha uma função económico-social específica, que tem por objeto imediato o desenvolvimento de uma atividade complexa de administração levada a cabo em regime de significativa autonomia por um mandatário profissional (administração essa caracterizada pelo sua índole discricionária) e por objeto mediato um acervo patrimonial “financeiro” do mandante dotado de uma unidade de fim (constituído por bens específicos, de natureza móvel, fungível e frutífera, transacionáveis em mercados de negociação próprios).<sup>93</sup>

II. Esta especificidade ficará porventura melhor evidenciada caso se atente nas *caraterísticas específicas* fundamentais ou mais marcantes da prestação do gestor-“mandatário”: tal como resulta expressamente do direito português e europeu na matéria, a prestação de administração que constitui o objeto do contrato deve consistir numa gestão *individualizada* e numa gestão *discricionária* da carteira de instrumentos financeiros.<sup>94</sup>

<sup>93</sup> Como referem Hubert VAUPLANE e Jean-Pierre BORNET, “no quadro dos poderes que lhe foram conferidos e tomando em consideração os objetivos de gestão traçados, o gestor possui toda a latitude de ação. (...) Este aspeto mostra à evidência as caraterísticas próprias da gestão de carteira: trata-se decerto de um mandato, mas de um mandato de tipo particular que o cliente não pode modificar no curso de execução. A delegação pressupõe a inteira independência do gestor no interior do perímetro preciso dos objetivos definidos pelo cliente” (*Droit des Marchés Financiers*, 807, Litec, Paris, 1998). No mesmo sentido, nota A. Tapia HERMIDA que “o contrato de gestão de carteiras de investimento encontra-se hoje numa fase de crescente inadaptação ao contrato de mandato mercantil («comisión») que lhe serve de cobertura, dado o significado social cada vez mais preciso da sua função no contexto de um mercado financeiro em desenvolvimento” (*El Contrato de Gestión de Carteras de Inversión*, 140 e 142, CDB, Madrid, 1995). Advirta-se que, diferentemente do direito português (artigo 266.º do CCom) e de outros direitos continentais, o direito comercial espanhol abrange no conceito de comissão mercantil (“comisión mercantil”) indistintamente as atuações do comitente (“comisionista”) em nome próprio e em nome alheio.

<sup>94</sup> Neste sentido também, entre nós, apontando os elementos da individualidade e da discricionariedade como elementos característicos nucleares do contrato de gestão de carteira, vide AFONSO, A. Isabel, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Deveres e Responsabilidades do Intermediário Financeiro*, cit., 60

III. A prestação gestória é, antes do mais, “*individualizada*” (artigo 335.º, n.º 1, proémio, do CVM, artigo 199.º-A, n.º 1, d) do RGIC, artigo 68.º, n.º 2, a) do RGOIC, artigo 4.º, n.º 1, 8) da DMIF II) ou exercida “numa base individual” (artigo 1.º, n.º 3 da LSGP): tal significa que a prestação do gestor de carteiras se deve adaptar aos objetivos e finalidades próprias de investimento de cada cliente individual. Desta característica fundamental – que nos permite distinguir o contrato de gestão de carteira dos fenómenos de gestão coletiva de valores mobiliários, tais como os organismos de investimento coletivo (“maxime”, fundos de investimento mobiliário) e os chamados clubes de investidores<sup>95</sup> – resultam algumas consequências importantes no plano do regime jurídico e dos efeitos da relação gestória: entre elas, refiram-se a *personalização mínima dos contratos de gestão* – em sede do objeto da carteira (v.g., tipos de instrumentos financeiros, perfil de risco do investidor), do âmbito e limites dos poderes de gestão conferidos ao gestor (v.g., grau de discricionariedade, frequência das instruções do cliente, concessão de poderes de representação, delegação de poderes de gestão em terceiro) e de vários outros aspetos (v.g., comissões e encargos de gestão, periodicidade e conteúdo da informação a prestar) – e a *heterorregulação da atividade do gestor* – no sentido em que, no silêncio do contrato, é ao cliente que cabe sempre a última palavra em matéria da gestão de carteira, já que a lei lhe reserva o poder de emitir ordens vinculativas ao gestor quanto às operações a realizar (artigo 336.º, n.º 1 do CVM).<sup>96</sup>

IV. Mais importante e complexa, todavia, é a alusão legal à natureza “*discricionária*” da gestão de carteira (artigo 1.º, n.º 3 da LGPS, artigo 199.º-A, n.º 1, d) do RGIC, artigo 68.º, n.º 2, a) do RGOIC, artigo 4.º, n.º 1, 8) da DMIF II)<sup>97</sup>. Ao contrário das comuns relações de mandato – nas quais o mandatário, não obstante possuir alguma margem de autonomia, atua tipicamente debaixo das instruções diretas fixadas pelo mandante –, é da própria essência do contrato de gestão de carteira a atribuição de uma ampla liberdade de decisão e de

e ss.; ALMEIDA, C. Ferreira, *Relação de Clientela na Intermediação de Valores Mobiliários*, 122, in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, vol. III, 121-136, Coimbra Editora, 2001.

<sup>95</sup> Sobre estas figuras afins do contrato de gestão de carteira, bem assim como sobre a distinção entre gestão individualizada e gestão coletiva, vide *supra* I – 3.2.

<sup>96</sup> Advirta-se que o grau de heterorregulação do gestor de carteiras é, todavia, muito diferente do de um normal mandatário mercantil, dadas as compressões que lhe são impostas pela outra característica fundamental deste “mandato”, a seguir descrita: a discricionariedade da gestão. Sobre as instruções concretas de investimento emitidas pelos clientes, vide *infra* II – 4.1.2.

<sup>97</sup> Sublinhe-se, contudo, que o atual artigo 335.º do CVM, ao contrário das versões pretéritas (artigo 332.º, n.º 1 do CVM e artigo 661.º do CodMVM de 1991), não contém qualquer referência à natureza “discricionária” da gestão.

atuação ao gestor-mandatário<sup>98</sup>. A razão última para esta circunstância reside na própria peculiaridade do seu objeto – a gestão de um património financeiro. Constituindo os instrumentos financeiros ativos móveis, fungíveis e frutíferos que são transacionados em mercados próprios extremamente complexos, a sua eficiente gestão – outrossim que apenas acessível, em regra, a intermediários profissionais dotados dos necessários recursos organizativos, técnicos e humanos – requer a atribuição ao gestor de uma liberdade de movimentos para, momento a momento, determinar quais as oportunidades mais prometedoras de investimento ou as aplicações mais oportunas sem necessidade de auscultar previamente o cliente. Evidentemente, esta característica liberdade do gestor não é absoluta, encontrando-se simultaneamente sujeita a limites de dois tipos: limites de natureza contratual – mormente, a delimitação do âmbito da prestação gestória prevista no próprio contrato de gestão (artigo 1161.º, a) do CCivil, artigos 231.º e 239.º do CCom)<sup>99</sup> – e limites de natureza legal – incluindo as normas gerais relativas aos contratos de intermediação financeira e as normas especiais relativas ao tipo contratual em particular, v.g., os direitos do cliente de emitir ao gestor instruções vinculativas a respeito de operações concretas (artigo 336.º, n.º 1 do CVM) e de ser informado “pari passu” por aquele (artigos 314.º-A e 323.º, n.ºs 8 e 9 do CVM)<sup>100</sup>. Todavia, para o comum dos casos, no silêncio do contrato e das partes, a verdade é que será o gestor que tem as rédeas da gestão quotidiana do “património financeiro” do cliente: compreende-se, pois, a afirmação de Alberto Tapia HERMIDA, quando este refere que “a «autonomia decisória» do banco gestor é um elemento característico deste contrato bancário porquanto constitui uma «conditio sine qua non» para o desenvolvimento do tipo de administração que é exigido pela gestão de uma carteira de valores”.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> Como sublinham Hubert VAUPLANE e Jean-Pierre BORNET, “dans le cadre des pouvoirs qu’il a reçus et en prenant en considération les objectifs de gestion retenus, le gérant possède toute latitude d’action” (*Droit des Marchés Financiers*, 271, Litec, Paris, 1998). Sobre este aspeto crucial, vide já *supra* I – 3.1.

<sup>99</sup> Sobre tais limites contratuais, vide *infra* I – 4.1.1. No mesmo sentido, MASCARENHAS, M. Vaz, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Natureza, Conteúdo e Deveres*, cit., 119; MOREIRA, T. Correia, *O Escrutínio da Discricionariedade do Intermediário Financeiro no Âmbito de Contratos de Gestão de Carteira*, cit., 182 e s.

<sup>100</sup> Sublinhe-se que o âmbito da discricionariedade do gestor pode ser alargado, tornando-se mesmo imune às ordens ou instruções do cliente, sempre que o contrato preveja uma garantia de rentabilidade mínima da carteira do cliente – caso em que o gestor não tem um dever de obediência ou acatamento relativamente a tais instruções (artigo 336.º, n.º 2 do CVM).

<sup>101</sup> *Contratos Bancarios de Depósito, Administración, Llevanza del Registro Contable y Gestión de Valores*, 1049, in: Carol, U. Nieto (dir.), “Contratos Bancarios y Parabancarios”, 1003-1059, Lex Nova, Valladolid, 1998. Num sentido algo semelhante, salientando o papel central da autonomia do gestor, vide AFONSO, A. Isabel, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Deveres e Responsabilidades do Intermediário*



V. Por fim, tal como o mandato civil e mercantil pode ser ou não de natureza representativa (artigos 1178.º e segs. do CCivil, artigos 266.º e segs. do CCom), também assim o gestor de carteiras poderá ser investido ou não de *poderes de representação* do cliente. Neste último caso – que será porventura o mais frequente na “praxis” contratual<sup>102</sup> e que parece ser também o que se melhor coaduna com o estatuto profissional do próprio gestor (mormente, o dever de segregação patrimonial do artigo 306.º do CVM, que obriga a uma clara separação entre os patrimónios do gestor e dos seus clientes) –, o gestor-mandatário leva a cabo os atos de administração da carteira (“maxime”, aquisições e alienações de instrumentos financeiros), não apenas por conta e no interesse do cliente-mandante, mas também em nome deste, projetando-se de imediato os efeitos de tais atos na respetiva esfera jurídica (artigo 258.º do CCivil).

#### 4. *Efeitos do Contrato*

##### 4.1. *Obrigações do Gestor*

###### 4.1.1. Dever de Execução da Gestão

I. À semelhança do que sucede com o mandatário civil ou mercantil (artigo 1161.º, a) do CCivil, artigo 231.º do CCom)<sup>103</sup>, a obrigação fundamental do gestor consiste no *dever de execução da gestão*. São três as notas caracterizadoras fundamentais de tal dever, que a doutrina justamente qualifica como constituindo a “obrigação principal”<sup>104</sup>, a “obrigação fundamental”<sup>105</sup> ou o “dever fundamental”<sup>106</sup> do mandato de gestão de carteiras.

*Financeiro*, cit., 61; DUARTE, R. Pinto, *Contratos de Intermediação no Código de Valores Mobiliários*, cit., 365; LEITÃO, A. Menezes, *O Contrato de Gestão de Carteiras*, cit., 111 e s.; MASCARENHAS, M. Vaz, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Natureza, Conteúdo e Deveres*, cit., 118.

<sup>102</sup> Em sentido contrário, considerando que “a regra geral deva ser a ausência de representação”, vide LEITÃO, A. Menezes, *O Contrato de Gestão de Carteiras*, cit., 114.

<sup>103</sup> GOMES, M. Costa, *Contrato de Mandato*, 343 e ss., in: AAVV, “Direito das Obrigações”, 3.º vol., 263-408, AAFDL, Lisboa, 1991; para os mandatários mercantis, vide GOMES, M. Costa, *Contrato de Mandato Mercantil*, 499 e ss., in: AAVV, “Operações Comerciais”, 465-565, Almedina, Coimbra, 1988.

<sup>104</sup> LEITÃO, A. Menezes, *O Contrato de Gestão de Carteiras*, cit., 116.

<sup>105</sup> AFONSO, A. Isabel, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Deveres e Responsabilidades do Intermediário Financeiro*, cit., 77.

<sup>106</sup> MASCARENHAS, M. Vaz, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Natureza, Conteúdo e Deveres*, cit., 117.

II. Por um lado, trata-se de uma obrigação de execução da *prestação gestória convencionada*: o objeto de tal obrigação abrange assim a *prática de todos os, mas apenas dos, atos jurídicos ou materiais compreendidos no programa contratual*<sup>107</sup>. Duma banda, abrangem-se todos os “atos compreendidos no mandato” (artigo 1161.º, a) CCivil) ou “atos necessários à sua execução” (artigo 233.º do CCom): aqui se podem incluir, em via geral e abstrata, todos os atos necessários ou convenientes à execução do mandato conferido, tais como, por exemplo, a subscrição, aquisição, alienação ou resgate de instrumentos financeiros, a cobrança de juros e dividendos, o exercício de direitos de incorporação, de subscrição preferente e demais direitos económicos ou organizativos, e assim por diante (cf. também o artigo 6.º da LSGP). Doutra banda, e em contrapartida, excluem-se logicamente todos os atos que sejam estranhos ou excedam o programa contratual da prestação gestória: tal será o caso, por exemplo, da aquisição de instrumentos financeiros que foram excluídos da composição da carteira do cliente, da realização de operações de investimento ou desinvestimento vedadas pelo contrato, ou do exercício de direitos de voto inerentes aos instrumentos em carteira quando tenha sido convencionada a necessidade de autorização do cliente.

III. Por outro lado, trata-se de uma *obrigação de execução pessoal*. Atenta a relação de colaboração e confiança instituída através do contrato de gestão, a prestação gestória deverá, em princípio e na falta de disposição das partes, ser levada a cabo através do próprio gestor. Esta natureza “*intuitus personae*”, todavia, não impede que o gestor recorra à subcontratação (artigo 308.º do CVM), nem coarta a liberdade de as partes contratantes convencionarem no próprio contrato a possibilidade de o gestor delegar os seus poderes em terceiro para o desempenho de aspetos concretos da prestação gestória.

IV. Por fim, mas não menos importante, a obrigação do gestor de carteiras é uma *obrigação de meios*, não de resultado<sup>108</sup>: o gestor vincula-se a desenvol-

<sup>107</sup> Relembre-se ser consensual na doutrina e jurisprudência que a vontade do mandante possui “uma importância típica” (GOMES, M. Costa, *Contrato de Mandato*, 344, in: AAVV, “Direito das Obrigações”, 263-408, AAFDL, Lisboa, 1991) ou um “papel preponderante” (VARELA, J. Antunes/ LIMA, F. Pires, *Código Civil Anotado*, vol. II, 795, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997).

<sup>108</sup> A distinção entre obrigações de meios e de resultado – forjada pela doutrina civilista e com relevo particular no plano do cumprimento das obrigações (cf. COSTA, M. Almeida, *Direito das Obrigações*, 960 e s., 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000) – pode reconduzir-se, no essencial, ao seguinte: nas primeiras (também conhecidas por obrigações de atividade ou de pura diligência), o devedor compromete-se perante o credor a desenvolver uma atividade com vista à obtenção de um determinado efeito, sem, todavia, ficar obrigado à efetiva verificação ou produção deste último; nas segundas, ao invés, o devedor vincula-se diretamente a obter um determinado efeito ou consequência útil perante o credor.

ver de forma diligente uma atividade de gestão tendente à rentabilização do património financeiro do seu cliente, mas de modo algum se compromete ou responsabiliza pela sua efetiva consecução. Recorde-se que o setor mais numeroso e significativo de atos compreendidos no âmbito da prestação gestória de uma carteira de investimentos financeiros apresenta, por definição, características de aleatoriedade e incontrolabilidade que torna impossível e inexigível, mesmo ao mais experimentado ou preparado dos gestores profissionais, garantir à partida qualquer resultado efetivo: como refere M. Carneiro da FRADA, “sendo o cliente titular da carteira, é ele que terá de correr o risco das respetivas desvalorizações – inclusivamente face às variações anormais dos mercados em que fossem negociados os valores mobiliários e instrumentos financeiros que integrassem essa carteira”<sup>109</sup>. Daqui se retira também que – ressalvados naturalmente os casos em que as partes hajam expressamente disposto em sentido contrário (“maxime”, através de cláusulas de garantia de rentabilidade mínima de carteira: cf. artigo 336.º, n.º 2 do CVM) ou os casos de responsabilidade do gestor por incumprimento contratual (“maxime”, violação do âmbito do mandato, dos deveres de acatamento das instruções do cliente, do dever de diligência, ou de outros deveres legais ou contratuais) –, os aumentos ou diminuições do valor do património financeiro administrado correrão por conta e risco do seu próprio titular, não respondendo o gestor pelas eventuais perdas decorrentes dessa gestão.

<sup>109</sup> *Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito vs. Contratos de Gestão de Carteira*, 472, in: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia”, 453-503, Almeida, Coimbra, 2010. Esta nota distintiva – de resto, já comum para obrigação paralela no âmbito da generalidade dos negócios que têm por objeto a administração de patrimónios alheios (pense-se, por exemplo, no dever de gestão dos administradores das sociedades comerciais: cf. RODRIGUES, I. Duarte, *A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas*, 176 e ss., Petrony, Lisboa, 1990) – é também comunmente sublinhada na doutrina estrangeira. Assim, por exemplo, Thierry BONNEAU: o gestor bancário “est seulement tenue d’une obligation de moyens parce que la gestion d’un portefeuille dépend de circonstances indépendantes de la diligence de la banque, telles que les variations de la conjoncture économique ou encore l’administration de la société émettrice” (*Droit Bancaire*, 469, 2<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Paris, 1996); Christian GAVALDA/ Jean SOUFFLET: “le banquier n’a, en tout cas, qu’une obligation de moyens et non de résultat” (*Droit Bancaire*, 2<sup>ème</sup> édition, 408, Litec, Paris, 1994); Jean RIVES-LANGE/ Monique CONTAMINE-RAYNAUD: “son obligation est une obligation de moyens, la gestion d’un portefeuille étant trop affectée par des éléments indépendants de la diligence du banquier (conjoncture économique, gestion de la société choisie, etc.)” (*Droit Bancaire*, 767, Dalloz, Paris, 1995).

## 4.1.2. Dever de Execução das Instruções do Cliente

I. Uma segunda obrigação fundamental do gestor traduz-se no seu *dever de acatamento das instruções emitidas pelo cliente*: nos termos do artigo 336.º, n.º 1 do CVM, “mesmo que tal não esteja previsto no contrato, o cliente pode dar ordens vinculativas ao gestor quanto às operações a realizar”.<sup>110</sup>

II. Tal obrigação – que constitui, de resto, um afloramento concreto da obrigação geral de execução da prestação gestória – é consistente com as *disposições gerais do mandato*, quer do mandato civil (“o mandatário é obrigado a praticar os atos compreendidos no mandato, segundo as instruções do cliente”: cf. artigo 1161.º, a) do CCivil), quer do mandato comercial (“o mandatário que não cumprir o mandato em conformidade com as instruções recebidas e, na falta e insuficiências delas, com os usos de comércio, responde por perdas e danos”: cf. artigo 238.º do CCom)<sup>111</sup>. Tal obrigação é, além disso, uma *obrigação legal imperativa e inderrogável*, que vale independentemente da vontade expressa das partes (artigo 336.º, n.º 1, “ab initio”, do CVM) e que não pode ser afastada nem mesmo pela vontade das próprias partes exceto nos contratos que garantam uma rentabilidade mínima da carteira (artigo 336.º, n.º 2 do CVM).

III. Em abstrato, as instruções dadas pelo titular de uma carteira de instrumentos financeiros ao respetivo gestor (“Individualvereinbarungen”, “specific investment management agreements”, “instrucciones”) podem revestir diferentes *modalidades*: as instruções podem ser gerais ou concretas (consoante fixem os objetivos estratégicos da gestão ou especifiquem as categorias individuais dos atos a praticar ou não praticar pelo gestor), originárias ou supervenientes (consoante se encontrem previstas no programa contratual inicialmente convencionado pelas partes ou emitidas no decurso da relação contratual gestória), vinculativas ou indicativas (consoante determinem em termos cogentes a conduta do gestor ou se limitem a fornecer-lhe indicativamente um quadro de alternativas de atuação) ou ainda frequentes ou ocasionais (consoante são

<sup>110</sup> Sobre tal obrigação, vide AFONSO, A. Isabel, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Deveres e Responsabilidades do Intermediário Financeiro*, cit., 61; LEITÃO, A. Menezes, *O Contrato de Gestão de Carteiras*, cit., 116; MASCARENHAS, M. Vaz, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Natureza, Conteúdo e Deveres*, cit., 119; MOREIRA, T. Correia, *O Escrutínio da Discricionariedade do Intermediário Financeiro no Âmbito de Contratos de Gestão de Carteira*, cit., 180 e s.

<sup>111</sup> Sobre esta obrigação do mandatário civil e mercantil, GOMES, M. Costa, *Contrato de Mandato*, 344, in: AAVV, “Direito das Obrigações”, 263-408, AAFDL, Lisboa, 1991.

emitidas em número elevado ou reduzido). Em qualquer caso, as instruções do cliente ficam sujeitas aos deveres gerais de registo e arquivo (artigo 307.º-B do CVM).

IV. É mister chamar a atenção, todavia, para o *alcance relativo* desta obrigação na “praxis” deste serviço de intermediação financeira. Assentes tipicamente em modelos negociais estandardizados e predeterminados pelo gestor, os contratos de gestão de carteira deixam usualmente pouco espaço para as instruções futuras ou sucessivas do cliente, ao abrigo da faculdade conferida pela parte inicial do artigo 336.º, n.º 1 do CVM: tais instruções, a existir, revestem normalmente uma natureza prévia e genérica – relativas aos objetivos gerais do investimento, v.g., orientações básicas das aplicações (gestão conservadora ou especulativa), composição da carteira (ações, obrigações, unidades de participação, derivados, etc.) – ou uma natureza acessória – relativas a aspetos meramente operacionais ou secundários da relação gestória, v.g., movimentação a débito das contas de depósito acopladas ao contrato.<sup>112</sup>

#### 4.1.3. Dever de Diligência

I. Uma terceira obrigação fundamental do gestor traduz-se no seu *dever de conduta diligente*. Talqualmente os mandatários em geral se vinculam a desempenhar o mandato conferido com “a diligência de um bom pai de família” (artigo 1161.º, a) do CCivil)<sup>113</sup>, também assim o gestor de um património financeiro deve pautar a sua atividade e conduta por padrões de diligência: ou seja, mais do que simplesmente obrigado a executar a prestação gestória e a acatar as instruções do cliente, o gestor de carteiras está obrigado a fazê-lo de um modo diligente.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> Em suma, como assinala Alberto Tapia HERMIDA, “o resultado consiste na transformação, no âmbito do contrato de gestão de carteira, da clássica obrigação de acatar as instruções específicas do mandante numa obrigação de seguir as diretrizes genéricas estabelecidas de acordo com os objetivos manifestados pelo investidor” (*El Contrato de Gestión de Carteras de Inversión*, 367, CDB, Madrid, 1995).

<sup>113</sup> Embora o preceito não lhe faça referência expressa (como sucedia com o preceito congénere do artigo 1336.º do Código Civil de 1867), a doutrina portuguesa aponta consensualmente para o padrão geral de apreciação da culpa fixado no artigo 487.º, n.º 2 do CCivil (cf. VARELA, J. Antunes/ LIMA, F. Pires, *Código Civil Anotado*, vol. II, 794, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997).

<sup>114</sup> Sobre este dever, vide LEITÃO, A. Menezes, *O Contrato de Gestão de Carteiras*, cit., 117 e s.; MASCARENHAS, M. Vaz, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Natureza, Conteúdo e Deveres*, cit., 125 e ss.

II. Este dever de diligência foi objeto de uma expressa consagração no âmbito dos contratos de intermediação financeira, como é o caso do contrato de gestão de carteira: com efeito, a LSGP determina que “a sociedade gestora a quem for conferido o mandato deverá, por todos os meios ao seu alcance, *diligenciar* pelo respetivo cumprimento” (artigo 4.º, n.º 2); o CVM prescreve que os intermediários “devem observar os ditames da boa fé, de acordo com elevados padrões de *diligência*, lealdade e transparência” (artigo 304.º, n.º 2); e o RGIC, aplicável aos gestores de carteiras (cf. também artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 163/94), prevê que os administradores e empregados dos bancos e sociedades gestoras de patrimónios “devem proceder, tanto nas relações com os clientes como nas relações com outras instituições, com *diligência*, neutralidade, lealdade e discrição e respeito consciencioso dos interesses que lhes estão confiados” (artigo 74.º) (itálicos nossos).

III. Tal dever afere-se por *padrões de diligência especialmente qualificados ou reforçados*. Em contraste com o critério geral de diligência (“bonus pater familias”: cf. artigos 487.º, n.º 2, e 799.º, n.º 2 do CCivil), mas à semelhança do que sucede com outros gestores de patrimónios alheios (v.g., administradores de sociedades comerciais: cf. artigo 64.º, n.º 1, a) do CSC), o gestor de carteira está obrigado a adotar um “critério de diligência qualificado” (“diligentissimus pater familias”). Isso mesmo resulta inequivocamente, quer do artigo 4.º, n.º 2 da LSGP (segundo o qual o gestor “a quem for conferido o mandato deverá, *por todos os meios ao seu alcance*, diligenciar pelo respetivo cumprimento”), quer do citado princípio geral do artigo 304.º, n.º 2 do CVM (que expressamente se refere à atuação do gestor “de acordo com *elevados* padrões de diligência”), quer ainda de várias outras disposições legais previstas no mesmo diploma – que lhe impõem, no cumprimento de diversas obrigações especiais, a observância de “elevados padrões de diligência profissional” (artigo 306.º-A, n.º 1, a)), de atuação “com especial cuidado e diligência” (artigo 306.º-C, n.º 3, a)), de atuação “de acordo com elevados padrões de diligência” (artigo 307.º, n.º 5, c)) ou de análise “com especial cuidado e diligência (d)as ordens e (d)as transações” (artigo 311.º, n.º 3, todos do CVM).

#### 4.1.4. Deveres de Informação

I. Uma importante componente do estatuto jurídico-passivo do gestor de carteira consiste nos seus *deveres de informação* para com os respetivos clientes. Estes deveres – já previstos para os mandatários civis e mercantis em geral (artigo

1161.º, c) do CCivil, artigos 239.º e 240.º do CCom) – são particularmente relevantes e substanciais no domínio dos contratos de gestão de carteira.<sup>115</sup>

II. A *informação* constitui um dos pilares da atual regulação jurídica do mercado de capitais: nos termos do artigo 7.º do CVM, sob a epígrafe “qualidade da informação”, o legislador português determinou que a informação respeitante ao exercício das atividades de intermediação financeira deve ser “completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita”<sup>116</sup>. Os deveres de informação dos intermediários financeiros – também conhecidos noutras ordens jurídico-mobiliárias estrangeiras (“information duties”, “Zweckdienliche Informationen”, “devoirs d’information”, “obblighi informativi”)<sup>117</sup> – encontram-se genericamente previstos no *artigo 312.º do CVM*, além de outra legislação avulsa (“maxime”, Regulamentos da CMVM), tendo vindo a sofrer uma sucessiva densificação ao longo dos tempos (pré-DMIF, pós-DMIF I, pós-DMIF II).

III. O *mandamento geral* na matéria encontra-se previsto no artigo 312.º, n.º 1 do CVM, que estabelece o princípio fundamental segundo o qual “o intermediário financeiro deve prestar, relativamente aos serviços que ofereça, que lhe sejam solicitados ou que efetivamente preste, todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada”. Na impossibilidade de realizar uma descrição exaustiva da panóplia de deveres informativos específicos que concretizam este mandamento geral e que são relevantes para a gestão de carteiras, ficaremos aqui por um brevíssimo apontamento das suas duas principais categorias no quadro da legislação atualmente em vigor: os deveres de *informação pré-contratual* e os deveres de *informação contratual e pós-contratual*.<sup>118</sup>

<sup>115</sup> Sobre estes deveres informativos, vide AFONSO, A. Isabel, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Deveres e Responsabilidades do Intermediário Financeiro*, cit., 74 e s.; GONZALEZ, P. Boullosa, *Gestão de Carteiras – Deveres de Informação*, in: 30 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2008), 147-166; LEITÃO, A. Menezes, *O Contrato de Gestão de Carteiras*, cit., 118 e s.; MASCARENHAS, M. Vaz, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Natureza, Conteúdo e Deveres*, cit, 124 e s.

<sup>116</sup> Sobre a informação em geral, vide CASTRO, C. Osório, *A Informação no Direito do Mercado de Valores Mobiliários*, in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, 333-347, Lex, Lisboa, 1997; FERREIRA, E. Paz, *A Informação no Mercado de Valores Mobiliários*, in: 50 “Separata da Revista da Banca” (2000), 5-23.

<sup>117</sup> Em diferentes ordens jurídicas europeias, vide ANNUNZIATA, Filippo, *La Disciplina del Mercato Mobiliari*, 122 e ss., Giappichelli, Torino, 2008; HERMIDA, A. Tapia, *Derecho del Mercado de Valores*, 326 e ss., Cálamo, Barcelona, 2003; HUDSON, Alastair, *The Law of Finance*, 232 e ss., Sweet & Maxwell, London, 2009; KÜMPEL, Siegfried, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, 1920 e ss., V. Otto Schmidt, Köln, 2004.

<sup>118</sup> Esta distinção aparece, por vezes, debaixo de outras roupagens terminológicas, distinguindo-se, por exemplo, entre *informação prévia* e *sucessiva* (SANTOS, G. Castilho, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro perante o Cliente*, 140 e ss., Almedina, Coimbra, 2008) ou entre *informação*

IV. Os primeiros deveres (*informação prévia ou pré-contratual*) respeitam às informações que o intermediário financeiro se encontra vinculado a prestar antes do início de qualquer serviço de intermediação financeira a potenciais clientes: entre tais informações, destacam-se a identificação do intermediário e dos serviços prestados, a categorização dos investidores, os instrumentos financeiros e estratégias de investimento propostos, os riscos especiais envolvidos nas operações a realizar, a política de execução de ordens, a existência ou não de fundo de garantia ou de proteção equivalente, e os custos do serviço a prestar. Este primeiro tipo de deveres informativos é objeto de uma disciplina jurídica extremamente minuciosa, que se encontra atualmente prevista em normativos nacionais (artigo 312.º, n.º 1 do CVM) e comunitários (Regulamento Delegado UE/2017/565, de 25 de abril), onde se incluem regras relativas à prestação de informações corretas, claras, e que não induzam em erro (artigo 24.º, n.º 3 da DMIF II, artigo 44.º do Regulamento Delegado UE/2017/565) e às obrigações gerais de prestação de informações aos clientes (artigo 24.º, n.º 4 da DMIF II, artigo 44.º do Regulamento Delegado UE/2017/565). Trata-se, em qualquer caso, de *deveres secundários de prestação* no âmbito da relação jurídico-negocial a estabelecer entre intermediário e cliente, de natureza “ex lege”, autónoma e imperativa (que valem independentemente de cláusula contratual expressa ou mesmo, em certos casos, contra cláusula contratual em sentido contrário), destinados a preparar o cabal e correto cumprimento da prestação primária ou típica decorrente do concreto serviço ou negócio de intermediação financeira em causa, cuja violação por parte do intermediário financeiro pode originar um cumprimento defeituoso ou o incumprimento puro e simples por parte deste e a consequente responsabilidade civil deste nos termos gerais.<sup>119</sup>

V. Os últimos deveres (*informação contratual e pós-contratual*) respeitam às informações que o intermediário está obrigado a prestar aos clientes no momento da celebração e no decurso da vida dos contratos: entre tais informações, refiram-se as relativas ao conteúdo mínimo obrigatório dos contratos de intermediação financeira (artigo 321.º-A do CVM), ao direito de desistência no caso dos contratos celebrados fora do estabelecimento (artigo 322.º do CVM), à avaliação do caráter adequado das operações relativas à carteira

*periódica e contínua* (OGANDO, J. Avillzeiz, *Os Deveres de Informação Permanente no Mercado de Capitais*, 203 e ss., in: 64 “Revista da Ordem dos Advogados” (2004), 201-256).

<sup>119</sup> Sobre tal natureza jurídica dos deveres informativos pré-contratuais, vide RODRIGUES, P. Miguel, *A Intermediação Financeira: Em Especial, os Deveres de Informação do Intermediário Perante o Cliente*, 119, in: 1 “Data Venia” (2013), 101-131; SANTOS, G. Castilho, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro perante o Cliente*, cit., 141 e s.

*O Direito* 151.º (2019), III, 477-535



(artigo 314.º-A do CVM), além de muitos outros (v.g., prestação de informações solicitadas pelos clientes: cf. artigo 85.º, n.º 1, a) e n.º 4 do CVM). Particularmente relevantes são o dever de comunicação imediata dos negócios concluídos – segundo o qual as sociedades gestoras estão obrigadas “a comunicar imediatamente a cada mandante os pormenores dos negócios concluídos, expedindo no próprio dia a respetiva confirmação escrita, salvo se o cliente indicar outra coisa” (artigo 4.º, n.º 1, d) da LSGP) – e o dever de informação periódica a prestar ao cliente – segundo o qual o intermediário financeiro está obrigado a remeter por escrito “relatórios adequados sobre o serviço prestado, incluindo comunicações periódicas aos clientes, tendo em conta o tipo e a complexidade dos instrumentos financeiros em causa e a natureza dos serviços prestados e inclui, sempre que aplicável, os custos das transações e serviços executados em nome do cliente” (artigo 323.º, n.º 1 do CVM)<sup>120</sup>. Este segundo tipo de deveres informativos foi também extensivamente densificado nas citadas DMIF II e Regulamento Delegado UE/2017/565 (“ex vi” do artigo 323.º, n.º 8 do CVM), em especial no que diz respeito à gestão de carteira (artigo 25.º, n.º 6 da DMIF II, artigos 60.º e segs. do Regulamento Delegado UE/2017/565): entre a copiosa informação exigida (v.g., conteúdo e valor da carteira, informações sobre todos os instrumentos financeiros detidos, seu valor de mercado ou o justo valor, saldo de caixa no período, resultados da carteira no período, montante total das comissões e encargos), destaque-se o dever de o gestor informar o cliente de quaisquer diminuições do valor da carteira de valor igual ou superior a 10% o mais tardar até ao fim do dia útil em que esse limiar percentual foi ultrapassado (artigo 62.º do citado Regulamento)<sup>121</sup>. De forma algo diversa, encontramos agora, em regra, diante de *deveres acessórios de conduta* do serviço ou contrato de intermediação financeira celebrado entre intermediário e cliente, destinados a assegurar o regular desenvolvimento da relação negocial, a plena satisfação dos interesses do cliente e a prevenção de danos, não sendo de excluir, todavia, que alguns desses deveres informativos contratuais pós-contratuais correspondam a autónomos deveres secundários de prestação cuja violação seja igualmente fonte autónoma de responsabilidade civil para o intermediário (sobretudo, aqueles que visam manter o cliente a par

<sup>120</sup> A coexistência destes deveres legais de prestação imediata e periódica de informações sobre os atos praticados no âmbito da gestão de carteira pode relevar-se problemática: no comum dos casos, as regras de prestação da informação ao cliente acordadas pelas partes nos seus contratos de gestão de carteira apontarão para uma prestação de natureza periódica, que assim prevalecerá sobre a prestação imediata (cf. a ressalva da parte final da alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º da LSGP).

<sup>121</sup> Sobre o regime anterior, vide GONZALEZ, P. Boulosa, *Gestão de Carteiras – Deveres de Informação*, cit., 147 e ss.

das vicissitudes e dos resultados das suas operações de investimento, por forma a permitir-lhe tomar de modo informado e tempestivo eventuais decisões de desinvestimento).<sup>122</sup>

VI. O regime legal destes deveres de informação prévia, contemporânea e sucessiva nas relações de gestão de carteira é igualmente vasto e complexo. Entre os aspetos mais relevantes, refira-se, relativamente ao seu *âmbito subjetivo*, que a lei fez abranger por tais deveres também outros sujeitos integrados na órbita do intermediário financeiro, designadamente, os titulares do seu órgão de administração, os seus dirigentes efetivos, e os seus colaboradores (artigo 304.º, n.º 5 do CVM)<sup>123</sup>; e relativamente ao seu *âmbito funcional*, que a lei fixou uma regra de “proporcionalidade inversa” entre a densidade do dever informativo do intermediário-gestor e a categorização do investidor-cliente ao determinar que “a extensão e a profundidade da informação devem ser tanto maiores quanto menor for o grau de conhecimentos e de experiência do cliente” (artigo 312.º, n.º 2 do CVM).<sup>124</sup>

#### 4.1.5. Outros Deveres

I. Finalmente, revestindo necessariamente a natureza de intermediário financeiro, o gestor de carteira encontra-se sujeito ao conjunto dos *deveres de conduta* que integram o seu estatuto jurídico-profissional no quadro da prestação desse serviço de intermediação financeira perante os respetivos clientes.<sup>125</sup>

<sup>122</sup> Sobre a natureza jurídica dos deveres informativos pós-contratuais, vide RODRIGUES, P. Miguel, *A Intermediação Financeira: Em Especial, os Deveres de Informação do Intermediário Perante o Cliente*, 119, in: 1 “Data Venia” (2013), 101-131; SANTOS, G. Castilho, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro Perante o Cliente*, cit., 140. Sobre o dever de prestar, bem assim como a distinção entre dever de prestação principal, deveres secundários de prestação, e deveres acessórios de conduta, no âmbito das relações obrigacionais, vide VARELA, J. Antunes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 121 e ss., 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.

<sup>123</sup> Acrescente-se que, por força do artigo 324.º, n.º 1 do CVM, “são nulas quaisquer cláusulas que excluam a responsabilidade do intermediário financeiro por atos praticados por seu representante ou auxiliar”.

<sup>124</sup> Sobre esta regra da “proporcionalidade inversa”, vide já *supra* II – 1.1.

<sup>125</sup> Considerando também aplicáveis ao gestor de carteiras este conjunto de deveres gerais de conduta, vide AFONSO, A. Isabel, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Deveres e Responsabilidades do Intermediário Financeiro*, cit., 71 e ss.; LEITÃO, A. Menezes, *O Contrato de Gestão de Carteiras*, cit., 117 e ss.; MASCARENHAS, M. Vaz, *O Contrato de Gestão de Carteiras: Natureza, Conteúdo e Deveres*, cit., 117 e ss.

II. Os deveres legais de conduta dos intermediários financeiros são numerosíssimos, podendo revestir natureza comportamental (“Verhaltenspflichten”) ou organizativa (“Organisationspflicht”). Entre eles, destacam-se os deveres de boa-fé, diligência, lealdade, transparência e segredo profissional (artigo 304.º), de organização interna (artigos 305.º a 305.º-G), de segregação patrimonial (artigos 306.º a 306.º-G), de registo (artigos 307.º a 307.º-B), de prevenção de conflitos de interesse (artigos 309.º a 309.º-H), de aprovação e distribuição de instrumentos financeiros (artigos 309.º-I a 309.º-N), de defesa do mercado (artigos 310.º e 311.º), de informação (artigos 312.º e 312.º-H), de adequação (artigos 314.º a 314.º-D) e de categorização (artigos 317.º a 317.º-D).<sup>126</sup>

III. Estes deveres legais dos intermediários financeiros consubstanciam verdadeiros e próprios *deveres jurídicos de conduta profissional* no exercício das atividades de intermediação financeira (“rules of business conduct”<sup>127</sup>, “Verhaltensregeln”<sup>128</sup>, “regole di condotta”<sup>129</sup>, “normas de conducta”<sup>130</sup>), cuja violação pode ser fonte para aqueles de responsabilidade civil e consequente obrigação de indemnização perante os respetivos clientes (artigos 304.º-A e 324.º do CVM).<sup>131</sup>

## 4.2. Obrigações do Cliente

### 4.2.1. Dever de Remuneração

I. O *dever de remuneração* (“Entgelt”, “fee payment”) é a obrigação fundamental do cliente, constituindo a contrapartida da prestação contratual do gestor: situada em pleno eixo do próprio sinalagma contratual, dir-se-ia que ela

<sup>126</sup> Cf. *supra* II – 1.1.

<sup>127</sup> HUDSON, Alastair, *The Law of Finance*, 225 e ss., Sweet & Maxwell, London, 2009.

<sup>128</sup> KÜMPEL, Siegfried, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, 1898 e ss., 3. Aufl., V. Otto Schmidt, Köln, 2004.

<sup>129</sup> ANNUNZIATA, Filippo, *La Disciplina del Mercato Mobiliari*, 137 e ss., Giappichelli, Torino, 2008.

<sup>130</sup> HERMIDA, A. Tapia, *Derecho del Mercado de Valores*, 318 e ss., Ed. Cálamo, Barcelona, 2003.

<sup>131</sup> Sobre tais deveres, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Deveres e Responsabilidade do Intermediário Financeiro*, cit., 32 e ss.; LEITÃO, L. Menezes, *Atividades de Intermediação e Responsabilidade dos Intermediários Financeiros*, 142 e ss., in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, vol. II, 129-156, Coimbra Editora, Coimbra, 2000; MARTINS, J. Fazenda, *Deveres dos Intermediários Financeiros*, cit., 331 e ss.; SANTOS, G. Castilho, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro Perante o Cliente*, cit., 88 e ss.

está para o estatuto jurídico-passivo do cliente, como a obrigação de execução da prestação gestória está para estatuto paralelo do gestor.<sup>132</sup>

II. O conteúdo desta obrigação remuneratória pode ser diverso, em virtude de fatores de ordem vária (por exemplo, concentração ou não da totalidade das operações relativas à carteira junto do gestor): num sentido lato, estarão aqui abrangidas tanto as remunerações principais – que representam a contrapartida da atividade nuclear de gestão de carteira propriamente dita (a chamada “*comissão de gestão*”) – como as remunerações acessórias – que visam corresponder a determinados serviços complementares ou conexos (v.g., comissões de constituição e reforço da carteira, comissões de envio de extrato de conta, comissões bancárias relativas às contas de depósito de dinheiro e de títulos). Nesta matéria, ressalvadas as balizas imperativas da lei, vigora naturalmente a autonomia das partes: a fixação das comissões e outras contrapartidas devidas pelos serviços prestados pelo intermediário financeiro na gestão de carteiras será livremente acordada entre gestor e cliente.

III. As “comissões de gestão” podem revestir duas espécies fundamentais, as quais podem ser, por seu turno, alternativas ou cumulativas. Numa delas (*comissão fixa*), dominante na “praxis” contratual nacional e estrangeira, a remuneração do gestor é correspondente a um quantitativo pecuniário previamente acordado pelas partes ou calculado por referência a uma percentagem sobre o valor anual da carteira (independentemente, pois, da sua valorização ou desvalorização relativamente ao património financeiro inicial). Noutra (*comissão variável*), usualmente denominada “comissão de desempenho” (“*performance fee*”), o gestor é ainda remunerado em função da efetiva rentabilidade da gestão, cujo montante é determinado através de determinados “benchmarks” ou outros referenciais objetivos de mercado.

#### 4.2.2. Outros Deveres

I. Para além deste dever fundamental, o cliente está ainda vinculado por outras obrigações complementares: entre elas, salientem-se a obrigação de provisão e a obrigação de cooperação.

<sup>132</sup> Esta obrigação, de novo, encontra-se em linha com a natureza *onerosa e mercantil* dos contratos de gestão de carteira (vide já *supra* I – 5.2 e 5.3), quer em virtude da presunção de onerosidade dos atos comerciais em geral (artigo 102.º do CCom), quer da presunção de onerosidade do mandato mercantil em particular (artigo 232.º do CCom).

II. Desde logo, à semelhança do mandante civil e comercial em geral (artigo 1167.º, a) e c) do CCivil, artigo 243.º do CCom), incumbe ao cliente um *dever de provisão*, ou seja, o dever de fornecer ao gestor os meios necessários à gestão da carteira de investimentos – isto é, os instrumentos financeiros a ser geridos ou os fundos monetários necessários à respetiva aquisição (consoante tal carteira exista já ou não no momento da própria celebração contratual) – e de reembolsar aquele de todas as despesas operativas em que incorreu na sua execução, usualmente mediante débito automático na conta corrente do cliente – “maxime”, os adiantamentos concedidos pelo gestor, as comissões de corretagem, os impostos e demais taxas cobrados pelo Estado, as despesas de custódia e depósito, etc.

III. Por outro lado, de novo à semelhança do mandante<sup>133</sup>, o cliente está ainda vinculado por um *dever de colaboração* para com o gestor. Esta obrigação genérica conhece, na “praxis” contratual, afloramentos e concretizações muito diversificados: entre outros exemplos, incluem-se aqui o dever de outorgar ao gestor todos os poderes necessários para a execução dos atos compreendidos no âmbito da prestação gestória acordada (v.g., no caso de mandato representativo, as procurações necessárias) ou o dever de manter o gestor previamente informado de todas as movimentações das suas contas de depósito de dinheiro ou de títulos.<sup>134</sup>

## 5. *Vicissitudes do Contrato*

### 5.1. *Formação do Contrato*

#### 5.1.1. A Fase Pré-Contratual

I. O contrato de gestão de carteira é usualmente precedido de um conjunto de *conversações preliminares* que preparam a respetiva celebração (“pre-

<sup>133</sup> Sobre a obrigação de lealdade e de cooperação do mandante, vide FERREIRA, D. Fonseca, *Do Mandato Civil e Comercial*, 151, Ed. de Autor, 1968; GOMES, M. Costa, *Contrato de Mandato*, 283 e ss., in: AAVV, “Direito das Obrigações”, 263-408, AAFDL, Lisboa, 1991.

<sup>134</sup> Por forma a evitar situações imprevistas que dificultem ou afetem o desempenho da prestação gestória, por exemplo, descobertos provocados por levantamentos de disponibilidades monetárias feitos sem pré-aviso pelo cliente e realizados simultaneamente a uma ordem de compra de instrumento financeiro de valor superior dada pelo gestor.

liminary agreements”, “vorvertragliche Regelungen”, “trattative”, “tratos preliminares”).

II. Com efeito, o expressivo montante médio dos valores investidos nas carteiras de instrumentos financeiros<sup>135</sup> e o caráter personalizado da gestão da mesma<sup>136</sup> implicam, por via de regra, que o processo de formação deste contrato tenha o seu início numa fase prévia de troca de informações, relativas aos objetivos e riscos gerais do investimento a realizar, às características da gestão, ao regime fiscal aplicável e a vários outros aspetos, incluindo o fornecimento de modelos ou formulários contratuais.<sup>137</sup>

III. Esta fase pré-contratual possui obviamente relevância jurídica em vários planos. Para além de constituir um critério coadjuvante da interpretação e integração do próprio contrato<sup>138</sup>, ela possui ainda relevo no apuramento de eventuais situações de *responsabilidade pré-contratual* procedente de violação dos ditames da boa fé (artigo 227.º do CCivil) – por exemplo, quando o cliente ocultou obstáculos à concretização do negócio (v.g., oferecendo para gestão uma carteira de valores mobiliários penhorados: cf. artigo 774.º do CPC) ou quando o gestor omitiu informação obrigatória no intuito de pressionar a tomada de decisão da contraparte<sup>139</sup> e ainda de eventuais *invalidades contratuais* procedentes de vícios de vontade das partes – por exemplo, quando as conversações preliminares entre cliente e gestor demonstrem que as partes se puseram de acordo em celebrar um contrato de gestão de carteira com o mero intuito de enganar ou mesmo prejudicar terceiros, v.g., credores, herdeiros, fisco (com a consequente nulidade por simulação, nos termos gerais do artigo 240.º, n.º 1 do CCivil).

<sup>135</sup> Cf. *supra* II – 1.1.

<sup>136</sup> Cf. *supra* II – 3.2.

<sup>137</sup> Sobre o relevo jurídico das negociações preliminares nos contratos comerciais, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 93 e ss.

<sup>138</sup> Referindo-se especificamente às negociações preliminares, vide FERNANDES, L. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 444, 4.ª edição, UCP Editora, Lisboa, 2007; PINTO, C. Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 450, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1990. Falando mais genericamente da “totalidade do comportamento das partes – anterior ou posterior ao contrato”, CORDEIRO, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, tomo I, 483 e s., Almedina, Coimbra, 1999.

<sup>139</sup> A importância deste instituto é ainda confirmada pelo artigo 304.º-A, n.º 2 do CVM, o qual prevê uma presunção de culpa do gestor nas relações pré-contratuais ao estabelecer que “a culpa do intermediário financeiro presume-se quando o dano seja causado no âmbito das relações contratuais ou pré-contratuais e, em qualquer caso, quando seja originado pela violação de deveres de informação”.

### 5.1.2. Condições Contratuais Gerais

I. Enquanto contrato de adesão<sup>140</sup>, e à semelhança de outros contratos de adesão juscomerciais (v.g., seguro, transporte, abertura de conta, “leasing”, etc.), o clausulado negocial dos contratos de gestão de carteira aparece frequentemente segmentado em *três tipos de condições contratuais*: as condições gerais, especiais e (se as houver) particulares. Tenha presente, em todo o caso, a existência de um conteúdo mínimo obrigatório destes contratos (artigo 58.º, b) do Regulamento UE/2017/565, de 25 de abril)

II. As *condições gerais* são aquelas que se aplicam a todos os contratos de gestão de carteira celebrados por um determinado gestor com os respetivos clientes: tais condições, que se encontram usualmente predeterminadas no modelo-tipo de contrato utilizado na sua atividade, dizem respeito, designadamente, ao âmbito e ao objeto do contrato, aos direitos e deveres gerais dos contraentes, às contas de depósito e de instrumentos financeiros e suas movimentações, às remunerações, comissões e demais encargos, ao início, vigência e extinção do contrato, e à lei aplicável e foro competente. As *condições especiais*, que se encontram usualmente contidas num anexo-tipo, são aquelas que visam completar, especificar ou limitar o conteúdo de uma ou várias condições gerais para uma determinada classe de clientes ou para cada cliente individual em concreto: entre as mais frequentes, estão as relativas ao grau de discricionariedade da gestão, à composição de carteira e aos tipos de instrumentos financeiros elegíveis, à estratégia ou objetivos do investimento, ao perfil de risco do cliente, e ao tipo e montante da comissão de gestão. Embora raro, não está excluída a existência de *condições particulares*, que se destinam a delimitar ou até substituir o conteúdo de alguma das próprias condições especiais, com vista a atender às circunstâncias específicas de um determinado cliente ou carteira.<sup>141</sup>

### 5.2. Cumprimento do Contrato

I. Como sucede com qualquer tipo de contrato, também as partes de um contrato de gestão de carteira que faltem ilícita e culposamente ao cumpri-

<sup>140</sup> Sobre esta natureza do contrato de gestão de carteira, vide *supra* I – 5.4.

<sup>141</sup> Referindo-se também aos diferentes tipos de condições, embora distinguindo apenas entre condições gerais e especiais, vide HERMIDA, A. Tapia, *El Contrato de Gestión de Carteras de Inversión*, 473 e ss., CDB, Madrid, 1995. Sobre o conteúdo destes modelos-tipo contratuais, vide BENICKE, Christoph, *Wertpapiervermögensverwaltung*, 66 e ss., Mohr, Tübingen, 2006.

mento das respetivas obrigações incorrem em *responsabilidade civil* pelos prejuízos causados à contraparte (artigos 483.º e 798.º do CCivil).

### 5.2.1. Responsabilidade Civil

I. É muito discutida a *natureza jurídica* da responsabilidade civil do gestor de carteiras, em particular, e dos intermediários financeiros, em geral.

II. Para uns, tratar-se-ia de uma responsabilidade *extracontratual* ou delitual, fundada em normas gerais de proteção (princípios e deveres legais de intermediação financeira) destinadas a proteger os interesses dos terceiros investidores em geral (incluindo os clientes), cuja violação obrigaria o gestor ao ressarcimento dos danos patrimoniais causados a estes (artigo 304.º-A do CVM, artigo 483.º do CCivil)<sup>142</sup>. Para outros, tratar-se-ia de responsabilidade *contratual* ou obrigacional, fundada numa relação contratual ou obrigacional existente entre gestor-intermediário e cliente-investidor, que vincula aquele perante este a um conjunto de deveres específicos de conduta profissional (de fonte legal, contratual ou deontológica) no cumprimento da respetiva prestação debitória (artigo 397.º do CCivil) e cuja violação poderá dar azo à inerente obrigação de indemnização com fundamento em responsabilidade por incumprimento contratual (artigos 798.º e 799.º do CCivil)<sup>143</sup>. Por fim, para outros ainda, poder-se-ia falar aqui de uma responsabilidade intermédia ou de “*terceira via*”, situada algures entre a responsabilidade contratual e extracontratual (mormente, fundada em responsabilidade pré-contratual, em responsabilidade por informações ou em relação corrente de negócios).<sup>144</sup>

<sup>142</sup> LEITÃO, L. Menezes, *Actividades de Intermediação e Responsabilidade dos Intermediários Financeiros*, cit., 147 (embora no quadro do pretérito artigo 314.º do CVM); LEITÃO, A. Menezes, *O Contrato de Gestão de Carteiras*, cit., 121.

<sup>143</sup> Sustentando tratar-se de responsabilidade simultaneamente delitual e contratual, ou objetiva e subjetiva, vide RODRIGUES, P. Miguel, *A Intermediação Financeira: Em Especial, os Deveres de Informação do Intermediário Perante o Cliente*, 126 e ss., in: 1 “Data Venia” (2013), 101-131; SANTOS, G. Castilho, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro perante o Cliente*, cit., 260 e ss. (naturalmente, cuidando do caso específico da responsabilidade do intermediário perante o cliente).

<sup>144</sup> Sobre esta responsabilidade, FRADA, M. Carneiro, *Uma “Terceira Via” no Direito da Responsabilidade Civil? O Problema da Imputação de Danos Causados a Terceiros por Auditores de Sociedade*, Almedina, Coimbra, 1997; FRADA, M. Carneiro, *Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito vs. Contratos de Gestão de Carteira*, cit., 471.



### 5.2.2. Pressupostos

I. Independentemente da posição que se pretenda tomar sobre a sua natureza jurídica, a responsabilidade civil de um gestor de carteiras perante o respetivo cliente, nos termos das normas juscivilísticas (artigos 483.º e 798.º do CCivil) e jusbiliárias (artigo 304.º-A do CVM) aplicáveis, está sujeita aos tradicionais pressupostos da responsabilidade civil (delitual e contratual): a *conduta* ou facto voluntário (“os intermediários financeiros que” [artigo 304.º-A, n.º 1 do CVM] ou “o devedor que” [artigo 798.º do CCivil]); a *ilicitude* e a *culpa* (“violação dos deveres respeitantes à organização e ao exercício da sua atividade” [artigo 304.º-A, n.º 1 do CVM] ou “falte culposamente ao cumprimento da obrigação” [artigo 798.º do CCivil]); o *dano* (“obrigados a indemnizar os danos” [artigo 304.º-A, n.º 1 do CVM] e “torna-se responsável pelo prejuízo” [artigo 798.º do CCivil]); e o *nexo de causalidade* (“causados a qualquer pessoa em consequência” [artigo 304.º-A, n.º 1 do CVM] e “pelo prejuízo que causou” [artigo 798.º do Civil]).<sup>145</sup>

II. “Primus”, exige-se uma *conduta* do gestor de carteira. Tal conduta pode consistir numa ação (v.g., celebração de negócio de bolsa por conta própria e como contraparte do cliente, sem conhecimento ou autorização prévia deste: cf. artigo 346.º, n.º 1 do CVM), mas consubstanciar-se-á mais frequentemente numa *omissão* da prestação devida, dada a natureza pró-ativa da grande maioria dos deveres do gestor (v.g., omissão da diligência devida, da prestação da informação ao cliente, do juízo de adequação sobre as operações de investimento deste, da prevalência dos interesses do cliente sobre o seu interesse próprio, do envio de extratos periódicos, etc.).

III. “Secundus”, exige-se a *ilicitude* e a *culpa*. Torna-se assim necessário que a conduta ativa ou omissiva do gestor se traduza numa *violação de um ou de vários deveres* que integram o seu estatuto jurídico-profissional (de índole legal, contratual ou deontológica) no quadro da prestação do serviço de gestão de carteira ao respetivo cliente. E ainda que a referida conduta seja imputável à sua *culpa*, devendo ser aqui sublinhada a existência de um regime especial em matéria da sua aferição e imputação, diferente do regime geral dos artigos 487.º e 799.º do CCivil: tal especialidade reside na consagração de um padrão de aferição da culpa particularmente exigente ou reforçado – o “elevado padrão de diligência” (“*diligentissimus pater familias*”) previsto no artigo 304.º, n.º 2 do CVM,

<sup>145</sup> Sobre a temática, entre tantos, vide a obra de referência de JORGE, F. Pessoa, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999.

ao invés do critério geral do “bonus pater familias” (artigos 487.º, n.º 2, e 799.º, n.º 2 do CCivil) – e de uma inversão do ónus da prova – por força da presunção de culpa prevista no artigo 304.º-A, n.º 2 do CVM, cujo âmbito de aplicação, de resto, é bastante mais vasto do que o da presunção geral de culpa do artigo 799.º, n.º 1 do CCivil (estendendo-se à responsabilidade pré-contratual e aplicando-se automaticamente no caso da violação de deveres informativos).

IV. “Tertius”, para que o gestor de carteira incorra em responsabilidade civil perante o cliente exige-se que este tenha sofrido prejuízos (*dano*) que possam ser considerados como provocados ou resultantes da conduta (ativa ou omissiva) ilícita e culposa daquele (*nexo de causalidade*). A integração destes requisitos coloca problemas complexos para que importa, desde já, advertir. Por um lado, para que o gestor se constitua numa obrigação indemnizatória perante o cliente é necessário que este tenha sofrido prejuízos patrimoniais: tais prejuízos tanto se podem traduzir numa desvalorização ou diminuição real do património do cliente (dano emergente) como numa frustração da valorização ou do incremento desse mesmo património (lucro cessante) (artigos 563.º e 564.º, n.º 1 do CCivil)<sup>146</sup>. Por outro lado, não se perca de vista que os juízos de causalidade são, por definição, bastante complexos em certos domínios particulares que, como é o caso dos mercados financeiros, são caracterizados pela álea do seu funcionamento: como fatores coadjuvantes desse juízo, deverão ser tidos em conta a modalidade do contrato de gestão (v.g., uma mesma conduta ilícita do intermediário poderá ter repercussões diferentes consoante o grau de discricionariedade concedido), o tipo de cliente (v.g., se se trata de um investidor profissional ou não profissional, de perfil de risco elevado ou reduzido), ou ainda a natureza controlável ou incontrolável dos eventos que determinaram as perdas patrimoniais (havendo alguma doutrina e jurisprudência estrangeiras que distingue, a este propósito, entre fatores controláveis e incontroláveis).<sup>147</sup>

<sup>146</sup> No que concerne aos *danos emergentes* (“*damnum emergens*”), deve recordar-se que nem toda a perda ou diminuição patrimonial corresponderá automaticamente a um prejuízo indemnizável, dado que, correndo o risco das operações de investimento ou desinvestimento em instrumentos financeiros por conta do cliente-investidor, o intermediário-gestor apenas responderá caso tais perdas sejam imputáveis à sua conduta ilícita e culposa, no sentido em que estas não teriam ocorrido caso aquele houvesse cumprido cabal e diligentemente os seus deveres. No que concerne aos *lucros cessantes* (“*lucrus cessans*”), é necessário sublinhar que a particular aleatoriedade do mercado de capitais, no quadro da qual se processam os serviços de intermediação financeira, torna frequentemente difícil proceder com segurança à respetiva determinação. Sobre a distinção entre danos emergentes e lucros cessantes, em geral, vide COSTA, M. Almeida, *Direito das Obrigações*, 537 e ss., 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.

<sup>147</sup> Serão “fatores controláveis” aqueles que dizem respeito a aspetos ou dimensões da própria prestação devida do gestor, relativos aos deveres legais e contratuais que integram o estatuto jurídico-

### 5.2.3. Limitação e Exclusão

I. A responsabilidade civil do gestor de carteira pode ser excluída ou limitada, como sucede já em via geral, por *lei* ou por *convenção das partes*.

II. Desde logo, cumpre recordar que a lei geral prevê um conjunto de circunstâncias, de natureza relativamente heterogénea, que podem conduzir ao resultado comum de afastar ou alterar a responsabilidade do gestor: bastará assim recordar aqui as causas justificativas gerais para o incumprimento deste (v.g., “*exceptio non adimpleti contractus*”, culpa do lesado, direito de retenção) ou para a inimputabilidade desse incumprimento (v.g., caso fortuito, força maior, impossibilidade da prestação, mora creditória)<sup>148</sup>. Como é evidente, tais *causas legais* de exclusão têm de ser devidamente cotejadas com o sistema normativo do CVM e, em particular, com os seus artigos 304.º e segs., podendo assim sofrer desvios ou mesmo ser inaplicáveis no âmbito da prestação de serviços de intermediação financeira, de que a gestão de carteira é um exemplo.

III. Particularmente relevantes são, neste domínio, as situações de *culpa do lesado* (artigo 570.º do CCivil) – sendo que, em virtude do confronto dos diferentes graus de diligência impostos a gestores (diligência especialmente qualificada: cf. artigo 304.º, n.º 2 do CVM) e clientes (em particular, no caso dos investidores não profissionais), apenas em casos-limite e relativamente marginais de dolo ou abuso grave por parte do cliente lesado serão concebíveis situações de concausalidade dos danos – e as situações de *aprovação tácita* do mandato (artigo 1163.º do CCivil, artigo 240.º do CCom) – especialmente nos casos em que o cliente, devida e tempestivamente informado pelo gestor das operações de investimento e desinvestimento realizadas e tendo até porventura aceite os seus potenciais ganhos, nada tenha oposto a estas (em termos de o seu silêncio poder significar que aprovou tacitamente tais operações), vindo mais

–profissional de gestor de carteira; ao invés, dizem-se “fatores incontroláveis” aqueles que escapam ao controlo do gestor (tais como as oscilações das cotações dos instrumentos, a insolvência das sociedades emitentes, as crises económico-financeiras e os “crashes” bolsistas, as manipulações do mercado, etc.). Sobre a chamada “curva de controlabilidade”, vide HERMIDA, Alberto Tapia, *Contratos Bancarios de Depósito, Administración, Llevanza del Registro Contable y Gestión de Valores*, 1053, in: Carol, U. Nieto (dir.), “Contratos Bancarios y Parabancarios”, 1003-1059, Lex Nova, Valladolid, 1998.

<sup>148</sup> Sobre tais causas gerais, vide COSTA, M. Almeida, *Direito das Obrigações*, 987 e ss., 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.

tarde exercer uma pretensão indemnizatória contra o intermediário pelas perdas entretanto sofridas, fundada na sua eventual responsabilidade.<sup>149</sup>

IV. Por outro lado, a “praxis” financeira testemunha a inclusão frequente, nos formulários-tipo destes contratos, de *cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade* do gestor, que exoneram este de qualquer responsabilidade ou circunscrevem os fundamentos concretos da mesma (v.g. estipulando que este não responde pelos resultados da gestão, por atos de gestão danosa praticados com mera culpa ou negligência, etc.). Embora nada impeça em tese geral que as partes de um contrato de gestão de carteira decidam regular por acordo a responsabilidade emergente da sua eventual violação<sup>150</sup>, é bastante reduzido o espaço de manobra concedido pelo CVM e demais legislação conexa à autonomia privada neste terreno. Assim, são inadmissíveis quaisquer *cláusulas de exclusão da responsabilidade* (que exonerem “tout court” o gestor de qualquer responsabilidade civil em face dos seus clientes) – atenta a natureza imperativa do artigo 304.º-A do CVM e a proibição genérica da renúncia convencional à indemnização por incumprimento (artigo 809.º do CCivil). Já quanto às *cláusulas de limitação dessa responsabilidade* (que circunscrevem restritivamente os fundamentos concretos dessa responsabilidade), não estando vedadas “in limine”, apenas serão admissíveis dentro das apertadas balizas fixadas pelas normas cogentes dos artigos 305.º e segs. do CVM (pense-se, por exemplo, no artigo 324.º, n.º 1 do CVM, que sanciona com nulidade as cláusulas excludentes da responsabilidade do intermediário por atos dos seus representantes) e pelas próprias normas constantes da LCCG, sempre que tais cláusulas assumam, como é aliás frequente, a forma de cláusulas contratuais gerais (pense-se, por exemplo, nas proibições constantes dos artigos 18.º, c) e d) da LCCG, aqui aplicáveis “ex vi” do artigo 321.º, n.º 3 do CVM).

<sup>149</sup> O artigo 1163.º do CCivil prevê que, uma vez comunicada ao mandante a execução do mandato pelo mandatário, aquele se deverá pronunciar sobre o mesmo dentro dos prazos previstos no contrato, decorrentes dos usos, ou impostos pela natureza do assunto, sob pena de o seu silêncio “*valer como aprovação da conduta do mandatário*, ainda quando este haja excedido os limites do mandato ou desrespeitado as instruções do mandante” (itálico nosso). Sobre a teleologia deste preceito, vide GOMES, M. Costa, *Contrato de Mandato*, 350 e s., in: AAVV, “Direito das Obrigações”, 263-408, AAFDL, Lisboa, 1991; VARELA, J. Antunes/ LIMA, Pires, *Código Civil Anotado*, vol. II, 798 e s., 4.ª edição, Coimbra Editora, 1997; sobre o preceito paralelo do artigo 240.º do CCom, vide GONÇALVES, L. Cunha, *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. II, 19 e ss., Ed. José Bastos, Lisboa, 1916.

<sup>150</sup> Sobre as cláusulas de exclusão, de limitação e de fixação da responsabilidade, vide MONTEIRO, A. Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1985.

### 5.3. Extinção do Contrato

#### 5.3.1. Modalidades Comuns

I. Os contratos de gestão de carteira, como todos os demais, estão condenados à sua extinção ou cessação: mais tarde ou mais cedo, o complexo dos vínculos negociais criado pelo contrato será extinto, por força do cumprimento, disposição da lei, iniciativa das partes ou até intervenção judicial.<sup>151</sup>

II. A cessação do contrato de gestão tem lugar, teoricamente, com o *cumprimento* integral do programa gestório e do conjunto das prestações contratuais que este envolve. Todavia, dada a natureza duradoura da relação contratual e o caráter contínuo da prestação do gestor<sup>152</sup>, a sua cessação terá usualmente origem nos demais *modos comuns* de extinção dos negócios jurídicos em geral, e do contrato de mandato mercantil em particular (artigos 245.º e 246.º do CCom). Assim, desde logo, o contrato pode cessar por *revogação bilateral ou distrate*: às partes é lícito a qualquer momento, mediante acordo, pôr um termo à relação contratual. Depois ainda, o contrato pode cessar por *caducidade*: aqui se abrangem, não apenas os casos de extinção por decurso do prazo contratual eventualmente convencionado, mas também por morte ou extinção do cliente e gestor (cf. artigo 1174.º do CCivil e artigo 246.º do CCom)<sup>153</sup>. Depois também, o contrato de gestão celebrado por tempo indeterminado pode cessar por *denúncia* do cliente ou do gestor: como sucede com quaisquer outras relações contratuais duradouras, impõe-se reconhecer a qualquer das partes o poder de, mediante declaração unilateral à contraparte, se desvincular do contrato (artigo 762.º do CCivil)<sup>154</sup>. Finalmente, mesmo nos contratos de gestão celebrados por

<sup>151</sup> Sobre a extinção dos contratos em geral, vide MARTINEZ, P. Romano, *A Cessação do Contrato*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006; e dos contratos mercantis, ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 320 e ss.

<sup>152</sup> Sobre tais características, cfr. *supra* I – 5.6.

<sup>153</sup> Sobre a caducidade do mandato mercantil, em especial a compensação prevista no artigo 246.º do CCom, vide GOMES, M. Costa, *Contrato de Mandato Mercantil*, 553 e ss., in: AAVV, “Operações Comerciais”, 465-565, Almedina, Coimbra, 1988.

<sup>154</sup> Sobre a natureza duradoura do contrato de gestão de carteira, vide *supra* I – 5.6. Sublinhe-se que o mandamento da boa fé em que se inspira este evento extintivo (artigo 762.º do CCivil) exige que, na falta de previsão de um prazo de pré-aviso no próprio contrato, a parte que pretende denunciar o contrato o faça com a observância de um prazo razoável – em cujo cômputo deve ser tida em atenção, muito em particular, a especificidade da gestão de patrimónios financeiros (v.g., falta de liquidez imediata de determinados instrumentos financeiros em carteira, dificuldades ou penalizações de resgate, etc.) –, sob pena de aquela poder incorrer numa obrigação de indemnização perante a contraparte (cf. ainda artigo 1172.º, c) e d) do CCivil).

prazo determinado, não está excluído que os mesmos possam cessar por *revogação unilateral* de uma das partes. Com efeito, à luz do disposto no artigo 246.º do CCom (cf. ainda artigo 1170.º, n.º 1 do CCivil)<sup>155</sup>, afigura-se de admitir, em princípio, que o cliente (mandante) ou o gestor (mandatário) possam revogar ou desistir livremente do contrato: sublinhe-se, todavia, que a inexistência de justa causa ou a inobservância de um prazo razoável de pré-aviso, sujeitará sempre a parte que se desvinculou às penalidades convencionadas no próprio contrato, e, na falta destas, a uma obrigação de indemnização por perdas e danos causados à contraparte.<sup>156</sup>

### 5.3.2. Modalidades Especiais

I. Ao lado destas modalidades comuns, há ainda que ter em conta a existência de determinadas *modalidades especiais*, consagradas em lei especial ou resultantes de condicionalismos particulares.

II. Uma delas é o *direito de desistência ou de arrependimento* (“Widerrufsrecht”, “withdrawal right”, “diritto di ripensamento”, “droit de repentir”, “derecho al desistimiento”) conferido ao cliente ou investidor não profissional em determinados contratos de gestão de carteira: no caso de o contrato ter sido celebrado fora do estabelecimento do intermediário financeiro gestor e não existir anterior relação de clientela, a lei atribuiu àquele a faculdade de, durante um prazo de três dias úteis após aquela celebração, se desvincular livremente desse mesmo contrato (artigo 322.º, n.ºs 1 a 4 do CVM).<sup>157</sup>

<sup>155</sup> A razão de ser do *princípio da livre revogabilidade do mandato*, civil ou mercantil, plasmado nestes preceitos, radica, quanto ao mandante, no facto de, enquanto “dominus acti” no interesse e por conta do qual os atos são praticados, dever manter o poder de controlar a produção dos respetivos efeitos jurídicos (incluindo o poder de fazer cessar tais efeitos) sempre que repute tal como mais conveniente aos seus interesses; e, quanto ao mandatário, por razões de reciprocidade ou (nos casos de mandato com representação) de paralelismo com a faculdade de renúncia do procurador (artigo 265.º, n.º 1 do CCivil). Sobre o ponto, vide GOMES, M. Costa, *Em Tema da Revogação de Mandato Civil*, Almedina, Coimbra, 1989.

<sup>156</sup> Sobre esta obrigação de indemnização, vide, para o mandato civil, VARELA, J. Antunes/ LIMA, F. Pires, *Código Civil Anotado*, vol. II, 809, Coimbra Editora, Coimbra, 1997; para o mandato mercantil, GOMES, M. Costa, *Contrato de Mandato Mercantil*, 545, in: AAVV, “Operações Comerciais”, 465-564, Almedina, Coimbra, 1988.

<sup>157</sup> Sobre a figura em geral, vide GOMIDE, A. Junqueira, *Direito de Arrependimento nos Contratos de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2014; enquanto traço característico do regime legal da contratação mercantil, ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 325 e ss.

III. Outras modalidades especiais de extinção, modificação ou suspensão dos contratos de gestão de carteira, serão a *insolvência* do cliente – que origina a caducidade dos contratos de mandato, civis ou mercantis, salvo quando a sua manutenção se mostre necessária para evitar prejuízos para a massa insolvente (artigo 110.º do CIRE) –<sup>158</sup>, a *resolução* do gestor – quando este revista a natureza de entidade bancária, já que a autoridade de resolução poderá, no quadro de uma das medidas de resolução aplicadas, suspender ou dispensar temporariamente aquela do cumprimento pontual das respetivas obrigações (artigo 145.º-AB do RGIC)<sup>159</sup> – e, “last but not the least”, a *alteração superveniente das circunstâncias* – que poderá legitimar, nos termos gerais, a resolução ou modificação destes contratos (artigos 437.º a 439.º do CCivil).<sup>160</sup>

<sup>158</sup> Sobre a caducidade dos contratos de mandato ou comissão do insolvente-mandante, vide EPIFÂNIO, M. Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 229 e ss., 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018. Já, inversamente, é discutida na doutrina a sorte destes contratos no caso de insolvência da entidade gestora.

<sup>159</sup> ANTUNES, J. Engrácia, *A Resolução Bancária*, in: 345 “Scientia Iuridica” (2017), 457-481.

<sup>160</sup> FRADA, M. Carneiro, *Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito vs. Contratos de Gestão de Carteira*, in: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia”, 453-503, Almedina, Coimbra, 2010.





# *O homem moralmente orientado como juízo do crivo da axiológica ideia de Direito na natureza das coisas: sobre a recusa do pós-modernamente renovado torto tribal*

PROF. DOUTOR FRANCISCO AGUILAR\*

SUMÁRIO: *Introdução. 1. A realização prático-axiológico-analógica do Direito. 2. Intersubjectividade da natureza das coisas e maioria: 2.1. A intersubjectividade como expressão da facticidade do pensamento maioritário, “i.e.”, como conveniência ideológica da tribo da maioria?; 2.2. A intersubjectividade como expressão da normatividade axiológica do homem moralmente orientado e a destrição entre o certo e o errado: a ideia de Direito e a justiça (individual) do caso como limite ao poder; Excurso: a necessidade da omnipresença axiológico-metodológica do homem moralmente orientado no combate ao circumvenire ius da tribalização dos pólos da interpretação como pós-moderna fraude axiológico-metodológica à realização do Direito. Considerações conclusivas. Epílogo.*

## **Introdução**

O Direito é história e cultura. Precisamente por ser histórico-cultural, a sua realização é compreensiva e, destarte, unitariamente intuitiva. É apenas em uma mera perspectiva de explicação analítica que, por conseguinte, se deverão entender os modelos descritivos do fenómeno interpretativo construídos pela doutrina.

Sendo a realização do Direito integral e unitariamente analógica<sup>1</sup>, a comparação implica um repetido movimento de vai-e-vem entre o caso e o pro-

\* Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>1</sup> V., e.g., FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade*, Lisboa, 2014, sobretudo a Introdução e §§ 13 e 16; IDEM, *A norma do caso como norma no caso, Sobre a prático-axiológica natureza*

grama de norma de modo a que se consiga obter a horizontal nivelção dos seus significados propiciadora da resposta final de semelhança ou diferença entre os dois, metodologicamente realizadora da igualdade e, com ela, da ideia moral de justiça do caso no Direito<sup>2</sup>.

Tendo isto em consideração, os três principais momentos de realização do Direito são, a traço grosso<sup>3</sup>, o apuramento do significado do caso, o apuramento do significado do programa de norma e a comparação entre ambos<sup>4</sup>.

É no terceiro momento que tradicionalmente se centra a análise da natureza das coisas (*Natur der Sache*). Com efeito, é na construção do tipológico *tertium comparationis*, que permite a resposta final interpretativa, que se tende a sediar a natureza das coisas. A natureza das coisas é entendida, portanto, como o *Typus, i.e.*, o significado histórico-culturalmente mais abstracto do problema do caso de modo a que se possa aferir se aquele inclui como subtipos, por menos abstractamente densificados, tanto o significado do caso como o significado do programa de norma<sup>5-6</sup>.

Sobre a natureza das coisas sabemos que ela é, precisamente por ser histórico-cultural, viva: ela é a seiva do Direito. E por ser assente no devir histórico-cultural do significado das coisas, a natureza das coisas é necessariamente

*da intersubjectiva realização (unitária) do Direito*, Coimbra, 2016, *in passim*, sobretudo §§ 2 e 12; IDEM, «Felonia metodológica no Código Civil de 1966», *Código Civil, Livro do Cinquentenário* (coordenação de António Menezes Cordeiro), Volume I, *Homenagem ao Prof. Doutor Fernando Pessoa Jorge*, Coimbra, 2019, pp. 500 e ss., sobretudo 502 e ss..

<sup>2</sup> Para além da nota anterior, v. FRANCISCO AGUILAR, «Norma jurídica *in tempore casus*: o caso como fundamento dos (e limite aos) poderes legislativo e jurisdicional», *O Direito*, 2016, IV, pp. 831 e ss., 833 e ss. e 835 e ss.; IDEM, «A ideia de Direito e a ideia de Deus», *O Direito*, Ano 150.º, 2018, I, pp. 55 e s., 57 e s. 59; IDEM, «O sentimento como novo paradigma do Direito? Em particular, sobre o “Direito penal do sentimento” e o “Direito processual penal do sentimento”», *O Direito*, 2019, I, pp. 69 e s. e 70 e ss.; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos: sobre a descontextualização incriminadora no Direito penal do agente *de facto*», no prelo.

<sup>3</sup> Porque qualquer um deles será, por sua vez, analiticamente desdobrável em infidáveis subdivisões.

<sup>4</sup> V., sobretudo, FRANCISCO AGUILAR, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, *in passim*, sobretudo §§ 1, 2 e 12.

<sup>5</sup> Sobre estas questões, v., em geral, FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, sobretudo a Introdução e §§ 4 e 16; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, *in passim*.

<sup>6</sup> Sobre a tipológica realização do Direito a propósito do Direito da família e do Direito processual penal da prova, v., recentemente, FRANCISCO AGUILAR, «Ensaio sobre o Direito penal da família», *O Direito*, 2017, IV, *in passim* a partir da p. 843 [repblicado em monografia como FRANCISCO AGUILAR, «Ensaio sobre o Direito penal da família», Lisboa, 2018, *in passim* a partir de p. 25, doravante será citada a sua primeira publicação em revista]; IDEM, «A destriça tipológica entre prova defensiva e prova ofensiva em sede de proibições de prova em processo penal», *RPCC*, Ano 28.º, 2018, 2, *in passim*, em particular pp. 283 e ss. e 288 e ss..

*O Direito 151.º (2019), III, 537-575*

intersubjectiva, porquanto exprime um ponto de vista não subjectivo, *i.e.*, meramente idiossincrático mas antes pluralmente compartilhável<sup>7</sup>.

Mas compartilhável por quem?

Esta é a questão.

Este artigo procura precisamente dar-lhe resposta, aprofundando e densificando o crivo de intersubjetividade que, na natureza das coisas, realiza o Direito.

Por outras palavras, aos olhos de quem é que se realiza o Direito?

Qual o modelo?

A vontade da maioria, seja ela expressa, implícita ou hipotética (*e.g.*, o sentimento socialmente dominante da colusão narcisista da maioria como o “são sentimento do povo” nacional-socialista ou o sentimento da mulher nos contemporâneos Estados feministas do Ocidente<sup>8</sup>)?

Ou algum modelo ideal universal axiologicamente ancorado.

O que implicará responder, naturalmente, a uma outra questão: o que é o Direito?

Facticidade ou normatividade axiológica?

Força ou valor?

## 1. A realização prático-axiológico-analógica do Direito

A realização unitária do Direito é prática: ela ocorre com a normação do programa de norma, *i.e.*, o nascimento da norma – usualmente dito de concretização da norma – *in tempore casus*, *i.e.*, no caso concreto. A normação prática do Direito – como qualquer outra normação de resto – confunde-se, portanto, com a activação do operador deôntico da norma, a qual apenas no momento do facto opera a sua função prospectiva ou razão prática. A norma não é, portanto, nem *ante casum* nem *post casum* mas *in tempore casus*<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Sobre estas questões, v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, sobretudo a Introdução e §§ 4 e 16; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, *in passim*; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus*...», *op. cit.*, pp. 829 e ss.; IDEM, «A ideia de Direito ou uma das ideias de Direito?», *RDC*, 2016, IV, pp. 857 e s.; IDEM, «A ideia de Direito e a ideia de Deus...», *op. cit.*, *in passim*; IDEM, «O sentimento...», *op. cit.*, *in passim*, sobretudo, pp. 69 e ss. e 80 e ss..

<sup>8</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, pp. 84 e ss.; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>9</sup> Sobre esta questão, v., de forma mais relevante, FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, sobretudo a Introdução e §§ 4 e 16; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, *in passim*, sobretudo §§ 1, 9, 13 e Excurso: significado jurídico-político do Direito como normação do caso no caso; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus*...», *op. cit.*, pp. 833 e ss..

Para saber se o programa de norma efectivamente normou, *i.e.*, se produziu um efeito normativo no caso e se, tendo-o feito, foi contrariado por um comportamento antinormativo, temos a reconstituição metodológica pelo Direito do caso do Direito no caso. É a função retrospectiva ou razão judicativa da norma na norma do caso, que vê assim a sua legitimidade condicionada à circunstância de ter conseguido reconstruir a norma no caso. É que apenas quando a norma do caso mimetiza a norma no caso se pode afirmar que esta exerceu a sua função prospectiva de conduta, sendo então legítima a imposição da consequência jurídica respeitante ao respectivo incumprimento normativo<sup>10</sup>.

É a realização metodológica do Direito que agora se recordou que exprime no Direito (*ius*) a principiologia da (sua) ideia de justiça (*iustitia*), porquanto é a justiça do caso que constitui a axiológica razão de ser do Direito, a seiva que o impregna de valor<sup>11-12</sup>. Ideia elementar de justiça que assenta na sua primeva concretização conteudisticamente transbordante de conteúdo, a da igualdade: a ideia de Direito é, então, moral e é a igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum<sup>13</sup>. É por isso que a analogia, na sua comparação entre o

<sup>10</sup> Sobre esta questão, v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, sobretudo a Introdução e §§ 4 e 16; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, *in passim*, sobretudo §§ 1, 8 e sobretudo 9 e ss.; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus...*, *op. cit.*, *in passim* a partir da p. 831; IDEM, «A ideia de Direito e a ideia de Deus...», *op. cit.*, *in passim*; IDEM, «O sentimento...», *op. cit.*, *in passim* a partir da p. 74.

<sup>11</sup> V., *infra*, o texto do presente número e respectiva anotação, e, sobretudo, FRANCISCO AGUILAR, «Felonía metodológica...», *op. cit.*, pp. 500 e ss. e 510 e ss.; IDEM, «O sentimento...», *op. cit.*, *in passim* a partir da p. 69; IDEM, «A (axiologicamente) normativa desconstrução da teoria da imputação objectiva, a propósito dos chamados comportamentos neutros na cumplicidade», no prelo; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>12</sup> É essa a razão pela qual a realização metodológica do Direito é comum a todo o Direito, não podendo ser em nenhum subsistema afastada. Nem mesmo no subsistema penal, o que afasta a legitimidade da chamada dogmática penal contra-metodológica [v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, sobretudo a Introdução e §§ 4 e 16; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, *in passim*, sobretudo §§ 1, 9, 13; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus...*, *op. cit.*, pp. 840 e ss.; IDEM, «A ideia de Direito e a ideia de Deus...», *op. cit.*, pp. 55 e ss.; IDEM, «A (axiologicamente) normativa desconstrução da teoria da imputação objectiva...», *op. cit.*, no prelo; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo].

Escrito por outras palavras, toda a interpretação realizadora do Direito é (axiológico-)metodológica, como temos defendido desde há muito (referindo apenas as obra iniciais, v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, a Introdução e §§ 13 e 16; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, *in passim*, logo a começar no § 1).

<sup>13</sup> Sobre a ideia de Direito da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum, v. os nossos escritos dos últimos anos [a ordem não é a da escrita mas a da publicação], sobretudo FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, sobretudo a Introdução e § 13; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, *in passim*, sobretudo §§ 1, 2 e 12; IDEM, «Norma jurídica *in tempore*

caso e o programa de norma conducente à verificação da respectiva semelhança ou diferença, realiza os pilares da igualdade da proibição de arbítrio e do comando de diferenciação, termos em que ela se afirma como o único método que, de modo axiologicamente legítimo, permite realizar o Direito. Todo o processo sumariamente descrito na Introdução deverá então ser analogicamente operado para que seja realizável o Direito.

Em suma, a legitimidade da metodologia do Direito encontra-se justamente cativa da axiologia da justiça (*iustitia*) que a fundamenta.

A axiologia de que falamos não é força. Não é vontade. Não é maioria. Não é detenção do poder<sup>14</sup>. Axiologia, definitivamente, não é tribalismo.

Para aqueles que rejeitam o apuramento do significado imanente (da ontologia) das coisas como uma dita “construção social”, enquanto insidiosamente ocultam as verdadeiras construções sociais – as do seu pós-modernismo<sup>15</sup> – sob o manto da sua “desconstrução” pós-estruturalista<sup>16</sup> do real, a qual verdadeira-

*casus...*, *op. cit.*, pp. 823 e ss.; IDEM, «A ideia de Direito ou uma das ideias...», *op. cit.*, pp. 853 e ss.; IDEM, «*Etiam si omnes, ego... et tu... non*: o jurista perante o poder», *O Direito*, 2017, I, pp. 91 e ss.; IDEM, «Espaço livre de Direito ou espaço livre de torto?», *RDC*, 2017, I, pp. 123 e ss.; IDEM, «A ideia de Direito como “bem jurídico-penal”», *O Direito*, 2017, II, pp. 343 e ss.; IDEM, «Sobre o atentado de 20 de Julho de 1944 como legítima defesa da ideia de Direito», *RPCC*, 2017, II, pp. 227 e ss.; IDEM, «Ensaio sobre o Direito penal da família...», *op. cit.*, pp. 834 e ss.; IDEM, «A ideia de Direito e a ideia de Deus...», *op. cit.*, pp. 55 e ss.; IDEM, «Felonia metodológica...», *op. cit.*, pp. 487 e ss.; IDEM, «O sentimento...», *op. cit.*, pp. 65 e ss.; IDEM, «A (axiologicamente) normativa desconstrução da teoria da imputação objectiva...», *op. cit.*, no prelo; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>14</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, sobretudo §§ 2, 12, e Excurso: significado jurídico-político do Direito como normação do caso no caso; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus...*», *op. cit.*, pp. 825 e ss. e 831 e ss.; IDEM, «Felonia metodológica...», *op. cit.*, pp. 495 e ss., 505 e s. e 510 e ss.; IDEM, «Aquém do bem, o mal, Crítica à normatização do mal em Nietzsche e no nietzschismo cultural», no prelo.

<sup>15</sup> Sobre o pós-modernismo, v. STEPHEN RONALD CRAIG HICKS, *Explaining Postmodernism, Skepticism and socialism from Rousseau to Foucault*, Expanded edition, Readland Bay, 2019 [original de 2004, original expandido de 2011], *in passim*; FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, *in passim*; IDEM, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>16</sup> Pós-modernismo e pós-estruturalismo não são sinónimos, apesar de o primeiro ser, na história recente da filosofia, pós-estruturalista [é o caso, desde logo expressamente primevo, embora em nosso entendimento tenha antecedentes no campo do pós-modernismo (v., *infra*, 2.2.)], do tratamento da (pós-moderna) “desconstrução” de Jacques Derrida, v., e.g., JACQUES DERRIDA, *Writing and difference*, London/New York, 2001 [original francês de 1967], e.g., pp. 193 e ss., 212 e ss., 317 e ss. e 351 e ss.; IDEM, *Of grammatology*, Baltimore, 2016 [original francês de 1967], pp. 6 e ss. e 105 e ss. para plena compreensão dos textos da primeira obra].

mente muito antes fora inaugurada por aquilo que designámos por nietzschismo cultural<sup>17</sup>, e pós-modernamente afirmam o Direito como força, demandando a tribalização do primeiro através de uma rejeição integral dos tradicionais sentidos dos binómios de valores da – ainda moral – modernidade da civilização ocidental (*e.g.*, certo-errado, verdade-mentira, honestidade-desonestidade, *logus-sentimento*, *etc.*)<sup>18</sup>, os quais são despidorados e perversamente substituídos e preenchidos pelo utilitarismo sem escrúpulos do binómio da conveniência-inconveniência<sup>19</sup> ideológico-religiosa (*e.g.*, pela ideologia-religião do feminismo cristalizada nos seus dogmas religiosos, insidiosamente ditos de politicamente correcto<sup>20</sup>, perpetuadores da burla da igualdade de género<sup>21</sup>), tudo aquilo que ficou escrito no parágrafo imediatamente anterior, bem como aquilo que se acaba de redigir e que se seguirá no presente artigo<sup>22</sup>, não será, naturalmente *et por cause*, conveniente. É da natureza das coisas que o não seja, porquanto, tal como no manual literário do totalitarismo pós-moderno<sup>23</sup>, para que a mentira da nova religião-ideologia passe a ser “verdade”, a verdade precisa de ser dita de “mentira”. Em suma, neste científico, cultural, histórico e linguístico exercício desonesto, e em nada mais do que ele, consiste o pós-modernismo da religião da submissão à vontade ilimitada do colectivo.

Ora, como escrevíamos, axiologia não é o exercício fáctico do poder.  
Axiologia não é facticidade.

Axiologia é, pleonasma à parte, valor.

Valor que fundamenta a norma.

E valor que, precisamente por fundamentar a norma, a legitima.

Ora, o valor que fundamenta e legitima a norma constitui em simultâneo o seu limite.

Porquanto, quando o exercício do poder ultrapassa o esteio do seu valor fundacional, ele transpõe o rubicão da legitimidade conteudística.

<sup>17</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, pp. 78 e s.; IDEM, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>18</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, pp. 78 e s., 81, 88 e ss. e 97 e ss. nas Considerações conclusivas; IDEM, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>19</sup> *Ibidem* (integral).

<sup>20</sup> V., *infra*, 2.1..

<sup>21</sup> V., *infra*, o presente artigo *in passim* e FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, implicitamente *in passim*; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>22</sup> V., *infra*, o presente artigo *in passim*.

<sup>23</sup> V., *infra*, Epílogo.

É por isso que na realização da norma axiologicamente fundada se exige uma aferição de valor axiologicamente fundada. Um crivo axiológico significa, com efeito, o confronto do real em face do ideal, o que aconteceu (facticidade) em face do que deveria ter acontecido (normatividade) de modo a saber se esse valor, se esse ideal foi respeitado. Só então se poderá saber se a conduta foi antinormativa. Por outras palavras, se a normatividade é axiológica, a antinormatividade é contra-axiológica<sup>24</sup>. Termos em que apenas uma conduta contra-axiológica pode ser antinormativa. Em última análise, o comportamento antinormativo não é formal, mas antes conteudisticamente denso como contra-axiológico ou desvalor.

A axiologia é, em suma, o fundamento do poder. E, sendo-o, é também o seu limite.

Mas de quem é esse poder que é legítimo mas ao mesmo tempo é limitado pela axiologia?

O poder que exprime a axiologia.

E que poder é esse?

O poder de todos.

É que a axiologia do Direito pulsa no valor nuclear da primeira concretização conteudística de justiça: a igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum como ideia (moral) de Direito.

Mas onde está essa axiologia?

Sacralmente detida por algum homem particularmente ungido, eleito ou não, para o efeito?

Não.

Sacralmente detida por algum colégio de homens particularmente ungidos, eleitos ou não, para o efeito?

Não.

A axiologia não está na vontade dos homens.

A axiologia não é obediência a um homem ou a um grupo de homens, seja qualquer for a forma do seu *dictate*.

A axiologia é a consciência – a bússola moral como legado do labirinto cristão de Westfália<sup>25</sup> – que, destrinchando entre o certo (o parametricamente não-injusto e analogicamente justo) e o errado (o paramétrica ou analogicamente

<sup>24</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, sobretudo a Introdução e §§ 13 e 16; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, *in passim*, e.g., § 10.

<sup>25</sup> V. MARK GREENGRASS, *Christendom destroyed, Europe 1517-1648*, London, 2015 [original de 2014], p. 680.

Sobre o cristianismo de consciência, v. FRANCISCO AGUILAR, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo.

injusto)<sup>26</sup> em face, precisamente, da ideia (moral) de Direito da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum, compele o homem para o certo e para a verdade.

Ao fazê-lo, a axiologia destrinça entre o Direito (o certo) e o torto (o errado).

É por isso que a axiologia apenas comanda a obediência quanto ao axiologicamente justo (o Direito) mas nunca, portanto, quanto ao contra-axiologicamente iníquo (o torto).

Assim sendo, e uma vez que os homens vêm apenas aquilo que querem ver, ou que lhes ensinam a ver ou que lhes é conveniente ver, importa chamar a atenção para a circunstância de a axiologia dever ser não apenas formalmente presumida em actos formais (*e.g.*, leis ou sentenças) mas antes de modo conteudisticamente assegurada na interpretativa realização do Direito: a axiologia e o dever ser moral e jurídico que dela resultam nascem no caso.

Por outras palavras, o Direito não é apenas formal e procedimental (conceito formal de Direito) mas também conteudístico (conceito conteudístico ou material de Direito)<sup>27</sup>.

Telegraficamente, não há Direito sem axiologia e a axiologia é a autoridade moral<sup>28</sup> do caso e não a força da autoridade sobre o caso.

Tudo isto pressupõe, claro está, a rejeição de uma posição positivista, a qual, por moralmente descomprometida com o Direito, impede a parame-trização deste pela ideia de Justiça, antes impondo, no lugar daquela natural e axiologicamente carregada união (*ius-iustitia*), o casamento do Direito com a força, termos em que Direito e força bruta estatal seriam uma e a mesma coisa<sup>29</sup>. Importa sublinhar este ponto, porquanto este casamento forçado, implicando um entoar de hossanas à tribo da maioria, inexoravelmente conduz à “corajosa”

<sup>26</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento..., *op. cit.*, *in passim* a partir da pp. 78 e s., 81, 86 e s., 98 e s. nas Considerações conclusivas e 103 no Epílogo; IDEM, «Aquém do bem, o mal..., *op. cit.*, no prelo; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos..., *op. cit.*, no prelo.

<sup>27</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, § 13; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, §§ 7 e 14.

<sup>28</sup> Sublinhando a autoridade moral da Constituição, v. LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A autoridade moral da Constituição, Da fundamentação da validade do Direito constitucional*, Coimbra, 2009, *in passim*.

<sup>29</sup> V., apenas a título de exemplo, FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, § 13; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, § 2; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus...*, *op. cit.*, p. 827; IDEM, «A ideia de Direito ou uma das ideias..., *op. cit.*, p. 857; IDEM, «Felonia metodológica..., *op. cit.*, pp. 495 e ss., 505 e s. e 514 e ss.; IDEM, «O sentimento..., *op. cit.*, pp. 68, 70, 98 nas Considerações conclusivas e 105 no Epílogo.



(assim o diriam os pós-modernos na sua inversão de valores<sup>30</sup>) perseguição e destruição da tribo bode expiatório através de um torto tribal<sup>31</sup> *de lege* ou *de facto*<sup>32</sup>. Por nós, rejeitamos o positivismo no Direito<sup>33</sup>, exprimindo o nosso pensamento aquilo que poderemos designar por imanentismo ontologicista<sup>34</sup>. Mas isso no corpo do presente artigo representaria já uma outra questão, a conta de um outro rosário, a qual, por conseguinte, aqui apenas importa ter presente.

## 2. Intersubjectividade da natureza das coisas e maioria

Relembremos já como o terceiro momento da interpretação está relacionado com a natureza das coisas na construção do *Typus* interpretativo. E vimos como a natureza das coisas, tradutora do devir histórico-cultural do entendimento do real, é intersubjectiva. Termos em que não pode corresponder nem ao arbítrio do legislador nem à idiosincrasia do juiz<sup>35</sup>. Ela é apurada no

<sup>30</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, *in passim*; IDEM, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>31</sup> Sobre a rejeição de uma ideia de torto (uma ideia da besta) que cinda a espécie, v. FRANCISCO AGUILAR, «A ideia de Direito ou uma das ideias...», *op. cit.*, pp. 858 e s.; IDEM, «A ideia de Direito e a ideia de Deus...», *op. cit.*, p. 58.

<sup>32</sup> Sobre o torto tribal e a destriça entre o “Direito penal do agente” *de lege* e *de facto*, v. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, pp. 75 e ss., 84 e ss., 93 e ss. e 99 e s.; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>33</sup> V., *supra*, o texto do presente artigo e, já antes, sobretudo [a ordem não é a da escrita mas a da publicação] FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, sobretudo a Introdução e § 13; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, *in passim*, sobretudo §§ 1, 2 e 12; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus*...», *op. cit.*, pp. 823 e ss.; IDEM, «A ideia de Direito ou uma das ideias...», *op. cit.*, pp. 853 e ss.; IDEM, «*Etiam si omnes*...», *op. cit.*, pp. 91 e ss.; IDEM, «Espaço livre de Direito...», *op. cit.*, pp. 123 e ss.; IDEM, «A ideia de Direito como “bem...”, *op. cit.*, pp. 343 e ss.; IDEM, «Sobre o atentado de 20 de Julho de 1944 como legítima defesa...», *op. cit.*, pp. 227 e ss.; IDEM, «Ensaio sobre o Direito penal da família...», *op. cit.*, pp. 834 e ss.; IDEM, «A ideia de Direito e a ideia de Deus...», *op. cit.*, pp. 55 e ss., sobretudo 59 e ss.; IDEM, «Felonía metodológica...», *op. cit.*, pp. 487 e ss.; IDEM, «O sentimento...», *op. cit.*, pp. 65 e ss.; IDEM, «A (axiologicamente) normativa desconstrução da teoria da imputação objectiva...», *op. cit.*, no prelo; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>34</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «Norma jurídica *in tempore casus*...», *op. cit.*, pp. 831 e ss.; IDEM, «Ensaio sobre o Direito penal da família...», *op. cit.*, pp. 834 e ss.; IDEM, «A ideia de Direito e a ideia de Deus...», *op. cit.*, pp. 59 e ss.; IDEM, «O sentimento...», *op. cit.*, pp. 77 e s..

<sup>35</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, Excurso: significado jurídico-político do Direito como normação do caso no caso; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus*...», *op. cit.*, pp. 825 e ss., 828 e ss. e *in passim* a partir da p. 831.

momento do caso tendo em conta um modelo de destinatário dos programas de norma.

Ora, importa, então, responder à questão inicialmente colocada<sup>36</sup>. Quem é o sujeito da natureza das coisas, *rectius*, quem é o sujeito axiologicamente legítimo da natureza das coisas? Ainda por outras palavras, qual o juízo nomológico<sup>37</sup> da natureza das coisas?

Em grandes linhas, será a maioria ou algum critério que a exprima (*e.g.* a vontade ou o interesse)? Ou será antes um critério ideal, de dever-ser moral?

### 2.1. *A intersubjectividade como expressão da facticidade do pensamento maioritário, i.e., como conveniência ideológica da tribo da maioria?*

Colocando directamente a questão, o problema consiste em saber qual o crivo da natureza das coisas.

Quem é o sujeito do seu juízo ideal?

Responderá “reflexamente” um democrata: é a maioria.

Simplesmente isso não responde à questão decisiva.

E a questão decisiva é: o que é a regra da maioria?

A regra da maioria é meramente procedimental-formal ou também é axiológica? É apenas forma ou também é conteúdo? É apenas matemática ou também é valor? É facticidade ou também é normatividade axiológica? É argumento de autoridade ou também é autoridade do argumento?

Mesmo que a resposta seja no sentido da rousseauiana “vontade geral”<sup>38</sup> (*volonté générale*), ela está, ao contrário do que pretende o Filósofo francês, inexoravelmente, *i.e., de facto*, presa aos grillhões da vontade aritmética de uma maioria. Esta questão acaba por ser inultrapassável<sup>39</sup>, porquanto a vontade geral

<sup>36</sup> V., *supra*, a Introdução.

<sup>37</sup> Do Deus grego *Nomos* (conhecimento do Direito) e não normológico, por conseguinte, ao contrário do que defende a doutrina alemã (v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, § 16), porquanto a norma não é anterior ao facto e não se confunde nem com o programa de norma nem com o texto deste último: ela é na realidade o produto da comparação do pólo do caso com o pólo do programa de norma (v. *Ibidem*, § 16 e IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, *in passim*, sobretudo §§ 1, 9 e 10).

<sup>38</sup> V. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du Contrat social ou Principes du Droit politique*, Amsterdam, 1762, *in passim*.

<sup>39</sup> O próprio Rousseau implicitamente reconhece que a sua vontade geral pressupõe uma vontade quantitativa, ao exigir maiorias qualificadas, em certas matérias, como maior garantia de expressão de uma verdadeira vontade geral (v., *e.g.*, *Ibidem*, IV:2).

da conveniência do interesse comum<sup>40</sup> não é mais do que o fantoche nas mãos dos novos sacerdotes (os representantes do povo como novo “Deus”): com efeito, a vontade geral não é *de facto* outra coisa senão a vontade da maioria. É pois a vontade da maioria que verdadeiramente consubstancia em Jean-Jacques Rousseau um poder concentrado, ilimitado e adorado como novo “Deus”-dualista.

Daí que a filosofia de Rousseau e o pensamento idealista alemão que se lhe seguiu e que aquela decisivamente influenciou sejam anti-individualistas e transpersonalistas<sup>41</sup>.

Insista-se neste ponto: é que a maioria significa, na essência axiológica das coisas, não uma abstracção mas a pura vontade da maioria. A vontade da maioria que detêm o poder. Vontade que define o interesse geral e, com ele, a cogente e suprema religião civil, a qual o desenvolvimento ulterior do colectivismo no pensamento pós-moderno levará a identificar com a única religião, aquela que, exigindo a adoração do Estado, proíbe o pensamento. Não temos aqui nem tempo nem espaço para desenvolver a análise do pensamento antiliberal, sobretudo o alemão que assentou arraiais na filosofia de Rousseau, mas referiremos apenas, no ponto que releva, que essa vontade é absoluta, é auto-referente e é ilimitada<sup>42</sup>.

Com efeito, a obediência à vontade da maioria não é limitada sequer pela consciência, porquanto a primeira é a virtude da religião civil. Virtude da religião civil que é expressamente apartada da moral religiosa e da justiça (do caso) por Rousseau<sup>43</sup> e pelos pós-modernos que se lhe seguiram<sup>44</sup> e que, portanto, deve prevalecer sobre as primeiras. A lei não pode ser injusta, “porquanto nada é injusto em face de si mesmo”<sup>45</sup>. É por isso que a vontade geral na lei incorporada não é heterolimitada pela justiça. A virtude do sacramento civil é a obediência aos dogmas da vontade da maioria. Ela é, portanto e literalmente, a virtude dos imorais.

Não se deve então estranhar que o indivíduo não seja mais do que um instrumento que, em nome do superior interesse do colectivo, poderá e deverá ser

<sup>40</sup> V. *Ibidem*, II:3.

<sup>41</sup> Razão pela qual são tidas por alguns Autores como anti-iluministas (v. STEPHEN RONALD CRAIG HICKS, *Explaining...*, *op. cit.*, pp. 6 e ss., 23 e ss., 58 e ss., 84 e ss. e 174 e ss.).

<sup>42</sup> V. STEPHEN RONALD CRAIG HICKS, *Explaining...*, *op. cit.*, pp. 84 e ss., sobretudo, 91 e ss.; FRANCISCO AGUILAR, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>43</sup> V. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du Contrat social...*, *op. cit.*, IV:8.

<sup>44</sup> V. STEPHEN RONALD CRAIG HICKS, *Explaining...*, *op. cit.*, pp. 100 e ss. e *in passim* a partir da p. 106.

<sup>45</sup> JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du Contrat social...*, *op. cit.*, II:6.

sacrificado pelo Estado<sup>46</sup>, inclusive quando recuse os dogmas da religião civil deste último<sup>47</sup>.

Uma tal democracia não é, porém, axiológica.

Ela é o campo de batalha da guerra tribal da pós-modernidade: é o sentimento da maioria como garantia de realização da sua colusão narcisista colectiva<sup>48</sup> em torno da prossecução do seu interesse – com a falsa invocação do interesse geral –, o qual implica a perseguição e destruição da tribo bode expiatório e o silenciamento da não-conformidade dentro da própria tribo da maioria. É o que encontramos hoje, no estertor tribal do Ocidente, no fervor do politicamente correcto<sup>49</sup> relativo ao conjunto de dogmas das ideologias totalitárias, *i.e.*, das ideologias-religiões, designadamente a da agora chamada de igualdade de género, a qual não é mais do que uma burla de etiquetas<sup>50</sup> para a supremacia do género feminino<sup>51</sup> (*i.e.*, o feminismo como religião dos Estados do Ocidente) fundadora da perseguição e da destruição do homem cristão como bode expiatório da civilização ocidental.

A resposta à denúncia deste problema no campo específico do sistema democrático depara-se com muitos problemas filosóficos e jurídicos. Como esses obstáculos representam, porém, a conta de um outro rosário em face do tema do presente trabalho, iremos ater-nos aqui às valências principiológicas mais directamente ligadas com o fundamento e a operacionalidade do juízo da maioria como crivo de realização interpretativa do Direito. Vejamos, com a brevidade a que a natureza da coisa tempo nos obriga, as principais dificuldades metodológicas impostas pela adopção do óculo formal da maioria como crivo interpretativo.

Em primeiro lugar, a vontade não gera o justo: a vontade é fáctica, é força, enquanto o justo é normativo, é dever-ser justamente imposto pela iminência

<sup>46</sup> V. *Ibidem*, II:4 e II:5.

<sup>47</sup> V. *Ibidem*, IV:8.

<sup>48</sup> V. STEPHAN MARKS, *Warum folgten sie Hitler?, Die Psychologie des Nationalsozialismus*, Düsseldorf, 2007, pp. 102 e ss. e, sobretudo, 107 e ss.; FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, § 13; IDEM, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>49</sup> Sobre o axiologicamente ilegítimo “Direito penal do politicamente correcto”, v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, 2014, §§ 13 e 18; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, § 2; e, sobretudo, IDEM, «*Etiam si omnes...*», *op. cit.*, pp. 111 e ss.; IDEM, «A ideia de Direito como “bem...”, *op. cit.*, pp. 353 e s.; IDEM, «Ensaio sobre o Direito penal da família...», *op. cit.*, pp. 841 e s. e 876 e ss.; IDEM, «A ideia de Direito e a ideia de Deus...», *op. cit.*, pp. 64 e 69; IDEM, «O sentimento...», *op. cit.*, pp. 79, 86 e s., 88 e 90; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>50</sup> A fraude se referia ERNEST BELFORT BAX, *The fraud of feminism*, London, 1913, *in passim*.

<sup>51</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, *in passim* e, ainda mais explicitamente, IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

do império axiológico da erupção do ser, ao contrário do que pretende a tradição filosofia iluminista firmemente assente a partir de Kant. Razão pela qual a maioria não pode, de modo axiologicamente legítimo, nem pelo consenso nem pelo interesse – ao contrário do que pretende o pós-modernismo –, constituir o crivo do justo (e.g., o “Barrabás!” gritado no “terceiro” julgamento de Cristo ou os referendos, e respectivas decisões jurisprudenciais, como as dos tribunais superiores, tribunais constitucionais incluídos, no mundo ocidental, sobre o chamado “aborto”). Termos em que, quando a decisão da maioria não é sinónimo de justiça (*iustitia*), ela, perdendo a legitimidade humana do seu fundamento – a anelação da perfeição da justiça de Deus –, não pode coincidir com o Direito (*ius*)<sup>52</sup>.

Em segundo lugar, o fundamento da democracia é necessariamente o seu limite. Para compreender isto, importa recordar o fundamento axiológico da democracia: assentando esta na ideia da correspondência *um homem um voto*, ela é não mais do que o produto da igualdade de todos na espécie. Ou seja, o fundamento da democracia, ao contrário do que pretendem os tiranos sociopatas das ideologias-religiões colectivistas totalitárias, não é o meramente formal e procedimental apuramento da vontade, do capricho do déspota, mas antes o da expressão da dignidade axiológica que a todos os membros da espécie é inerente pela humanidade comum compartilhada. Ora, tendo a democracia por fundamento axiológico a igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum, a postergação, pelas decisões da maioria, dessa mesma humanidade comum nega a estas últimas a legitimidade axiológica da própria democracia. Termos em que quando as decisões da maioria não correspondem com a axiologia da democracia, elas não são Direito. Não sendo Direito, são mera força da maioria. O que significa dizer que o exercício da regra da maioria é, então, não mais do que tirania. É por isso que, como temos vindo a defender, a ideia de democracia não pode ser apenas formal antes também o devendo ser material ou talvez até mais correctamente dizendo conteudisticamente carregada de um denso valor moral<sup>53</sup>. E que valor espiritual é esse? Apenas e tão só, mas *et por cause*, o seu próprio fundamento axiológico: a igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum. Assim fundada axiologicamente, torna-se evidente a razão pela qual a realização interpretativa do Direito não pode legitimamente coincidir com a obediência à vontade da maioria. Termos em que o juízo sobre o justo e o injusto não pode axiologicamente ser o da tribo da maioria e das

<sup>52</sup> V., *supra*, 1.

<sup>53</sup> V., e.g., FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, a Introdução; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, §§ 7 e 12; IDEM, «Ensaio sobre o Direito penal da família...», *op. cit.*, pp. 838 e s.; IDEM, «A ideia de Direito e a ideia de Deus...», *op. cit.*, pp. 67 e ss.

tribos suas aliadas sob pena de ser um juízo autopoiético. É que, se assim fosse, insista-se a maioria seria ilimitada e o seu poder seria traduzido em leis que axiologicamente, à uma, não traduziriam a axiologia fundadora da democracia e, à duas, não conduziriam ao Direito: seriam valorativamente não mais do que expressão do capricho de uma vontade ilimitada, termos em que axiologicamente avaliadas não passariam de tirania e dariam lugar ao torto.

Em terceiro lugar, sublinhe-se que, se o crivo da decisão jurisdicional reconstitutiva da norma no caso fosse o da incindível vontade da maioria, seria violado o princípio da separação de poderes, porque o poder jurisdicional não seria diverso do poder legislativo. Escrito de outro modo, o poder legislativo e o poder jurisdicional estariam concentrados, não passando o juiz de um esbirro do poder e de um jagunço da ideologia dominante, *rectius* de um fantoche dos dois.

Em quarto lugar, se o juízo nomológico<sup>54</sup> fosse o da maioria não haveria Direito como realização axiológica, porquanto a função de um poder jurisdicional independente é a realização de uma interpretação igual para todos os seres humanos e não condicionada à pertença à tribo ou a uma das tribos da maioria, *i.e.*, às tribos auto-designadas como vítimas. É que se a interpretação do caso fosse feita de acordo com a vontade da maioria então, teríamos não uma justiça (do caso) individual mas antes e no seu lugar uma “justiça tribal”, que seria uma “justiça (da vontade) colectiva”, na qual os membros da tribo da minoria bode expiatório (*e.g.*, os homens cristãos) seriam literalmente pratos gastronómicos na ementa do jantar da tribo da maioria (*e.g.*, no Ocidente, o feminismo) e das tribos suas aliadas, incluindo a sua principal minoria aliada, aquela que, contra natura, o é pela simples força das circunstâncias, a saber pelo facto de ser a (futura) maioria (actualmente) *on the making* (*e.g.*, no Ocidente, o islamismo).

Telegraficamente, a democracia é o governo da maioria. Mas o programa de norma não pode ser juridicamente o seu próprio crivo, sob pena de insindicabilidade. A maioria de quem, então? Essa é a pergunta. Como a resposta é uma maioria de seres humanos, *ergo* o governo de seres humanos está limitado por essa mesma humana condição. É esse o limite à sua vontade.

Termos em que a vontade da maioria negadora da humanidade comum a parte da espécie (o “Direito tribal”) não é Direito.

Em suma, o fundamento da democracia (a igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum) é o seu limite conteudístico-axiológico. Pelo que a

<sup>54</sup> V., *supra*, 2.

ideia axiológica de democracia exprime a ideia axiológica de Direito. Elas são uma e a mesma coisa<sup>55</sup>.

Importa, portanto, que a intersubjectividade da interpretação corresponda a um crivo que não se limite a traduzir acriticamente a vontade expressa ou a vontade presumida com o interesse da maioria. De outro modo, teríamos uma interpretação tribal feita contra uma, ou mais, minorias bode expiatório, porquanto o sujeito do modelo de interpretação da maioria seria o de membro da tribo da maioria. Interpretação que seria tribal, porquanto seria norteadada não pela bússola moral da espécie mas pelo falso farol moral do recife da cupidez da conveniência da tribo da maioria<sup>56</sup>.

Encurtando o texto, podemos pois afirmar a cisão da espécie como o resultado da “justiça tribal” da maioria em seu benefício ou de alguma das tribos suas aliadas.

Para compreender isto é importante ter presente que o lado sombrio da natureza humana não se autolimita<sup>57</sup>. Esta verdade é de tal modo auto-evidente que, importa reconhecê-lo, desde cedo, foi deixada clara pelo primeiramente moderado iluminismo. Daí a relevância que logo modernamente – insistia-se moderna e não pós-modernamente<sup>58-59</sup> – fora colocada na importância da separação de poderes como forma de limitação do poder<sup>60</sup>.

É por isso que, como nenhum poder humano se autolimita, é necessário um contrapeso ou freio axiológico ao egoísmo humano que o (hetero-)limite. A leitura crítica de um dos rostos do pós-modernismo, Friedrich Nietzsche, torna claro que esse limite não é a facticidade, não é o corpo<sup>61</sup>. Porque a facticidade prega, como força, a aceitação dos defeitos. Em última análise, a aceitação da inveja, do ressentimento, do ódio e da vingança: numa palavra, do mal cujo Arauto subversivamente procurou fazer passar por bem<sup>62</sup>.

<sup>55</sup> V., e.g., FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, a Introdução; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, §§ 7 e 12; IDEM, «Ensaio sobre o Direito penal da família...», *op. cit.*, pp. 838 e s.; IDEM, «A ideia de Direito e a ideia de Deus...», *op. cit.*, pp. 67 e ss.; IDEM, «O sentimento...», *op. cit.*, p. 68.

<sup>56</sup> Sobre estes problemas, v. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, pp. 75 e ss.; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>57</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>58</sup> V. STEPHEN RONALD CRAIG HICKS, *Explaining...*, *op. cit.*, *in passim*, e.g. pp. 6 e ss. e 14 e ss. no capítulo inicial; FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, *in passim* logo a começar na p. 66; IDEM, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>59</sup> V., *supra*, 1.

<sup>60</sup> V. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Geneve, 1748, I, XI:6.

<sup>61</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>62</sup> V. *Ibidem*.

Somente resta, então, a normatividade axiológica, o espírito. O lado luminoso do homem: a não-conformidade perante o egoísmo. A demanda de superação do lado sombrio da natureza humana<sup>63</sup>. O seguir a bússola moral prática – a saber o certo e não o errado (o que significa, como vimos, o justo e não o injusto<sup>64</sup>) – e epistemológica – a saber, a verdade – do bem<sup>65</sup>.

O limite ao poder da maioria não pode pois assentar nem no interesse, nem na conveniência e no utilitarismo que o orbitam. Ele é axiológico e reside na pertença do outro à espécie como limite à disposição da maioria.

Brevemente, então, qual o limite à democracia de seres humanos? A sua humanidade.

O problema surge quando a vontade exprime o egoísmo patológico extremo da colusão narcisista colectiva (*e.g.*, a cupidez oportunista) da tribo da maioria. Colusão narcisista colectiva da maioria que olha para os membros da tribo bode expiatório como meros instrumentos do interesse da maioria e, por isso, de modo meramente utilitário, escraviza aqueles que se deixam escravizar e destrói todos os outros. É que a sociopatia não deixa de o ser, quando é colectiva. É o que sucede, contemporaneamente, com o “grunhido” unísono da infundável vara cor-de-rosa<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> V. *Ibidem*.

<sup>64</sup> V., *supra*, 1.

<sup>65</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Ibidem*.

<sup>66</sup> As adoradoras e os adoradores do culto da deusa “grunhem”, em primeiro lugar, quando insistem no insidioso ocultar da sua verdadeira agenda (a supremacia do género feminino e a destruição misândrica do homem) sob o manto da desonesta burla de etiquetas da igualdade de género [v., *supra* e *infra*, o presente ponto e, *infra*, Excurso: a necessidade da omnipresença axiológico-metodológica do homem moralmente orientado no combate ao *circumvenire ius* (*e.g.*, a tribalização dos pólos da interpretação como pós-moderna fraude ao Direito)], e, em segundo lugar, quando revelam, pelos seus comportamentos e pela dualidade de critérios nos mesmos implicadas, que afinal há uns – os membros da tribo da maioria e das tribos suas aliadas – que são mais iguais do que os outros. Com efeito, e olhando, insista-se, não para as palavras mas para os seus comportamentos, é impossível não relembrar a *praxis* das burlas de rótulos, da dualidade de critérios (“todos os animais são iguais, mas alguns animais são mais iguais do que os outros”), da ocupação e transversal controlo totalitário do Estado – designadamente do aparelho de “justiça” – e respectivo uso como aparelho de poder criminoso organizado precisamente em função do privilégio da tribo da maioria e suas aliadas e da perseguição, escravagismo e destruição dos membros da tribo bode expiatório (no mesmo contexto, *mutatis mutandis*, de um outro colectivismo que igualmente se revelou *de facto* totalitário embora o seu tribalismo não tenha sido genético) e a indiferenciação dos comportamentos da tribo que, como esbirro do poder, exerce o escravagismo por conta do totalitarismo da oligarquia (também dita, de plutocracia) do globalismo de elite, ao ponto de se tornarem indestrinçáveis dessa oligarquia, realidades tão brilhantemente descritas, *mutatis mutandis*, na genial alegoria animal de George Orwell [v., apenas *e.g.*, paradigmaticamente, a referida citação-síntese dos dois pesos e duas medidas em GEORGE ORWELL, *Animal farm, A fairy story*, London, 1989 [original de 1945], p. 90 [no original todo o texto



Ora, sendo o Direito (*ius*) necessariamente justiça (*iustitia*), a imposição da conformidade pela maioria não pode deixar de traduzir uma mera imposição da força. Por outras palavras, o imoral *pus* da ilimitada vontade não pode exprimir o (justo) Direito<sup>67</sup>.

A ideia do Direito não está presente em um exercício tirânico do poder.

A imposição da conformidade nunca foi, não é e nunca será justiça.

Como fazer, então?

Recusar a “justiça tribal” da tribo da maioria (*e.g.*, o feminismo e a igualdade de género como insidiosa burla de etiquetas para o seu verdadeiro significado de supremacia do género feminino<sup>68</sup>) e realizar a justiça (individual) do caso<sup>69</sup>.

E, conseqüentemente, elevar o crivo da interpretação acima do membro da tribo da maioria.

Realizar o Direito não pode, como vimos, significar senão a realização da justiça (individual) do caso e esta só é alcançável, quando se estabelece como crivo de avaliação a própria espécie humana. A interpretação axiologicamente legítima será, então, a interpretação feita pelos olhos ideais da humanidade comum e não pelos olhos espuriamente comprometidos com o interesse da colusão narcisista colectiva da tribo maioria e com a insidiosa agenda sociopaticamente destruidora de alguma ou algumas das tribos da humanidade fendida.

Uma nota final neste ponto apenas para sublinhar que é daqui que resulta, *ça va sans dire*, a universalidade da ideia (moral) de Direito<sup>70</sup>, e do seu juízo nomológico<sup>71</sup>, como crivo aferidor da natureza das coisas. Com tudo o que isso implica de não-aceitação axiológica de uma dita natureza das coisas regio-

da presente citação encontra-se escrito em letra maiúscula]]. Já no sentido da analogia entre o contemporâneo socialismo de género e a obra do Escritor britânico (a qual à época, insistia-se, se inspirava em uma outra triste realidade histórica), v. FRANCISCO AGUILAR, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>67</sup> V., *supra*, 1.

<sup>68</sup> V., *supra* e *infra*, o presente ponto e, *infra*, Excurso: a necessidade da omnipresença axiológico-metodológica do homem moralmente orientado no combate ao *circumvenire ius* (*e.g.*, a tribalização dos pólos da interpretação como pós-moderna fraude ao Direito) e FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, *in passim* e, ainda mais explicitamente, IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>69</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, *in passim* a partir da p. 69; IDEM, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>70</sup> E isto apesar de a sua origem (Atenas-Jerusalém) ser regionalmente identificada. Neste sentido, v., tudo o que temos escrito, *e.g.*, FRANCISCO AGUILAR, «A ideia de Direito ou uma das ideias...», pp. 858 e s..

<sup>71</sup> V., *supra*, 2.

nalmente recortada ou segmentada, a qual não passa, normalmente, de uma espúria burla de etiquetas para um monstruoso torto tribal, a pílula que desse modo se pretende dourar.

## 2.2. *A intersubjectividade como expressão da normatividade axiológica do homem moralmente orientado e a destrição entre o certo e o errado: a ideia de Direito e a justiça (individual) do caso como limite ao poder*

Como já referimos, o juízo da interpretação não pode ser o do interesse ou o da vontade da tribo maioritária mas antes o da pertença à espécie. Apenas então a juridicidade limita o poder. Por outras palavras, o limite ao poder resulta da axiologia que o fundamenta e a juridicidade constitui o crivo de aferição da observância desse limite.

A dimensão axiológico-conteudística da ideia de democracia é, pois, igual à ideia de Direito: é a justiça nuclear da igual dignidade de todos resultante da humanidade que, precisamente com todos, se compartilha.

Isto, por sua vez, implica duas conseqüências.

Em primeiro lugar, o crivo do Direito seja não pode ser o do ser humano membro da tribo da maioria mas o do ser humano membro da espécie.

Em segundo lugar, que a juridicidade, para que possa constituir verdadeiro limite ao poder, *i.e.*, à força normalmente formalizada na legalidade, efectivamente seja jurídica, *i.e.*, seja conteudístico-axiologicamente densa.

O crivo da ideia axiológica de Direito é, então, aquele que destrição o certo (o parametricamente não-injusto e analogicamente justo) do errado (o paramétrica ou analogicamente injusto)<sup>72</sup> e não o crivo que destrição o conveniente do inconveniente à realização do interesse da tribo governante e suas aliadas. Por outras palavras, a ideia da integridade da espécie é a justiça (do caso) e não a “justiça tribal”<sup>73</sup>.

Ora, este crivo da ideia axiológica de Direito consubstancia-se necessariamente no juízo do homem moralmente orientado<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> V., *supra*, 1.

<sup>73</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento..., *op. cit.*, *in passim* a partir da p. 69; IDEM, «Aquém do bem, o mal..., *op. cit.*, no prelo; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos..., *op. cit.*, no prelo.

<sup>74</sup> Sobre o homem moralmente orientado, v. tudo aquilo que temos escrito desde a tese de doutoramento, *e.g.*, v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, sobretudo § 16; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, *in passim*, sobretudo §§ 4 e 10; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus...*, *op. cit.*, p. 830; IDEM, «*Etiam si omnes...*, *op. cit.*, pp. 93 e ss. e 95 e ss.; IDEM, «A ideia de Direito e a ideia de Deus..., *op. cit.*, pp. 55 e s. e 70 e s. nas Considerações conclusivas; IDEM,

Porque o homem moralmente orientado é honesto. Ele destrinça – no quadro cultural da proibidade moral e intelectual do mundo ocidental, da qual constituem importantes erupções a moral cristã, *e.g.*, as originais e a protestante, e a ciência e a filosofia modernas – o certo do errado (*i.e.*, o justo do injusto nos termos que acabámos de recordar) e a verdade da mentira, adoptando os primeiros por bússola moral.

Porque o homem moralmente orientado não opera uma interpretação para senhores e outra para escravos. Assim, *e.g.*, nem uma interpretação misândrica ditada pelo feminismo em proveito dos negócios das indústrias que em torno dele orbitam e do oportunismo da sua clientela narcisista feminina nem uma interpretação cristofóbica imposta pelo feminismo em defesa do seu contingente aliado islâmico, a quem o primeiro, no curso da sua interminável paródia, e com a “coragem” característica dos cobardes<sup>75</sup>, aleivosamente entregou o Ocidente.

O homem moralmente orientado é o farol da moral da humanidade comum que, no exercício do seu compromisso jurídico com a verdade e o moralmente certo, dissipa o manto de névoa da desonestidade, da mentira e da hipocrisia de todo o pós-modernismo, designadamente daquele que actue pós-estruturalmente<sup>76</sup>.

Ora, assim sendo, então temos que apenas através do juízo do homem moralmente orientado, a natureza das coisas, verdadeiramente, o é. Precisamente porque o verdadeiro significado latente das coisas somente pode ser percebido por um homem moralmente orientado, *i.e.*, por um homem honesto. O homem moralmente orientado não vê a realidade pelo nome com que ela se autodesigna ou pelo nome das burlas religioso-ideológicas com que a maioria designa as coisas. Por outras palavras, o homem moralmente orientado não é

«Felonia metodológica...», *op. cit.*, pp. 504 e s. e 519; IDEM, «O sentimento...», *op. cit.*, *in passim*; IDEM, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>75</sup> *I.e.*, o uso da força perante os fracos (os cristãos) e a cedência perante os fortes (os islâmicos), para utilizar as explicitações com que Nietzsche a eles se refere (v. FRANCISCO AGUILAR, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo).

<sup>76</sup> Sobretudo após Friedrich Nietzsche, que, com a rejeição do limite formal da “aranha negra” da razão (Immanuel Kant), procura, no fundo, des(cons)truir o cristianismo (v. FRANCISCO AGUILAR, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo), Martin Heidegger, com a assumpção da contradição no ser [v., *e.g.*, MARTIN HEIDEGGER, *The basic problems of phenomenology*, Bloomington, edição revista, 1988 [tradução do original alemão de 1927 publicado em 1975], § 18, pp. 213 e ss., sobretudo 222 e ss.; IDEM, *Being and time*, Malden/Oxford/Victoria, 2009 [tradução da sétima edição alemã, o original alemão é de 1927], §§ 43 e 44, respectivamente pp. 244 e ss. e 256 e ss.] e finalmente Jacques Derrida, com a desconstrução propriamente *a se* conceptualizada (v., *supra*, 1).

um fantoche da maioria nem um repetidor do nome que esta dá as coisas mas antes o homem que se refere às coisas pelos nomes correspondentes aos seus verdadeiros significados contitudísticos, *i.e.*, à sua essência. É por isso que ele e só ele apura a natureza das diferentes coisas. É, portanto, seu o juízo que na realização do Direito permite operacionalizar a ontologicidade que às coisas é imanente e que temos referido como imanentismo ontologicista<sup>77</sup>.

Em suma, o homem moralmente orientado defende, em inquebrantável e irrenunciável falange grega, a integridade da espécie. É, portanto, o único juízo do crivo da axiologicamente comprometida ideia de Direito que idealmente recusa a “justiça tribal” e que, fazendo-o, permite realizar a única justiça do Direito no julgamento dos homens: a justiça (individual) do caso.

Sendo o homem moralmente orientado a condição *sine qua non* de apuramento da verdadeira natureza das coisas, é ele o limite moral ao poder. Porque o homem moralmente orientado é o único crivo que permite exprimir a axiologia da ideia de Direito da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum. Por outras palavras, o homem moralmente orientado é o único filtro que permite afirmar o Direito como limite axiológico à tirania. Tirania de um poder absoluto concentrado ou difuso, unipessoal ou colegial. Tirania que não deixa de ocorrer mesmo, portanto, quando, como foi o caso dos jacobinos rousseauianos da primeira República francesa<sup>78</sup>, ela seja parlamentar e insidiosamente é invocada a vontade colectiva sob as vestes de alegada vontade do interesse comum como vontade sociopaticamente ilimitada, *i.e.*, para além de qualquer crivo axiológico: a “justiça colectiva” nunca foi, não é e nunca será a (necessariamente individual) justiça, *i.e.*, a justiça do caso.

O juízo da natureza das coisas como limite da verdade e da humanidade comum à ideologia do poder na realização do Direito – *i.e.*, como limite do Direito ao poder (emblematicamente da juridicidade à legalidade) – é necessariamente o juízo do homem moralmente orientado.

**Excurso:** a necessidade da omnipresença axiológico-metodológica do homem moralmente orientado no combate ao *circumvenire ius* da tribalização dos pólos da interpretação como pós-moderna fraude axiológico-metodológica à realização do Direito

A presença do homem moralmente orientado como expressão do crivo interpretativo não pode axiologicamente ater-se ao juízo que afinal encerrará o processo de realização do Direito. O mesmo é dizer: de um ponto de vista

<sup>77</sup> V., *supra*, 1.

<sup>78</sup> V. a análise histórico-filosófica em STEPHEN RONALD CRAIG HICKS, *Explaining...*, *op. cit.*, pp. 96 e ss. e 100 e ss..

analítico do procedimento metodológico, o homem moralmente orientado e a natureza das coisas a que ele acede não surgem apenas no derradeiro momento da tipológica comparação final. O juízo final comparativo é, na realidade, o culminar de um processo que permitiu a construção de um decisivo *tertium comparationis*, o qual, sob pena de ser axiologicamente desdensificado, precisa de ser axiologicamente conduzido.

Se assim não fosse, possibilitar-se-ia uma fraude à necessariamente axiológico-metodológica realização do Direito a montante do juízo interpretativo de comparação final. Aquilo a que Paulo e Ulpiano designavam como *circumvenire lege*, *i.e.*, “grosso modo” uma interpretação literal *contra spiritum*<sup>79</sup>. Como aquilo de que se trata mais rigorosamente seria uma fraude à interpretação e, portanto, à norma jurídica, *i.e.*, uma fraude ao Direito, afigura-se-nos antes preferível a expressão *circumvenire ius*, porquanto a antinormatividade precisa de ser anti-axiológica<sup>80</sup>.

Importa, portanto, em combate a essa fraude à (axiológica) norma ditada pela própria congruência e consistência axiológica da realização do Direito, que os momentos prévios da preparação analógica dos pólos do caso e do programa de norma, *i.e.*, a sua afinação, sejam operados parametrizadamente em face da axiologia da ideia de Direito nos olhos do homem moralmente orientado.

Concretizando telegraficamente, *brevitatis causa*, essa intervenção prévia da ideia de Direito, poderemos sublinhar algumas das suas consequências decisivas nos pólos interpretativos.

Assim, e começando pelo pólo do caso, é isso que determina, desde logo, a necessidade de contextualização do facto. Como inequívoca e reiteradamente temos vindo a insistir, de modo explícito sobretudo a partir da nossa tese de doutoramento, na interpretação o contexto é tudo, termos em que não há interpretação sem contextualização do facto<sup>81</sup>. Com efeito, como o homem moralmente orientado é honesto ele apenas interpreta o caso contextualizadamente. Nestes termos, é interdita qualquer interpretação descontextualizadora, ainda que tribalmente conveniente [*e.g.*, útil às mentiras dos dogmas religiosos, mais conhecidos por politicamente correto<sup>82</sup> (leia-se conveniente) da maior

<sup>79</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, § 13; IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, § 10.

<sup>80</sup> V., *supra*, 1.

<sup>81</sup> V., por todos, FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, § 16 e, depois, *e.g.*, IDEM, *A norma do caso como norma no caso...*, *op. cit.*, § 10; IDEM, «A (axiologicamente) normativa desconstrução da teoria da imputação objectiva...», *op. cit.*, no prelo; e, finalmente, de modo político-compreensivo mais (moderna que não pós-moderna, entenda-se) desconstrutivo, IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>82</sup> V., *supra*, 2.1..

burla da história da humanidade, a da igualdade de género como (falso) rótulo da ideologia-religião de supremacia do género feminino no quadro pós-moderno das renúncias epistemológica à verdade e axiológica à distinção moral entre o certo e o errado e da sua substituição pela mentira e pela distinção entre o conveniente e o inconveniente)<sup>83</sup>]. O juízo do homem moralmente orientado quanto ao pólo do caso, como juízo de juridicidade, é, em suma, um juízo não quanto à aparência<sup>84</sup> das coisas do caso mas quanto à essência das coisas do caso.

Ilustremos a decisiva importância da presente questão com o Direito penal. Não é, com efeito, por acaso que a contextualização do facto constitui um *acquis* irrenunciável da evolução do Direito penal da civilização ocidental. Esse Direito penal do facto – como facto devendo ler-se o comportamento axiológicamente contra-normativo – significa, na decisiva delimitação negativa que todos aprendemos em Espinosa<sup>85</sup>, que o Direito penal do facto não é nem Direito penal do pensamento nem Direito penal do agente. Ora, bom é de ver que, importa dizê-lo sem tibiezas, o Direito penal do facto só o é realmente, *i.e.*, só não é nem Direito penal do pensamento nem Direito penal do agente, se e enquanto for Direito penal do facto contextualizado. É que, de outro modo, *i.e.*, descontextualizadamente ele seria construído não sobre o significado do caso, mas sobre o deturpado significado de uma outra realidade, um ficcionado não-caso mais conforme aos dogmas da ideologia-religião governante. Teríamos então os “comportamentos em si mesmos (*i.e.*, descontextualizadamente) considerados criminosos” (*e.g.*, por força da realização de um “Direito penal do agente” *de facto*)<sup>86</sup>.

Acrescente-se que não é apenas ao plano da correspondência com o programa normativo, que concluirá com um resultado de semelhança ou diferença analógica, que se circunscreve a importância da contextualização do facto. Deve, com efeito, ser também sublinhado o peso igualmente decisivo da contextualização do facto a jusante do juízo de correspondência analógica, aquando da concretização do efeito indeterminado previsto em uma estatuição jurídica. Basta pensar a este propósito, *e.g.*, na determinação da medida con-

<sup>83</sup> V., *supra*, 1.

<sup>84</sup> Para uma crítica contundente ao formalismo e ao culto da aparência das coisas na jurisprudência, v. FRANCISCO AGUILAR, «Norma jurídica *in tempore casus...*, *op. cit.*, pp. 829, 838 e s. e 844; IDEM, «O sentimento..., *op. cit.*, pp. 88 e ss.; IDEM, «Felonía metodológica..., *op. cit.*, p. 493, sobretudo, pp. 507 e ss., 513 e s. e 516 e s..

<sup>85</sup> V. ESPINOSA, *Ética*, Lisboa, 1992 [escrito original latim de 1677], pp. 184-185.

<sup>86</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento..., *op. cit.*, pp. 75 e ss., 92, 93 e ss.; e, por todos, IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos..., *op. cit.*, no prelo.

creta da pena no Direito penal. Com feito, esta última também precisa de ser apurada em correspondência ao caso contextualizado no seu pedaço de vida, porquanto sem a contextualização não é possível realizar honestamente os juízos de culpa, de igualdade e de proporcionalidade relativos à avaliação da culpa e à avaliação da necessidade da pena e, sem estes, não é possível nem decidir a pena nem fixar o seu *quantum*. Sumariando o nosso pensamento quanto a esta questão, sem a contextualização do caso não é apenas a correspondência analógica unitariamente realizadora do Direito que é impossibilitada mas também a jusante a concretização do efeito indeterminado de uma consequência jurídica. Assinale-se, portanto, que, também neste último plano – o da quantificação do efeito jurídico –, uma “justiça descontextualizadora”, postergando os princípios da igualdade e da proporcionalidade – materialmente fundadores da justiça –, justiça não é. Será não mais do que “Direito penal do agente” *de facto* e, como tal, “Direito penal do inimigo interno” *de facto*.

Em suma, no pólo do caso a descontextualização do facto conduz ao “Direito penal do agente” *de facto* como “Direito penal do inimigo interno” *de facto*. Chamamos a atenção para o nó-górdio civilizacional da proibição de descontextualização: o problema ímpar que ela suscita assenta na circunstância de a apreciação da matéria de facto ser dirigida apenas ao intérprete. Por isso, a apreciação da matéria de facto é mais invisível. Mais invisível, porque menos evidente. Menos evidente, porque menos perceptível. Sendo menos perceptível, a sua prática mais facilmente passa despercebida. Mais facilmente passando despercebida, o intérprete que em ela incorre tem menos probabilidade de ser confrontado com a antijuridicidade do seu juízo. Termos em que essa interpretação *contra ius* tenderá a ser impune. Sendo normalmente impune, a descontextualização torna-se, por menos arriscada, mais apelativa. Ou seja, o crime da burla à justiça do caso (uma forma de denegação de justiça) da descontextualização do facto acaba por compensar pelo que a possibilidade de a descontextualização ser, não obstante axiologicamente ilegítima, facticamente bem-sucedida constitui um convite ou à oligofrenia do intérprete burocrata ou à insidia do intérprete desonesto. Ela é, diga-se, mais frequentemente o produto de uma interpretação desonesta, em que o intérprete, mesmo quando tem a responsabilidade de acusar ou julgar, se limita a encolher os ombros e inempática e sociopaticamente afasta qualquer tipo de responsabilidades (*e.g.*, “a culpa não é minha... é do legislador/lei”)<sup>87</sup>. Ao jurista cumpre, porém, denunciar a “justiça descontextualizada” (*e.g.*, a dos juízes/juízas fanáticos da, ou intimidados pela, ideologia-religião cor-de-rosa) e os dogmas em que assenta (*e.g.*,

<sup>87</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, pp. 76 e 99 e s.; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

“as mulheres têm sempre razão” ou “as mulheres dizem sempre a verdade”, os quais implicam como contraponto que, contra uma mulher, “os homens nunca têm razão” e “os homens mentem sempre”) como não mais do que uma paródia à justiça<sup>88</sup>. E, conseqüentemente, recusar a juridicidade à “decisão descontextualizada” e, como tal, desobedecer, e apelar à desobediência, ao torto deste “Direito penal tribal” *de facto*<sup>89</sup>.

Já no pólo do programa de norma, encontramos uma tribalização normativamente demandada.

O problema nesta sede seria, bem se vê, o de, a ser desse modo, os direitos das minorias serem desavergonhadamente explicitamente suprimidos pela maioria. Seria o assumir legalmente do “matemo-los e roubemo-los!”<sup>90</sup> como grito de guerra arregimentador da maioria no dar a destruição e a morte aos membros da minoria bode expiatório: em uma expressão apenas, o torto tribal penal *de lege*<sup>91</sup>.

A este propósito importa escrever que a neo-tribalização a que o mundo ocidental tem vindo sucessivamente a assistir desde a primeira República francesa – propiciada pela fáctica vontade colectiva (que se esconde sob a espúria invocação do interesse comum de uma vontade geral)<sup>92</sup>, que é deificada na religião civil que, ilimitada pela justiça ou pela consciência, é imposta nos seus dogmas aos homens, com expressa permissão de criação legal de “várias classes de cidadãos” de Rousseau<sup>93</sup> e do filosófico pós-modernismo colectivista totalitário nele fundado<sup>94</sup>, e naturalmente propiciada pelo “positivismo jurídico”<sup>95</sup> – consubstancia uma inequívoca regressão civilizacional à barbárie. Um

<sup>88</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, p. 93.

<sup>89</sup> Sobre o “Direito penal do agente” *de facto* como “Direito penal tribal” *de facto*, v. «O sentimento...», *op. cit.*, pp. 76, 92, 93, 95 e 99 e s.; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>90</sup> ALEXANDRE HERCULANO, *História da origem e do estabelecimento da Inquisição em Portugal*, Tomo I, Lisboa, 2017 [original do Tomo I de 1854], p. 86.

<sup>91</sup> Sobre esta questão, v. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, pp. 75 e ss., 84 e ss., 93 e ss. e 99 e s..

<sup>92</sup> V., *supra*, 2.1..

<sup>93</sup> V., sobre estes pontos, JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du Contrat social...*, *op. cit.*, II:5, II:6 e IV:8.

<sup>94</sup> Sobre as duas raízes do pós-modernismo: a epistemológica, decorrente da “perda de fé” na razão resultante do pensamento de David Hume (designadamente no problema da sua repercussão em Immanuel Kant e na filosofia ocidental) e a filosófico-político-prática do terror colectivista propiciado por Rousseau, v. STEPHEN RONALD CRAIG HICKS, *Explaining...*, *op. cit.*, pp. 24 e ss., 27-84, 91-106 e 106 e ss..

<sup>95</sup> No sentido comum da expressão “positivismo jurídico”, porquanto em rigor a expressão é um oxímoro atenta a insanável contradição entre os seus dois termos. Com efeito, ou bem que se trata de ciência natural (*Naturwissenschaft*) e então poderíamos falar em positivismo ou bem que se trata



retrocesso obscuro à destruição antropofágica dos membros da(s) tribo(s) bode expiatório, a qual, impõe-se sublinhá-lo, fáctica e/ou legal, foi, é e será sempre *contra ius*.

Recorrendo de novo ao exemplo *ad terrorem* do “Direito penal do agente”, seria um “Direito penal do agente” *de lege*, porquanto despididamente seria assumida pelo legislador a existência da tribo ou tribos bode expiatórios. É o caso da legislação discriminatória racial do socialismo-nacionalista (*Nationalsozialismus*) do consulado hitleriano na Alemanha dos anos 30 do século XX<sup>96</sup> e do actual “Direito penal de género” (ou torto tribal penal de género) do feminismo como socialismo de género (*Geschlechtsozialismus*) (daqui em diante designado por “nazismo de género”, atendendo a que a mais rigorosa expressão de socialismo de género ainda não permite, no quadro dos paradigmas histórico-culturais do inconsciente colectivo, identificar a essência do problema), *i.e.*, como igualmente totalitário socialismo tribal amputador da espécie (cruz-em-ganchos<sup>97</sup> em fundo cor-de-rosa), mais precisamente como colectivismo de género que é implementado pela ideologia-religião pagã do culto da deusa, a supremacia do género feminino linguisticamente oculta sob a desonesta burla de etiquetas da igualdade de género. Isto porquanto, em muitos dos Estados

de Direito (o que implica a existência de um limite ao arbítrio da vontade). Ora, sendo a ciência do Direito (*Rechtswissenschaft*) uma das ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*), o “positivismo jurídico”, mais propriamente o neo-positivismo jurídico, com o seu descompromisso axiológico com a justiça, o que reduz a ciência ao plano do descritivo e retira-lhe a possibilidade de formular juízos de valor, assim desligando a validade do Direito do plano da moral [v., apenas a título de curiosidade, uma excelente síntese, ilustrada com os exemplos de Hans Kelsen e de Herbert Lionel Adolphus Hart em NICOLA ABBAGNANO, *História da filosofia* [o original italiano foi publicado entre 1946 e 1950], XIV<sup>3</sup>, Lisboa, 1984, § 824, pp. 67 e ss.] tende a significar não mais do que a acrítica aceitação e aprovação “científica” do dogma (as mais das vezes uma burla, resultante de manipulação a montante e a jusante de “fabricados estatísticos”) religioso-ideológico da letra do *dictate* da vontade ilimitada (*i.e.*, da tirania) da tribo da maioria, que destarte é deificada. Termos em que, *brevitatis causa*, o (neo-)positivismo permite a todas as formas de colectivismo degenerado da pós-modernidade a obediência à vontade ilimitada (normalmente plasmada em lei) como virtude dos amorais.

<sup>96</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, § 13.

<sup>97</sup> Há muitos nomes e formas de designação da suástica. Literalmente, ela significa cruz-em-ganchos (*Hakenkreuz*). A bandeira nacional-socialista alemã foi adoptada como a bandeira do novo Império pela lei da bandeira do *Reich* (*Reichsflaggengesetz*) (*RGBl*, 1935, I, p. 1145), a chamada primeira lei de Nuremberga (1935), que institui a “bandeira da suástica” (*Hakenkreuzflagge*) como bandeira nacional alemã e do *Reich* (artigo 2/1, *RGBl*, 1935, I, p. 1145), assim fundindo no plano simbólico o partido nacional-socialista operário alemão (*NSDAP*) com a própria Alemanha. Para a sua *occasio legis*, v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, § 13.

feministas do Ocidente, o “Direito de género” não é imposto “apenas” *de facto*, antes também já surgindo explicitamente formulado *de lege*<sup>98</sup>.

Note-se como também aqui de nada adiantaria depois a coerência lógico-valorativa efectuada na triangulação normativa com um programa de norma iniquamente desmembrador da espécie.

Por outras palavras, e adaptando a linguagem mais analítica da teoria do Direito e da argumentação jurídica, diríamos que o homem moralmente orientado deve actuar no processo interpretativo unitariamente realizador do Direito não apenas defendendo a interna coerência axiológica do juízo de semelhança ou diferença mas também previamente garantindo, com a parametrização axiológica que neles opera, a correcção externa da afinação dos pólos interpretativos do caso e do programa de norma como pressupostos ou colunas do juízo interpretativo. Atente-se apenas que isto pressupõe que estas expressões (coerência interna e correcção externa) sejam utilizadas com a densidade axiológica da ideia de Direito, para além de se subordinarem ao método axiológico realizador da justiça do caso na realização do Direito: para nós, isso é uma evidência do tamanho do Homem, mas importa não obstante alertar os juristas mais jovens que não é esse o sentido com que estas expressões são habitualmente utilizadas por uma mais asséptica e neutra, por axiologicamente descomprometida, doutrina da teoria do Direito.

Se no pólo do caso a afinação deverá ser obtida com uma espiritualização do caso que não deverá parametricamente axiologicamente descontextualizá-lo de modo a não subverter o seu significado (a essência do caso não pode ser de modo valorativamente legítimo substituída pela aparência do caso), no pólo do programa de norma o preceito ou o segmento de preceito programático que contrarie a ideia de Direito deverá, por força da parametrização desta, ser impedido de normar por demandar uma normação contrária à humanidade comum aos membros da espécie: a ideia de Direito opera aqui como crivo axiológico de selecção do sistema. Num caso como noutro, axiologicamente não nasce no caso a “norma jurídica” contrária à integridade da espécie. Ela axiologicamente não passa de torto.

Ao poder jurisdicional cumpre, afirmando-a como aquilo que na essência axiológica das coisas é – o torto da espécie – reconstituir como norma do caso a verdadeira norma no caso, aquela que *in tempore casus* se tenha formado como

<sup>98</sup> Sobre a distinção entre o “Direito penal do agente” *de lege* e *de facto*, v. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, pp. 75 e ss., 84 e ss., 93 e ss. e 99 e s.; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

resultado do vai-e-vem da comparação entre o significado do caso no contexto do seu pedaço de vida e o significado do programa de norma não-inimigo da espécie<sup>99</sup>. Tanto os significados dos pólos da interpretação como o juízo da última e decisiva comparação devem ser realizados no quadro do devir histórico-cultural da natureza das coisas limitado pelo crivo moral do certo e do errado no sentido de justo ou injusto da ideia axiológica de Direito corporizada no homem moralmente orientado como consciência do Direito como limite ao poder. É que, como vimos, o exercício do poder pela igualdade é limitado pela igualdade que o ungiu<sup>100</sup>.

Telegraficamente, se a força (a facticidade do lado sombrio da natureza humana) nunca se pode fundamentar nem se limitar axiologicamente a si própria (constituindo, quanto a nós, o inequívoco fracasso do “positivismo jurídico” a prescrição que da mesma vai necessariamente implicada na sua mera descrição<sup>101</sup>), é a igualdade (a axiologia normativa do lado luminoso da natureza humana) que, fundamentando-a, a limita.

A igualdade da humanidade comum limita, portanto, o governo em seu nome.

O espectro da natureza humana que deve governar o homem é não a mais comum facticidade do seu lado sombrio mas a axiologia normativa do seu lado luminoso<sup>102</sup>.

O homem moralmente orientado é, por isso, a expressão não do torto tribal da iníqua “justiça tribal” mas, precisamente ao invés, da humanidade comum na justiça (individual) do caso.

O homem moralmente orientado é, em suma, o juízo do crivo da ideia de Direito (da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum) na natureza das coisas.

Por outras palavras, ele é o juízo de um crivo que, na orientação moral e na rectidão e da sua justiça, é imutável e constante.

Ele é o intemporal (a ideia de justiça como ideia de Deus e de Direito) na aferição do temporal (o devir histórico da natureza das coisas).

Ele é a negação da patológica ausência de axiologia – o que conduz à desonestidade e à mera conveniência – na “ontologia” da mera animalidade, *e.g.*, do *Dasein* de Heidegger.

<sup>99</sup> V., *supra*, 1.

<sup>100</sup> V., *supra*, 2.1. e 2.2..

<sup>101</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>102</sup> V. *Ibidem*.

### Considerações conclusivas

A natureza das coisas, que permite, através de construções tipológicas ontologicistas, unitária e analogicamente realizar o Direito, é não subjectiva mas intersubjectiva.

Essa intersubjectividade, porém, não significa o entendimento ou o sentimento ou a vontade da maioria.

Uma vez que o fundamento do que quer que seja constitui, em simultâneo *et por cause*, o seu limite, a realização do Direito (*ius*) apenas o é, quando não passe para além do seu fundamento – a justiça (*iustitia*) –, o qual é, assim, erigido ele mesmo no seu Rubicão, *i.e.*, na sua fronteira.

Não nos esqueçamos que o arquétipo do Direito, como o da ideia de Deus<sup>103</sup>, é a justiça: *ius, iustitia, iudex*, jurista.

Ora, sendo o esteio da democracia a igualdade na espécie (“um homem, um voto”), essa mesma igualdade da espécie constitui o seu limite. A ideia de democracia e a ideia de Direito são, pois, uma e a mesma coisa: a igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum é, como ideia de justiça, a ideia moral de democracia e de Direito.

Nestes termos, para que a ideia de Direito da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum possa constituir o limite do jurídico (do Direito, portanto) ao poder, ela impõe à natureza das coisas a intersubjectividade não da maioria mas da espécie.

É por isso que o homem moralmente orientado, como defensor da integridade da espécie, é precisamente a condição *sine qua non* de apuramento da verdadeira natureza das coisas: porque ele e só ele constitui o limite moral intersubjectivo da juridicidade ao poder. Isto porquanto é ele que corporiza, no juízo da interpretação que realiza o Direito, a ideia moral de Direito da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum. O homem moralmente orientado é, pois, o juízo, na natureza das coisas, do crivo da ideia de Direito (da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum).

Como fiel e constante guardião da humanidade comum, o homem moralmente orientado não é nem a espuma dos dias nem a moda do tempo ou o capricho de um dos géneros.

O homem moralmente orientado não é nem o fantoche da eleitoral maioria tribal repetidor do nome que esta dá as coisas nem o preguiçoso intelectual ou moral, qualquer um deles expressão do lado sombrio da natureza humana, mas antes um modelo ideal construído sobre um homem de carne e osso inteligente

<sup>103</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «A ideia de Direito e a ideia de Deus...», *op. cit.*, *in passim*.

e, claro está, precisamente moralmente orientado, o que significa honesto, *i.e.*, destrinchante do certo relativamente ao errado e da verdade relativamente à mentira. O que significa que o homem moralmente orientado reflecte pessoalmente sobre o significado das coisas e, conseqüentemente, a elas se refere pelos nomes correspondentes não à aparência das coisas mas antes à essência das coisas, *i.e.*, à verdade que subjaz às coisas. É por isso que ele e só ele pode apurar a axiológica natureza das coisas, *i.e.*, o valor que a ontologicidade das coisas impõe.

Ao demandar pelo apuramento dos verdadeiros significados, *i.e.*, a natureza ou a essência, das coisas, e não pelos nomes com que as coisas são designadas pelo politicamente correcto da religião do Estado (actualmente nos Estados feministas do Ocidente, a supremacia do género feminino oculta na burla de etiquetas da igualdade de género), o homem moralmente orientado rejeita a extensão da guerra cultural e “jurídica” que tem vindo continuamente a ser dirigida pelos tribalismos pós-modernos à civilização ocidental ao campo da realização do próprio Direito, desse modo impedindo o corte no (necessário) *continuum* axiológico entre a justiça (*iustitia*) (individual) do caso e o Direito (*ius*).

O homem moralmente orientado é o homem moderno, *i.e.*, aquele que alia a sede de verdade científica do plano epistemológico com a fome de verdade moral do plano prático. Por isso, o homem moralmente orientado, como juízo consubstanciador do crivo da ideia de Direito e de Deus, destrinça a verdade da mentira e o certo (o parametricamente não-injusto e analogicamente justo) do errado (o paramétrica ou analogicamente injusto). O seu crivo situa-se, pois, nos antípodas do crivo do homem moralmente contra-orientado, característico do homem pós-moderno, o qual substitui a verdade pela mentira do mais forte, *i.e.*, pela mentira triunfalmente imposta pela força, destrinchando, ao invés, única e exclusivamente entre o conveniente e o inconveniente à realização do interesse da tribo governante e suas aliadas, insidiosamente fazendo, depois, passar a mentira desse conveniente como verdade científica pretextualizadora das suas contrajurídicas burlas legais e/ou interpretativas.

O homem moralmente orientado não faz uma justiça para senhores e uma justiça para escravos. Ele é a normatividade axiológica do lado luminoso do homem e não a facticidade do seu lado sombrio. Por outras palavras, o homem moralmente orientado é, não a conveniência da “justiça tribal”, mas antes a moral da humanidade comum na justiça (individual) do caso.

É por isso que o homem moralmente orientado é um juízo que, na orientação e na rectidão morais da sua justiça, é imutável e constante. Tal como o seu crivo.

Ele é o juízo do intemporal (a ideia de justiça como ideia de Deus e de Direito) como limite à aferição do temporal (o devir histórico da natureza das coisas).

Ele é a negação da patológica ausência de axiologia – o que conduz à desonestidade e à mera conveniência – na “ontologia” da mera animalidade, *e.g.*, do *Dasein* de Heidegger.

Mais ainda, o homem moralmente orientado garante uma justiça axiologicamente densa não apenas no juízo final de semelhança ou diferença do método analógico mas também a montante do mesmo na afinação parametrizante dos pólos da interpretação, porquanto, de outro modo, estaria aberta a porta a uma fraude ao interpretativo processo de apuramento da norma jurídica, *i.e.*, a uma fraude axiológico-metodológica à realização do próprio Direito. Fraude esta que conduziria a uma discriminação interpretativa *de facto* e/ou a um já mesmo literalmente assumido “Direito do agente” *de lege*, os quais incluem no limite *ad terrorem* de um juízo sinéptico, que infelizmente não é hoje meramente acadêmico (com o renascimento do “Direito penal tribal”), um “Direito penal do agente” *de facto* e/ou um “Direito penal do agente” *de lege*.

No pólo do caso, o homem moralmente orientado assegura a contextualização do facto no seu pedaço de vida. Isto sob pena de a norma jurídica deixar de o ser, pois encontrando-se a legitimidade da norma do caso cativa da legitimidade do seu mimetizar da norma no caso, bom é de ver que, perante a deturpação descontextualizada de um caso, temos não um caso, mas antes um não-caso. Como efectivamente o “caso descontextualizado” não o é, *i.e.*, é um não-caso, meridianamente claro se torna que a ele (não-caso) corresponderá não uma norma mas apenas e tão-somente uma não-norma, *i.e.*, um torto. É esta a razão pela qual, *e.g.*, o chamado Direito penal do facto só o seja efectivamente, quando e enquanto o facto verdadeiramente for contextualizado. No fundo, porque apenas então, com a consideração da carne do pedaço de vida envolvente, poderá ser apurado o significado do caso. Se o Direito penal do facto é (necessariamente) descontextualizado, talvez se deva então, com uma carga menos naturalística e mais normativa, falar não em Direito penal do facto mas em Direito penal do caso.

A contextualização realizada de acordo com o crivo do homem moralmente orientado no pólo do caso deve operar não apenas no juízo primevo da correspondência analógica (*e.g.*, verificando se não poderá estar antes em causa um normativo primário permissivo ou secundário desculpante) mas também no ulterior juízo de concretização do efeito indeterminado da consequência jurídica (*e.g.*, na consideração do significado axiológico de todo o circunstancialismo do caso para efeito da determinação da pena e da concretização da medida concreta da pena).

De outro modo, a descontextualização conduziria inexoravelmente, no limite *ad terrorem* do Direito penal, não a um Direito penal do facto, como vimos, mas antes a um “Direito penal do agente” *de facto*.

No pólo do programa de norma, o homem moralmente orientado impede parametricamente a normação do programa de norma e com ele o “Direito penal do agente” *de lege* em que o legislador assume a demanda de cisão na espécie, *i.e.*, a demanda de tribalização do Direito, desavergonhadamente assumindo explicitamente, na letra da legislação discriminatória, a existência da tribo ou tribos bode expiatórios. É o caso, *e.g.*, do discriminatório “Direito tribal racial”, “Direito penal” incluído, do socialismo-nacionalista do consulado hitleriano na Alemanha dos anos 30 do século XX e do contemporâneo, final do século XX e princípio do século XXI, “Direito tribal de género”, incluindo “Direito penal”, do feminismo: em comum temos um processo de destruição da tribo bode expiatório (então os judeus, agora os homens cristãos). Note-se que este último, como “nazismo de género” (pictoricamente, uma verdadeira cruz-em-ganchos em fundo cor-de-rosa), *i.e.*, como igualmente totalitário socialismo tribal, *in casu* de género (a supremacia do género feminino linguisticamente oculta sob a pós-moderna desonestidade da burla de etiquetas da igualdade de género), tem há já muito tempo vindo a ser misandricamente implementado, não apenas *de facto* mas também, em alguns países, *de lege* e em qualquer dos casos através da força, pela ocupação feminista das estruturas dos Estados do Ocidente (*e.g.*, da Administração Pública, das Universidades, do Ministério Público, dos Tribunais) naquilo que consubstancia a ascensão *de facto* da ideologia-religião pagã (satânico) culto da deusa como insidiosa religião do Estado<sup>104</sup>. Quando embandeirada inequivocamente como política oficial do anticristianismo do satanismo tribal<sup>105</sup>, sob a perfídia da insídia e da subversão (da burla) da invocação do exactamente oposto (igualdade de género) àquilo que é realizado, é a própria lei que assume a política discriminatória da supremacia do género feminino como religião dos Estados feministas do Ocidente.

Num caso como noutro, *i.e.*, o “Direito discriminatório” *de facto* ou *de lege*, *maxime* “Direito penal”, axiologicamente não nasce no caso a “norma jurídica” contrária à integridade da espécie. A primeira constelação, não traduzindo o significado contextualizado do caso, axiologicamente não é norma do caso mas torto do não-caso. A segunda constelação exprime um programa contra-axiológico e, como tal, contranormativo (*in casu*, contrajurídico), *i.e.*, um programa do torto que, precisamente por isso, é impedido de normar por força da fun-

<sup>104</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos..., *op. cit.*, no prelo.

<sup>105</sup> Sobre esta última questão, v. FRANCISCO AGUILAR, «A quem do bem, o mal..., *op. cit.*, no prelo.

ção axiológicamente parametrizante da ideia de Direito, *i.e.*, da sua actuação enquanto crivo axiológico de normaçaõ e, conseqüentemente, de selecção axiológica do sistema jurídico. Em nenhum destes casos há norma jurídica, *i.e.*, Direito, verificando-se antes, e nos seus antípodas, torto, *i.e.*, não mais do que mero pus axiológico. É que nenhum destes grupos de situações exprime a justiça do caso como limite axiológico ao poder no Direito, antes e pelo contrário sendo não mais do que uma espúria manifestação (presentemente, da cruz-em-ganchos em fundo cor-de-rosa) da, na história da humanidade sempre infame e insidiosamente recidivante (sob a máscara da invocação da conveniência de um interesse colectivo ilimitado sustentada filosoficamente, desde Rousseau, pelo pós-modernismo e possibilitada pelo “positivismo jurídico”), demanda de tribalização do Direito.

## Epílogo

O homem moralmente orientado é, como explicado, o homem da idade moderna.

Ele é cientificamente curioso, racional e moralmente justo. Porque ele é orientado pelo certo, que destrinça do errado, e pela verdade, que destrinça da mentira. Ele é, por conseguinte e em suma, confluentemente honesto.

O homem moralmente orientado é, portanto, o oposto do homem contra-moralmente orientado, *i.e.*, o “homem” pós-moderno, o qual, porque tribal, é irracional e injusto e desonestamente utiliza a burla dos seus sentimentos para, em substituição do *logus* ocidental, pretextualizar a sua tirania.

Na guerra cultural, e portanto também na guerra jurídica, dirigida pelos tribalismos pós-modernos à civilização ocidental, a honestidade do homem moderno moralmente orientado fá-lo partir em desvantagem perante a desonestidade do homem pós-moderno moralmente contra-orientado.

Com efeito, o pós-modernismo insidiosamente troca os valores da modernidade (a verdade, antes contraposta à mentira, a honestidade, antes contraposta à desonestidade, e o moralmente certo, *i.e.*, o justo, antes contraposto ao moralmente errado, *i.e.*, o injusto) pelo binómio da separação única entre o conveniente e o inconveniente à ideologia da tribo governante e suas aliadas, o qual desavergonhada e insidiosamente oculta sob o rótulo pervertido dos anteriores binómios. O homem pós-moderno contra-moralmente orientado, por força da guerra cultural que realiza na reescrita da cultura, da “história” e da linguagem coloca uma ameaça directa ao crivo que o homem moralmente orientado operacionaliza – o da ideia ontológica-axiológica de Direito – na interpretação analógica realizadora do Direito. Veja-se, *e.g.*, como as men-



tiras douradas, cozinhadas e indutoras ao ódio relativamente a uma minoria (os homens cristãos), a qual é diabolizada como bode expiatório, *i.e.*, como responsável por todos os males da sociedade e como privilegiado de Deus (o dito *male privilege*) são apelativas aos membros da tribo da maioria (as senhoras na versão de género, *mutatis mutandis*, da *Herrenrasse*<sup>106</sup>), os quais as acolhem de braços abertos, porquanto elas dispensam qualquer assumpção de responsabilidade individual. Escusado é dizer que isto conduz em linha recta a um recrudescimento do neo-tribalismo, “penal” inclusive, como produto de um torto tribal em que a deificação feminina cria uma casta de sociopatas, as quais, como eternas vítimas ideológico-religiosas, têm sempre razão.

Nas areias movediças do pós-modernismo em que se afunda a civilização ocidental, o exercício da analógica interpretação do Direito deve, não obstante, permanecer honestamente fiel à justiça (individual) do caso garantida pelo crivo da (moral) ideia de Direito da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum. Crivo esse relativamente ao qual, como vimos, o único juízo legítimo de aferição será o modelo do homem moralmente orientado construído a partir do homem inteligente de carne e osso, cientificamente curioso e precisamente moralmente orientado, porque destrinçando o certo relativamente ao errado e a verdade relativamente à mentira, segue os primeiros referentes.

Ora sucede, e este é o ponto que aqui é decisivo, que o apuramento moralmente orientado do significado, não da aparência, mas da essência das coisas no seu pedaço de vida não pode axiológico-legitimamente senão deixar de utilizar a técnica de desconstrução (pós-estruturalismo) tão cara ao pós-modernismo. E isto, porquanto, não é possível interpretar sem aceder ao (verdadeiro) significado do caso. Ora, por sua vez, esta percepção da essência axiológica do real ontológico não é realizável sem dissipar o nevoeiro das mentiras tribais do pós-modernismo. Por outras palavras, deve o jurista utilizar a técnica, que em si é neutra, do pós-estruturalismo. O que não deixa de constituir uma ironia, porquanto é ela que o pós-modernismo tardio emprega na destruição da civilização ocidental. Com a natural diferença, nos termos da qual, enquanto os pós-modernos, por tudo reduzirem à vontade e trocaram a bússola moral do certo e da verdade pela bússola imoral do conveniente, utilizam desonestamente a desconstrução, o homem moralmente orientado esgrimi-la-á honestamente.

Só assim se conseguirá, em simultâneo, rejeitar a falsa construção do real que o pós-modernismo, insidiosamente, oculta na sua desconstrução e o torto tribal que o mesmo demanda e reconhecer o significado axiológico do real

<sup>106</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, § 13; IDEM, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo.

e a ele fazer corresponder o significado programático que espiritualmente o exprima.

Em suma, o homem moralmente orientado como juízo nomológico<sup>107</sup> do crivo da ideia axiológica de Direito implica recorrer à técnica da desconstrução para elucidar sobre o significado das coisas desonesta e insidiosamente ocultado nas falsas desconstruções do pós-modernismo. É que, ironicamente, a desconstrução só o é, quando tem por objecto a mentira. Porque quando se procura por em causa a verdade, do que se trata é não de desconstrução mas antes de destruição.

Isto mesmo não é de estranhar, porquanto, no passado, os romanos já tiveram, em defesa da civilização ocidental, de, *e.g.*, recorrer ao segredo dos estribos e do aço de alguns dos povos invasores. Sob pena de sofrer a imediata destruição que lhes era trazida pelo maior controlo da cavalaria e pelo novo metal das armas (o qual foi relevante sobretudo nas espadas) da barbárie.

Esta tarefa exigirá, no entanto, a máxima atenção do intérprete do Direito, que, enquanto jurista, aqui deverá utilizar de toda a sua diligência enquanto cavaleiro monge da axiologicamente comprometida ideia de Direito<sup>108</sup>. E isto por duas razões. Em primeiro lugar, para, impedindo a concretização do torto tribal, assegurar a realização do Direito do caso. Em segundo lugar, porque, em face da urgência da hora, urge deslindar o emaranhado da teia de mentiras que o pus moral de toda a filosofia pós-moderna – com a sua substituição da justiça (individual) do caso pela ilimitada vontade colectiva legitimadora de uma tirania tribal sob o véu do bem comum – projectou sobre o Ocidente.

Basta pensar, claro está, no óculo tribal de significação das coisas consoante está em causa um membro da tribo da maioria ou de uma tribo sua aliada (amigo) ou um membro da tribo bode expiatório (inimigo) com a inerente *dualidade de critérios* pós-moderna cruamente exposta e denunciada no quadro alegórico da *Quinta dos Animais* de George Orwell<sup>109-110</sup>, o qual, apesar de pensado para o regime estalinista, é tão humanamente encorpada no marxismo cultural<sup>111</sup> e respectivo tribalismo político-ideológico e na degeneração das degenerações do colectivismo no tribalismo genético-religioso do nazismo

<sup>107</sup> V., *supra*, 2.

<sup>108</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «*Etiam si omnes...*», *op. cit.*, pp. 106, 112 e 115.

<sup>109</sup> V. GEORGE ORWELL, *Animal farm...*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>110</sup> Sobre esta questão, v., *supra*, 2.1..

<sup>111</sup> Designadamente no da Escola de Frankfurt: a dualidade de critérios é expressamente assumida não por acaso por quem, provavelmente, foi o seu expoente máximo, Herbert Marcuse (v. STEPHEN RONALD CRAIG HICKS, *Explaining...*, *op. cit.*, p. 191, nota 22).

“racial”<sup>112-113</sup> e do “nazismo de gênero”<sup>114</sup> como seu insidioso irmão-gêmeo – este último consubstanciando a maior burla de rótulos<sup>115</sup> e transbordando o maior ódio alguma vez visto na história da humanidade, o da misandria do feminismo<sup>116</sup> – enquanto manifestações do delírio persecutório e genocida da vontade ilimitada da tribo da maioria<sup>117</sup>, *i.e.*, como flagelos da humanidade comum.

E, no caso da linguagem, em como a guerra cultural dirigida ao Ocidente determina a substituição do verdadeiro significado das coisas e é expressamente defendida por Autores do relativismo linguístico e do marxismo cultural<sup>118</sup>, por nós dito de nietzschismo cultural<sup>119-120</sup>, como paradigmaticamente, e desde

<sup>112</sup> V. GUSTAV RADBRUCH, «Fünf Minuten Rechtsphilosophie» [original de 1945], *Rechtsphilosophie*<sup>2</sup>, *Studiensausgabe*, Heidelberg, 2003, pp. 209 e s..

<sup>113</sup> Clarifique-se apenas que racial se encontra entre aspas, porquanto, simplificada, a Alemanha procurara então ser um Estado racial, mas o emaranhado de maldade e de oligofrenia da teia de classificações da legislação nacional-socialista, ao confundir e misturar critérios biológicos com religiosos entre uma infinidade de outros referentes meramente circunstanciais (tanto dependentes como independentes da vontade) não o permitiu (sobre tudo isto, v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros...*, *op. cit.*, § 13).

<sup>114</sup> V., *supra*, Excurso: a necessidade da omnipresença axiológico-metodológica do homem moralmente orientado no combate ao *circumvenire ius* da tribalização dos pólos da interpretação como pós-moderna fraude axiológico-metodológica à realização do Direito e Considerações conclusivas e, implicitamente, FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, *in passim*; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>115</sup> V., *supra*, Excurso: a necessidade da omnipresença axiológico-metodológica do homem moralmente orientado no combate ao *circumvenire ius* da tribalização dos pólos da interpretação como pós-moderna fraude axiológico-metodológica à realização do Direito.

<sup>116</sup> Sobre a misandria no feminismo, v., *e.g.*, pela consistência da sua visão de conjunto, KATHERINE K. YOUNG/PAUL NATHANSON, *Spreading misandry, The teaching of contempt for men in popular culture*, Montreal & Kingston/London/Ithaca, 2006 [original de 2001], *in passim*; IDEM/IDEM, *Legalizing misandry, From public shame to systemic discrimination against men*, Montreal & Kingston/London/Ithaca, 2006, *in passim*; IDEM/IDEM, *Sanctifying misandry, Goddess ideology and the fall of Man*, Montreal & Kingston/London/Ithaca, 2010, *in passim*; IDEM/IDEM, *Replacing misandry, A revolutionary history of men*, Montreal & Kingston/London/Chicago, 2015, *in passim*.

<sup>117</sup> Sobre a vontade ilimitada e o seu aproveitamento tribal, v. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, *in passim*; IDEM, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>118</sup> Sobre este, v. FRANCISCO AGUILAR, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>119</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, p. 79; IDEM, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>120</sup> O marxismo cultural tem um outro precedente, também contemporâneo dos escritos de Nietzsche, a saber, o dito socialismo fabiano (ou progressivo), *i.e.*, o insidioso totalitarismo do “globalismo de elite” (literalmente inimigo da liberdade de pensamento, da liberdade económica e de concorrência do verdadeiro capitalismo, o qual é assente na liberdade do indivíduo e na igualdade de oportunidades e na diferenciação de resultados fundada apenas no mérito e nunca na pertença tribal) de uma oligar-

logo, o próprio Nietzsche<sup>121-122</sup>. O exemplo literário de denúncia desta situação pode ser encontrado na distopia das distopias<sup>123</sup>, o *Nineteen eighty-four* de George Orwell. Com efeito, no *Newspeak*<sup>124</sup> encontramos a premonição, e.g., da desonestidade linguística do pós-modernismo que hoje encontramos presente na aniquilação feminista do Ocidente. Nessa nova língua, e.g., a verdade é “mentira” e a mentira é “verdade”<sup>125</sup>, a “liberdade é escravatura” e a “escravatura é liberdade”<sup>126</sup>. Em suma, a “verdade” é não mais do que o arbítrio da vontade ilimitada<sup>127</sup> de quem no Estado detém o poder apenas e tão só pelo poder<sup>128</sup>. O que equivale por dizer, a conveniência da tribo governante.

Ou, ainda, na própria “história” (i.e., do passado), designadamente na sua reescrita pela tribo governante do presente, de modo a garantir o seu controlo sobre o futuro, porquanto “quem controla o passado, controla o futuro: quem controla o presente controla o passado” (*Who controls the past controls the future: who controls the present controls the past*)<sup>129</sup>. Reescrita da “história” que é feita através tanto da omissão da verdade como da sugestão da falsidade presentes nas sementes das mentiras consistentes, e.g., em falsas vilificações dos membros da tribo bode expiatório e em falsas criações de heroínas relativamente aos membros da tribo dominante. Sementes essas que, geração após geração, acabam por

quia (i.e., plutocracia) pós-modernamente actuante sob a pele de cordeiro (i.e., o mentiroso disfarce) do socialismo democrático (v. FRANCISCO AGUILAR, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo).

<sup>121</sup> V., especificamente quanto à questão do relativismo linguístico a decisiva importância de Nietzsche como precursor da guerra do marxismo cultural dirigida às instituições da civilização ocidental (v. FRANCISCO AGUILAR, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo).

<sup>122</sup> V., como em Ludwig Wittgenstein, a circunstância de a linguagem, apesar de ser um limite do mundo e de a minha linguagem ser um limite do meu mundo [fundamental aqui, como referido, LUDWIG WITTGENSTEIN, *Tratado lógico-filosófico*<sup>2</sup>, Lisboa, 1995 [o original alemão é de 1921], 5.6-5.641], ter perdido todo o seu valor no segundo momento do pensamento do Autor (correspondente grosso modo aos textos que viriam a dar origem às *Investigações filosóficas*), com um profundo cepticismo epistemológico e a afirmação lado-a-lado da linguagem como “instrumento” – e das palavras como ferramentas – e como “jogo”, cujos conceitos são “a expressão do nosso interesse e guiam o nosso interesse” [fundamental aqui, como referido, LUDWIG WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas*<sup>2</sup>, Lisboa, 1995 [o original (póstumo) alemão é de 1953] *in passim* a partir de *I Rn* 10, lapidarmente *I Rn* 569-570] afirmações que corporizam a evolução do pensamento do Filósofo no sentido de um inequívoco relativismo linguístico.

<sup>123</sup> Sobre as distopias, v., por todos, GREGORY CLAEYS, *Dystopia: a natural history. A study of modern despotism, its antecedents, and its literary diffractions*, Oxford, 2018 [original de 2017], *in passim*.

<sup>124</sup> V. GEORGE ORWELL, *Nineteen eighty-four*, London, 2013 [original de 1949], sobretudo pp. 343 e ss..

<sup>125</sup> V. *Ibidem*, e.g., pp. 286 e ss, incluindo 295.

<sup>126</sup> V. *Ibidem*, e.g., p. 303.

<sup>127</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>128</sup> V. GEORGE ORWELL, *Ibidem*, pp. 286 e ss. e, sobretudo, 300 e ss..

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 284.

dar os seus frutos, *e.g.*, com a desmasculinização do homem, assim conduzindo à queda do Ocidente cristão. Veja-se como, não por acaso, a maioria chega mesmo a insidiosamente fazer-se passar por minoria, e a aliar-se a algumas minorias para atacar a, por enquanto, maior das minorias, sob a desonesta sugestão de esta última ser a maioria.

Solução?

Aquela que referimos.

Reconhecer apenas a verdade quanto ao significado axiológico do real circundante (o caso).

Por outras palavras, atender não à aparência mas antes à essência das coisas.

Identificar o programa de norma que corresponda à essência desse real, *i.e.*, operar a analogia realizadora da justiça (individual) do caso da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum.

Admiti-la apenas a ela.

O que, como explicado, implica desconstruir a falsa e desonesta desconstrução (pós-estruturalismo) tão característica dos “desconstrutores” pós-modernos<sup>130</sup>. Designadamente, à uma, denunciando as falsas construções que os Autores pós-modernos apresentam como objecto-pressuposto do seu desonesto exercício desconstrutivo – na realidade ou a verdade, *i.e.*, uma construção inexistente, o que fará da “desconstrução” pós-moderna uma falsa desconstrução, *i.e.*, uma destruição ou uma mera caricatura de construção dos objectos das suas críticas –, e, à duas, desconstruindo a iniquidade e a discriminação das próprias construções pós-modernas, as quais, de modo a furtar-se a qualquer tipo de crítica científica, são muitas vezes ocultadas sob o próprio manto do pensamento desconstrutivo pós-moderno. Estas realidades encontram-se infelizmente presentes, *e.g.*, na substituição da moral pela força nas ideologias-religiões tribais, na demanda de sistemática tribalização da sociedade, *i.e.*, do escravagismo da subjugação e, em caso de resistência, extermínio (para já com imposição de penas de morte profissional e social quando não *de jure*, pelo menos *de facto*<sup>131</sup>) dos membros da tribo bode expiatório, no recurso estrategicamente característico da guerra tribal, à burla linguística do dourar da pílula em favor da mulher e do diabolizar do homem, na cobardia e na burla “argumentativa” da falácia-do-espantinho (*straw man fallacy*), no ataque pessoal da “argumentativa” falácia *ad hominem*, na substituição do argumento de autoridade pela (ideológico-reli-

<sup>130</sup> Os quais, em rigor, chegam a antecipar e a anteceder o próprio Jacques Derrida, como vimos, *e.g.*, no fundamental arquétipo pós-moderno de Nietzsche (*v., supra*, 2.2.).

<sup>131</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento...», *op. cit.*, pp. 75 e ss., 84 e ss., 93 e ss. e 99 e s. nas Considerações conclusivas; IDEM, «Os comportamentos considerados criminosos em si mesmos...», *op. cit.*, no prelo.

giosa) autoridade do argumento, na desavergonhada reconstrução da “história” com feminização dos progressos e masculinização dos retrocessos (*i.e.*, apropriação cor-de-rosa do bom e degredo azul do mau) e na humilhação cultural e social dos membros da tribo bode expiatório, nas sistemáticas e despudoradas burlas das falsificações, a montante e a jusante, dos resultados estatísticos em função da conveniência tribal dos mesmos e, *last but surely not the least*, na fanatização tribal da Administração Pública, das Procuradorias e dos Tribunais, com a consequente substituição *de facto* do Direito na justiça (individual) do caso pelo torto na injustiça tribal da maioria.

Em síntese, o homem moralmente orientado é a expressão da ideia (moral) de Direito da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum como argamassa de síntese das quatro colunas da civilização ocidental: Atenas, Jerusalém, Roma e Westfália<sup>132</sup>. Por isso, para o jurista, como defensor da (moral) ideia de Direito de incindibilidade da espécie, *i.e.*, da justiça (individual) do caso como limite ao poder, resulta o dever de revelação da estrutura ontológica-axiológica do real<sup>133</sup>. Ora, não é possível realmente fazê-lo sem o recurso à técnica neutra e elementar do pós-estruturalismo – a desconstrução – na denúncia da monumental desonestidade das pós-modernas demandas de iníqua normação *de lege* e *de facto*. Isto mesmo é imprescindível, com efeito e desde logo, a montante do juízo final analógico de semelhança ou diferença, no próprio processo interpretativo no apuramento e afinação dos pólos do caso, porquanto, sem a desconstrução das burlas das construções pós-modernas, insidiosamente ocultas naquilo que não passa de uma destruição, não é possível, à uma, apurar o verdadeiro significado ontológico-axiológico do caso no seu contextualizado pedaço de vida, à duas, axiologicamente parametrizar os programas normativos iníquos, impedindo-os de normar e, naturalmente, à três, concluir a operação de analogia necessária à realização da justiça no (Direito do) caso.

Telegraficamente, a neo-tribalização, que o Ocidente vive desde a primeira República francesa, tem conduzido a infundáveis regressões civilizacionais. Filosoficamente ela é fundada sobretudo no transpersonalismo sociopata do pensamento colectivista de Rousseau, o flagelo filosófico da ideia de Deus e de Direito, e na filosofia pós-moderna que o mesmo influenciou. Ora, perante a infundavelmente sádica flagelação que é, desde então, dada à civilização ocidental, constitui dever irrenunciável do jurista abraçar o martirizado arquétipo do Ocidente, mantê-lo vivo e sarar-lhe as chagas, expondo, com a correcção

<sup>132</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «O sentimento..., *op. cit.*, *in passim*, a partir de pp. 67 e s.

<sup>133</sup> Por outras palavras, da verdade mesmo quando encoberta pela hipocrisia social de algum tipo de poder, v. FRANCISCO AGUILAR, «*Etiā si omnes...*, *op. cit.*, pp. 101 e ss.; IDEM, «Aquém do bem, o mal..., *op. cit.*, no prelo.

moral e a verdade que na medula da sua civilização aprendeu, a mentira das falsas desconstruções (*i.e.*, destruições) e desconstruindo a iniquidade das construções que todo o pós-modernismo, sob as vestes das suas “desconstruções”, insidiosamente oculta. Apenas pós-estruturalmente denunciando a demanda de destruição da juridicidade do caso e combatendo a barbárie do processo de tribal perseguição e extermínio dos homens cristãos, poderá o cavaleiro monge da ideia de Direito<sup>134</sup>, impedindo a concretização do torto tribal, realizar a justiça (individual) do caso<sup>135</sup>. E, ao realizar o Direito na justiça (individual) do caso, impor a igual dignidade de todos os seres humanos como intersubjectivo legado cultural do cristianismo à espécie<sup>136</sup>. Termos em que a ideia axiológica de Direito exige hoje do seu cavaleiro monge que, como homem moralmente orientado, peleje redobrada, incansável e intransigentemente, *urbe et orbe*, pela sobrevivência e assertiva, porque firme e inequivocamente inabalável, reafirmação axiológica dos valores da juridicidade da civilização ocidental<sup>137</sup> como limite ao poder.

<sup>134</sup> V., *supra*, o (presente) Epílogo.

<sup>135</sup> V., *supra*, *in passim* o presente artigo, sobretudo 2.1..

<sup>136</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «Aquém do bem, o mal...», *op. cit.*, no prelo.

<sup>137</sup> Mais até do que nas escassas muralhas que nela apenas formalmente, e mesmo aí oscilantemente, restam, no urgente e imperioso resgate dos decisivos bastiões de normatividade axiológica do *ius* enterrados vivos sob o insustentável entulho de um infame torto. O torto das mentiras e da hipocrisia. O torto da burla ideológica. O torto das projecções da tribo da maioria sobre a tribo da minoria bode expiatório. O torto da crucificação invertida de todos os valores da humanidade comum. O torto da glorificação e deificação do mal e da vilificação, perseguição e destruição do bem. O torto dos negócios e das indústrias da morte. O torto dos sacrifícios humanos. O torto da censura e das novas heresias. O torto dos novos genocídios. Brevemente, o torto do insidioso “nazismo de género” posto ao serviço da conveniência (expressa pela vontade ilimitada) da tribo da (autovitimizada) maioria nos Estados feministas do Ocidente.





## *A alteração e a substituição dos actos administrativos: excurso pelo artigo 173.º do CPA*

DR.<sup>a</sup> ANA RAQUEL COXO\*

SUMÁRIO: 1. Nota introdutória. 2. O estado da arte: 2.1. Na legislação; 2.2. Na doutrina; 2.3. Na jurisprudência; 2.4. Apreciação. 3. A alteração e a substituição dos actos administrativos: 3.1. Conceitos: 3.1.1. A substituição dos actos administrativos; 3.1.2. A alteração dos actos administrativos; 3.2. Figuras afins: 3.2.1. “Actos contrários”; 3.2.2. Actos confirmativos; 3.2.3. Ratificação, reforma e conversão; 3.2.4. Revogação e anulação administrativas. 4. A substituição de actos administrativos e a sua relação com os institutos da anulação e da revogação administrativas: hipóteses de trabalho: 4.1. Preliminares; 4.2. Hipótese A – revogação e anulação “extintivas”; 4.3. Hipótese B – revogação e anulação “explícitas” acompanhadas de nova regulação do caso concreto; 4.4. Hipótese C – alteração e substituição dos actos administrativos (vulgo, “revogação ou anulação implícitas” ou “revogação ou anulação por substituição/alteração”). 5. O regime substantivo da alteração e da substituição dos actos administrativos: excurso pelo artigo 173.º do CPA: 5.1. Âmbito de aplicação; 5.2. A remissão do n.º 1 para o regime da revogação e as suas incongruências: proposta de interpretação correctiva; 5.3. Os n.ºs 2 e 3: efeitos dos actos renovatórios. 6. Breve alusão ao regime processual da alteração e da substituição dos actos administrativos à luz dos n.ºs 3 e 6 do artigo 64.º do CPTA. 7. Conclusão e considerações finais

### 1. Nota introdutória\*\*

A alteração e a substituição dos actos administrativos constituem uma temática necessariamente acoplada ao estudo dos institutos da revogação e da anula-

\* Doutoranda em Direito Público – FDUC. Bolseira da FCT.

\*\* Por opção da Autora, o presente artigo não está redigido em conformidade com o Novo Acordo Ortográfico.

ção administrativas. A tensão permanente entre as primeiras e os segundos e as consequentes dificuldades de demarcação dos respectivos conceitos e regimes jurídicos motivaram o presente artigo, que privilegia e se foca na alteração e na substituição dos actos administrativos em detrimento da revogação e da anulação administrativas, já muito massacradas pelo labor doutrinal.

Neste sentido, pretende-se contribuir (de forma modesta, é certo) para a clarificação e delimitação dos conceitos da alteração e da substituição dos actos administrativos com o intuito de lhes conferir um sentido útil no confronto com a revogação e a anulação administrativas. O sucesso de tais intentos esbarra, todavia, em numerosas incertezas espoletadas pela falta de consenso da doutrina, pelo despreço da jurisprudência e pela confusão normativa introduzida pelo legislador no artigo 173.º do Código do Procedimento Administrativo<sup>1</sup> («CPA»).

Conscientes dos múltiplos obstáculos a ultrapassar, o caminho a percorrer inicia-se com a análise do “estado da arte” das figuras da alteração e da substituição dos actos administrativos na legislação, na doutrina e na jurisprudência (ponto 2), à qual se segue a apresentação dos conceitos e a sua delimitação perante figuras afins (ponto 3). Seguidamente, a formulação de três hipóteses de trabalho (ponto 4) servirá de base para a análise dos regimes substantivo (ponto 5) e processual (ponto 6) da alteração e da substituição dos actos administrativos.

## 2. O estado da arte

### 2.1. Na legislação

No que respeita ao direito substantivo, o CPA contém diversas disposições que importa aqui referir.

Destaca-se, em primeiro lugar, o preceito-chave do regime jurídico da matéria em estudo: o artigo 173.º do CPA (“Alteração e substituição dos actos administrativos”). Desde já se chama a atenção para o facto de o artigo se referir não só à “alteração e substituição dos actos administrativos” (n.º 1), mas também à “substituição de um acto administrativo anulável” (n.º 2) e ainda ao conceito de “renovação” (n.º 3). Procurar-se-á, mais à frente, explorar o sentido e alcance destas normas. Note-se ainda que o artigo 173.º está sistematicamente inserido no Secção IV (“Da revogação e da anulação administrativas”) do Capítulo II (“Acto administrativo”) da Parte IV (“Da actividade administra-

<sup>1</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

tiva”) do CPA. Por outro lado, o n.º 1 do artigo 173.º do CPA corresponde, no essencial, ao artigo 147.º do Código do Procedimento Administrativo de 1991<sup>2</sup> («CPA/91»). Já os n.ºs 2 e 3 foram introduzidos, de forma inovadora no ordenamento jurídico português, pelo CPA vigente.

Em segundo lugar, o CPA dispõe sobre a alteração – mais precisamente sobre a “modificação” – e a “substituição” dos actos no âmbito das impugnações administrativas. Os preceitos em causa são os seguintes:

- Alínea *a*) do n.º 1 do artigo 184.º – “os interessados têm o direito de” “impugnar os actos administrativos perante a Administração Pública, solicitando a sua (...) modificação ou substituição”;
- N.º 2 do artigo 192.º – “o órgão competente [para] apreciar e decidir a reclamação” pode “(...) modificar ou substituir o acto reclamado (...)”;
- N.º 3 do artigo 195.º – “pode o autor do acto recorrido (...) modificar ou substituir o acto, informando da sua decisão o órgão competente para conhecer do recurso”;
- N.º 1 do artigo 197.º – “o órgão competente para conhecer do recurso pode (...) se a competência do autor do acto recorrido não for exclusiva (...) modificá-lo ou substituí-lo, ainda que em sentido desfavorável ao recorrente”;
- N.º 4 do artigo 199.º – “no recurso tutelar, a modificação ou a substituição do acto recorrido ou omitido só é possível se a lei conferir poderes de tutela substitutiva e no âmbito destes”.

Em terceiro lugar, contam-se mais três disposições sobre o assunto, a saber:

- N.º 2 do artigo 49.º – “o órgão delegante ou subdelegante tem o poder de (...) substituir o ato praticado pelo delegado ou subdelegado ao abrigo da delegação ou subdelegação”;
- Alínea *e*) do n.º 1 do artigo 152.º – “devem ser fundamentados os actos administrativos que, total ou parcialmente” “impliquem (...) modificação (...) de acto administrativo anterior”;
- N.º 2 do artigo 172.º – em consequência da anulação administrativa de um acto, “a Administração pode ficar constituída (...) no dever de (...) substituir os actos consequentes sem dependência de prazo (...)”.

<sup>2</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro e revogado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

Relativamente ao direito processual, cumpre assinalar o artigo 64.º do Código do Processo nos Tribunais Administrativos<sup>3</sup> («CPTA»), sobretudo o n.º 3 (“acto impugnado” “total ou parcialmente, alterado ou substituído por outro com os mesmos efeitos”) e o n.º 6 (“acto com o alcance de sanar os efeitos do acto impugnado”). No passado, a Lei do Processo nos Tribunais Administrativos<sup>4</sup> («LPTA») já continha um afloramento desta matéria no n.º 2 do seu artigo 51.º, onde se podia ler a expressão “revogado, por substituição, o acto recorrido”.

## 2.2. *Na doutrina*

Na doutrina, a alteração e a substituição dos actos administrativos estão intimamente ligadas aos institutos da revogação e da anulação administrativas, sendo, em regra, tratadas como figuras afins ou próximas destes últimos. Dada a fluidez dos seus contornos, assinala-se alguma confusão terminológica, tendo em conta a utilização de expressões como “revogação implícita”, “revogação por substituição”, “acto renovatório” e outras, cujo sentido parece não ser totalmente coincidente.

Em face do interesse e relevância para o presente estudo, far-se-á alusão a um conjunto de posições doutrinárias, sendo certo que umas se reportam ao período que antecede a entrada em vigor do CPA/91, outras ao período de vigência deste último e outras ainda, mais recentes, respeitam já ao período de vigência do CPA de 2015.<sup>5</sup>

Com efeito, para Marcello Caetano “não se deve confundir o acto revogatório com um novo acto com conteúdo diferente e porventura contrário ao

<sup>3</sup> Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro e sucessivamente alterado. A última alteração foi operada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro.

<sup>4</sup> Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho e sucessivamente alterada. A última alteração foi operada pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.

<sup>5</sup> A este propósito, cumpre relembrar que, no âmbito do CPA/91, o conceito de revogação compreendia duas modalidades: a chamada “revogação anulatória” ou “revogação de actos inválidos” e a “revogação propriamente dita” ou “revogação ab-rogatória” ou ainda “revogação de actos válidos”. Presentemente, o CPA de 2015 autonomizou dois conceitos. A antiga “revogação anulatória” passou a denominar-se de “anulação administrativa”, por contraposição à “revogação propriamente dita” que, no fundo, manteve a denominação de “revogação administrativa”: a primeira, é determinada por motivos de invalidade, enquanto que a segunda se funda em motivos de mérito, conveniência ou oportunidade (cfr. artigo 165.º do CPA). Sobre a questão terminológica, cfr. MARCO CALDEIRA, «A figura da “anulação administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015» in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Coordenação de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, AAFDL, 2015, pp. 644-649.

do acto anterior: este é um novo acto administrativo que *substitui* outro acto anterior dispondo para o futuro em termos opostos aos fixados neste”. Este novo acto administrativo – “acto contrário”, nas palavras Marcello Caetano – opera uma “revogação implícita” do anterior e daí que tenha que observar, quer quanto à legitimidade, quer quanto à forma, as regras da revogação. O mesmo sucede com as hipóteses em que “o órgão administrativo *altera* o conteúdo de um acto administrativo anterior, modificando o seu objecto ou algum dos requisitos deste”.<sup>6</sup>

As chamadas “revogações implícitas” eram igualmente aceites por Mário Esteves de Oliveira, para quem a “cessação ou destruição dos efeitos produzida pelo acto revogatório pode resultar quer duma declaração explícita nesse sentido, feita pelo órgão administrativo, ou de um novo acto relativo à mesma situação concreta, de conteúdo ou efeitos incompatíveis com o conteúdo ou efeitos de outros actos anteriores”. As revogações implícitas caracterizam-se, segundo o Autor, pelo facto de não conterem qualquer referência ao acto anterior, o que dificulta, em muito, a observância do dever de fundamentação dos actos administrativos.<sup>7</sup>

José Osvaldo Gomes, escrevendo sobre a revogação implícita de actos tácitos positivos, considera que a contradição do conteúdo de dois actos administrativos não é suficiente para que se possa afirmar a existência da revogação. Para além desta, é necessária a voluntariedade da conduta administrativa no sentido da destruição ou cessação dos efeitos de um acto administrativo anterior. Por outro lado, o Autor entende que a “revogação implícita constitui um acto unitário de conteúdo complexo” que tem que ser “fundamentada *in totum*”. Consequentemente, “seria ilegal o acto revogatório implícito de deferimento tácito de que apenas constassem os fundamentos de indeferimento, sem qualquer referência aos fundamentos de facto e de direito da revogação”.<sup>8</sup>

Por último, considerando o período anterior à vigência do CPA/91, importa referir a posição de José Robin de Andrade que clarifica a distinção entre a revogação expressa e a revogação implícita de actos administrativos: na primeira, “a autoridade administrativa declara que o acto praticado produz a revogação de acto anterior, quer faça acompanhar essa declaração da enunciação do novo regime que ao regime extinto se deva substituir, quer se limite a declarar a sua intenção revogatória sem qualquer nova regulamentação da

<sup>6</sup> Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1980, pp. 531 e 552.

<sup>7</sup> Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 1980, pp. 614-615.

<sup>8</sup> Cf. JOSÉ OSVALDO GOMES, “Revogação implícita de actos tácitos positivos” in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 294, Março de 1980, pp. 38-60.

situação concreta”, ao passo que, na segunda, a “incompatibilidade implícita que determina a revogação resulta de contradição entre os efeitos jurídicos de determinado acto e os efeitos jurídicos de acto anterior”.<sup>9</sup>

Já no âmbito do período de aplicação do CPA/91, José Carlos Vieira de Andrade enquadra as figuras da alteração e da substituição nos procedimentos de “revisão” dos actos administrativos, que define como “qualquer procedimento administrativo (secundário ou de 2.º grau), officioso ou na sequência de uma impugnação administrativa, que implique a *reapreciação negativa* ou *divergente* de um acto administrativo anterior, podendo ter como resultado a declaração de nulidade, a anulação, a revogação, a modificação (alteração ou reforma), a substituição e ainda, por extensão, a mera rectificação desse acto”. Em concreto, a alteração consiste numa “amputação de conteúdo” e “trata-se mesmo de uma verdadeira «revogação ou anulação parcial» e a substituição corresponde à «revogação implícita» ou «revogação por substituição» de actos administrativos. A estas, de acordo com o artigo 147.º do CPA/91, aplicam-se as regras da revogação, salvo disposição especial em sentido contrário.<sup>10</sup>

Por sua vez, Pedro Costa Gonçalves entende que a “*revogação por modificação*” e a “*revogação por substituição*” consubstanciam situações em que a prática de um acto de revogação é acompanhada de uma nova disciplina jurídica para a relação subjacente ao acto revogado, que modifica ou substitui o conteúdo do acto anterior. Segundo o Autor, está aqui envolvida uma abrogação, parcial ou total, dos efeitos de um acto administrativo anterior. Por isso, os actos de modificação e de substituição são “actos administrativos de efeitos mistos”, que simultaneamente revogam e alteram os efeitos de um acto anterior. Não são, portanto, actos revogatórios em sentido estrito.<sup>11</sup>

Mário Esteves de Oliveira/Pedro Costa Gonçalves/João Pacheco de Amorim referem-se à “revogação modificatória ou substitutiva” nas situações em que a revogação de um acto administrativo é acompanhada ou resulta de uma nova disciplina para o caso concreto. Aqui se subsumem, na opinião dos Autores, a “*alteração* ou *substituição* do acto revogado por um novo acto”, cujo fundamento pode ser a inconveniência ou a invalidade do acto revogado. Tendo presente o disposto no artigo 147.º do CPA/91, “são aplicáveis aqui, salvo

<sup>9</sup> Cf. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A revogação dos actos administrativos*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 1985, pp. 36-39.

<sup>10</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A «revisão» dos actos administrativos no direito português” in *Legislação, Cadernos de Ciência de Legislação, Estudos sobre o Código do Procedimento Administrativo*, n.º 9/10, Janeiro/Junho 1994, p. 185.

<sup>11</sup> Cf. PEDRO GONÇALVES, “Revogação (do acto administrativo)” in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VII, 1996, pp. 305-307.

disposição legal em contrário, as normas reguladoras da (simples) revogação ou anulação administrativas”, à excepção, nomeadamente, do princípio da liberdade de revogação de actos válidos e das situações em que se admite a dispensa do paralelismo das formalidades do procedimento revogatório.<sup>12</sup>

Por fim, relativamente ao período em análise, falta mencionar a posição de Marcelo Rebelo de Sousa/André Salgado de Matos. Partindo da distinção entre actos dispositivos (incidem sobre uma determinada situação da vida e resultam do exercício de uma competência dispositiva) e actos revisivos (incidem sobre uma conduta administrativa anterior, podendo o exercício da competência revisiva dar lugar à sua manutenção ou destruição ou ainda à adopção de uma conduta contrária), os Autores qualificam as figuras da substituição e da modificação como “um misto de acto dispositivo e revisivo”, por estarem em causa “actos com efeito revogatório mas de carácter dispositivo”. Do ponto de vista conceptual, a “*substituição* é o acto administrativo pelo qual se dispõe sobre uma situação já regulada, em termos incompatíveis, por um acto administrativo anterior, que acarreta a cessação de vigência deste” e a “*modificação* (por vezes também designada como *alteração*) é uma substituição parcial, não acarretando a cessação de vigência do acto modificado mas a sua continuação com um conteúdo ou um objecto parcialmente diferentes”. Com especial interesse, os Autores distinguem a “modificação e a substituição dispositivas” da “modificação e substituição revisivas”, “consoante esteja em causa o mero exercício de uma competência dispositiva ou também o exercício de uma competência revisiva”. Quanto ao regime jurídico, a modificação e a substituição dos actos administrativos partilham, embora de forma parcial, o regime da revogação.<sup>13</sup>

Passando agora para o período mais recente, isto é, para a doutrina posterior à aprovação do CPA vigente, Diogo Freitas do Amaral reporta a alteração e a substituição dos actos administrativos ao exercício de uma competência dispositiva, na medida em que órgão administrativo “não prescinde de disciplinar de outra maneira a situação da vida regulada por um ato administrativo anterior: fá-lo, todavia, através de um ato cujos efeitos de direito são parcialmente (alteração) ou totalmente (substituição) distintos dos do ato alterado ou substituído”. No que respeita ao regime jurídico – e tanto quanto se compreende das palavras do Autor –, Diogo Freitas do Amaral distingue, porém, as hipóteses em que a nova decisão sobre o mesmo caso concreto, emitida em simultâneo ou em momento ulterior face ao acto de revogação ou de anulação, é determi-

<sup>12</sup> Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª Edição, Almedina, 1997, p. 695.

<sup>13</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, 2.ª Edição, D. Quixote, 2009, pp. 104, 111, 198-199 e 209-212.

nada por motivos de mérito e oportunidade e aquelas em que é determinada por motivos de legalidade: no primeiro caso, aplicar-se-á ao novo acto (acto primário) a disciplina do artigo 173.º do CPA, enquanto que, no segundo caso, serão aplicáveis os n.ºs 1 e 2 do artigo 172.º do CPA.<sup>14</sup>

Por contraposição ao sentido até agora defendido pela doutrina citada, há um conjunto de Autores (Mário Aroso de Almeida, Carlos Alberto Fernandes Cadilha, Ana Celeste Carvalho, Marco Caldeira) que, referindo-se directamente ao âmbito de aplicação do artigo 173.º do CPA, remetem as figuras da alteração e da substituição dos actos administrativos para o domínio da invalidade. Isto é, perante um acto administrativo inválido, a Administração Pública deve, em primeiro lugar, verificar se é possível proceder à sua convalidação (cfr. artigo 164.º do CPA); não sendo, poderá valer-se da possibilidade de alterar ou substituir o acto inválido (e, só em última instância, anulá-lo). Neste caso, entendem os Autores que o acto que substitui o acto inválido é um “acto renovatório”, que não reincide nas invalidades do anterior e cujo conteúdo e efeitos de direito são os mesmos do acto substituído.<sup>15</sup> A este respeito, Mário Aroso de Almeida refere-se à figura da “revogação por substituição fundada na invalidade do acto substituído” chamando à atenção para o facto de a mesma incidir sobre um “ato ilegal que ainda não foi eliminado da ordem jurídica” e daí que a renovação que aquele opera “vis[e] conferir fundamento válido às situações que, ao abrigo desse ato, se tinham constituído de modo inválido e, desse modo, assegurar, pelo menos no presente e para o futuro, a manutenção dessas situações, sem as soluções de continuidade que resultariam da intervenção de uma anulação contenciosa”<sup>16</sup>. Em sentido algo diverso, Carlos Alberto Fernandes Cadilha esclarece que a “renovação do ato, correspondendo à prática de um ato com o mesmo conteúdo, não se confunde com a sanação, a que se refere o artigo 164.º, nem com a anulação administrativa, a que se refere o artigo 168.º, visto que o que está em causa, não é a convalidação do ato anterior, nem a destruição dos seus efeitos através de mera anulação administrativa, nem uma nova regulação da situação jurídica através de anulação por substitui-

<sup>14</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 3.ª Edição, Almedina, 2016, pp. 381-382 e 408.

<sup>15</sup> Cfr., neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo, O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3.ª Edição, Almedina, 2016, pp. 352 e 366-371; CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Implicações do novo regime do Código do Procedimento Administrativo no Direito Processual Administrativo” in *Julgar*, n.º 26, 2015, pp. 27-28; ANA CELESTE CARVALHO, “Repercussões do novo Código do Procedimento Administrativo na revisão do Direito Processual Administrativo” in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Número 2, 2.ª Semestre de 2015, p. 235; MARCO CALDEIRA, «A figura...», Ob. cit., p. 675.

<sup>16</sup> Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria...*, Ob. cit., pp. 367-368 e nota 557.



ção, mas é a substituição de um ato anterior por um outro que tenha os mesmos efeitos de direito”<sup>17</sup>.

### 2.3. Na jurisprudência

A jurisprudência administrativa tem-se pronunciado, em situações contadas, sobre a matéria em estudo.

Com efeito, a problemática das revogações ou anulações implícitas e, bem assim, das revogações/anulações por substituição tem sido abordada, sobretudo, no âmbito dos casos em que a Administração emite um acto de indeferimento expresso, num momento em que já havia ocorrido o deferimento tácito da pretensão formulada pelo administrado requerente. O entendimento perfilhado é o de que o indeferimento expresso posterior revoga implicitamente o deferimento tácito com ele incompatível por força de uma revogação/anulação por substituição. Tais situações respeitam essencialmente a assuntos do foro do Direito do Urbanismo e ao domínio da concessão de apoio judiciário.<sup>18</sup>

Quanto ao primeiro grupo de matérias, veja-se, a título ilustrativo, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 15.01.2015 (Processo n.º 11726/14) que se debruça sobre uma hipótese de deferimento tácito de um pedido de autorização de utilização seguido da emissão de um acto administrativo expresso de indeferimento daquele pedido. Aqui refere-se, com relevância, que, “quando a destruição ou cessação dos efeitos resultar de um novo acto relativo à mesma situação concreta, de conteúdo ou efeitos incompatíveis com o conteúdo ou efeitos de outro acto anterior, sem declaração revogatória ou explícita referência ao acto revogado, estamos perante uma revogação implícita. (...) A admissibilidade da revogação implícita, por incompatibilidade, impõe-se por si como um modo de assegurar a harmonia, a coerência e a eficiência do sistema, que não pode consentir a vigência de duas decisões administrativas que se chocam entre si, mormente quando esteja em causa a definição de situações jurídicas individuais”. Neste sentido, o Tribunal considerou, reiterando

<sup>17</sup> Cfr. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Implicações...”, Ob. cit., p. 28. No mesmo sentido, ANA CELESTE CARVALHO, “Repercussões...”, Ob. cit., p. 235.

<sup>18</sup> Sem prejuízo do referido, há acórdãos que versam sobre outro tipo de situações. Assim, por exemplo, no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29.05.2002 (Processo n.º 047541), em face da emissão de um segundo acto de homologação de uma lista ordenada de candidatos, cuja fundamentação difere da do acto de homologação inicialmente proferido, o Tribunal entendeu que “não sendo o segundo acto confirmativo do anterior e regulando a mesma situação jurídica, aquele é revogatório deste, por substituição”.

jurisprudência precedente, que o “acto de indeferimento expresso do pedido de autorização de utilização – desde que não se apresente ou evidencie como nulo – revoga (implicitamente) o acto de deferimento tácito da autorização de utilização”.

Relativamente ao segundo grupo de matérias, impõe-se uma alusão ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 05.07.2017 (Processo n.º 10240/13.7BCLSB-A), onde se refere que o acto de indeferimento expresso “além de indeferir o pedido de apoio judiciário, também se traduziu numa anulação administrativa (anterior revogação anulatória) implícita do acto tácito de deferimento, ao abrigo do art. 165.º n.º 2, do CPA de 2015.”. Isto porque “o acto de indeferimento expresso do apoio judiciário de 13.4.2017 não faz qualquer referência ao acto tácito de deferimento que se formou em 25.11.2016, mas, tendo tal acto de indeferimento um conteúdo incompatível com o conteúdo desse acto tácito anterior, tem de se considerar que aquele procedeu à anulação administrativa (implícita) do acto de deferimento tácito do apoio judiciário, entretanto, formado”. Isto posto, o Tribunal conclui que sendo o acto tácito de deferimento um acto constitutivo de direitos, o mesmo só pode ser objecto de anulação nos termos dos condicionalismos impostos nos n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 168.º do CPA.

Com interesse para o presente estudo, assinala-se ainda o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 27.02.1997 (Recurso n.º 33.068), que se debruça sobre uma deliberação camarária que, por um lado, revoga expressamente uma deliberação anterior (pelo facto de se encontrar inquinada pelo vício de forma por falta de fundamentação) e, por outro, regula o mesmo caso concreto, indeferindo, de novo, a pretensão do particular. O Supremo Tribunal Administrativo entendeu que a deliberação impugnada compreendia dois segmentos: um segmento destrutivo, relativo à eliminação dos efeitos da primeira deliberação viciada, e um segmento constitutivo, de reapreciação do pedido do particular e seu indeferimento. O Tribunal considerou, assim, que não estava em causa uma mera revogação anulatória, mas sim um acto de revogação por substituição.

#### 2.4. *Apreciação*

A exposição até agora realizada, suscita, para nós, múltiplas interrogações.

Como já se referiu, o CPA coloca o tratamento das figuras da alteração e da substituição dos actos administrativos a par dos da revogação e da anulação administrativas. Inclusivamente, no n.º 1 do artigo 173.º do CPA remete-se para “as normas reguladoras da revogação” o regime da alteração e da substi-

tuição dos actos administrativos. No entanto, o CPA oferece, no artigo 165.º, uma definição dos conceitos de revogação e de anulação administrativas, o mesmo já não sucedendo com os conceitos de alteração e de substituição dos actos administrativos. Poder-se-á considerar que o n.º 2 do artigo 173.º dá algumas pistas nesse sentido: ao referir-se à “substituição de um acto administrativo anulável (...) por um acto válido com o mesmo conteúdo”, o Código parece sugerir que a substituição dos actos administrativos pode assentar em motivos de legalidade (à semelhança da anulação administrativa) e pode dar origem à prática de um novo acto com o mesmo conteúdo do acto substituído.

Ora, confrontando o preceito em análise com a doutrina *supra* citada, ocorrem-nos, desde já, duas questões: (i) a alteração e a substituição dos actos administrativos podem ser determinadas quer por motivos de mérito, conveniência ou oportunidade, quer por motivos de invalidade (decalcando-se, assim, do binómio revogação/anulação administrativas) ou apoiam-se apenas nestes últimos? (ii) O acto de substituição tem um conteúdo necessariamente diferente do do acto substituído ou pode partilhar com este o mesmo conteúdo? Quanto à primeira questão, Mário Esteves de Oliveira/Pedro Costa Gonçalves/João Pacheco de Amorim, José Carlos Vieira de Andrade e Diogo Freitas do Amaral referem-se, de forma clara, à ambivalência (mérito/legalidade) dos motivos que podem servir de base à prática de um acto de alteração ou de substituição de outro acto administrativo. Quanto à segunda questão, a maioria das definições apresentadas pela doutrina vai no sentido de que o conteúdo dos actos de alteração ou de substituição é, parcial (alteração) ou totalmente (substituição), incompatível – e, portanto, diferente – com o conteúdo dos actos alterados ou substituídos. Todavia, como se assinalou, o CPA e alguma doutrina admitem que o acto de substituição seja dotado do mesmo conteúdo do acto substituído.

Por outro lado, o CPA confere algum protagonismo à alteração e à substituição dos actos administrativos – mais uma vez, lado a lado com a revogação e a anulação – no âmbito das impugnações administrativas. Neste contexto e tendo presente que as mesmas envolvem uma nova pronúncia da Administração sobre um determinado caso concreto, (iii) os actos de alteração e de substituição devem considerar-se actos primários ou devem ser tidos como actos secundários, à semelhança da anulação e da revogação administrativas? A esta questão, Marcelo Rebelo de Sousa/André Salgado de Matos respondem, como se viu, com a natureza mista, dispositiva e revisiva, dos actos de alteração e de substituição de outros actos administrativos. Por sua vez, José Carlos Vieira de Andrade remete a alteração e a substituição dos actos administrativos para o âmbito dos procedimentos de segundo grau. No entanto, a maioria da doutrina considera-as actos primários.

Por outro lado ainda, são largamente admitidas pela doutrina e pela jurisprudência as chamadas revogações e anulações implícitas, conceitos utilizados para definir os efeitos da alteração e da substituição dos actos administrativos. Isto é, na ausência de um acto de revogação/anulação expresso de um acto administrativo anterior, o acto de alteração ou de substituição importa a revogação/anulação implícita desse mesmo acto. A questão que se coloca agora é a de (iv) saber qual o regime jurídico aplicável a estas situações (mormente quanto à competência, aos prazos, à forma e formalidade e aos efeitos): aplicam-se às revogação/anulação implícitas o mesmo regime da revogação/anulação expressas? Ou, considerando que as revogações/anulações implícitas fazem parte do universo da alteração e da substituição dos actos administrativos, aplica-se-lhes o regime previsto no artigo 173.º do CPA? Ora, no *supra* citado acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 05.07.2017 (Processo n.º 10240/13.7BCLSB-A), reconheceu-se a presença de uma anulação administrativa implícita e procedeu-se à aplicação do regime previsto no artigo 168.º do CPA, ignorando-se, assim, o disposto no n.º 1 do artigo 173.º do CPA que remete – pelo menos, literalmente –, não para o regime da anulação, mas para o regime da revogação. Mário Esteves de Oliveira/Pedro Costa Gonçalves/João Pacheco de Amorim consideram que “as revogações implícitas só podem ser admitidas nos termos do regime da revogação (explícita) legalmente prevista”<sup>19</sup>.

Por último, é recorrente, na doutrina e na jurisprudência, a utilização da expressão “revogação/anulação por substituição”. (v) A que situações se reporta? Uma vez, é referida no âmbito das hipóteses em que a revogação/anulação expressa é acompanhada de nova regulação do caso concreto; outras, é reportada às hipóteses de prática de um acto administrativo de efeitos incompatíveis com acto anterior, a que se imputa uma revogação/anulação implícita deste último.

Estas são, portanto, algumas dúvidas que resultam de um estudo preliminar sobre a alteração e a substituição dos actos administrativos. De seguida, procurar-se-á depurar conceitos e aferir regimes, por forma a dar um princípio de resposta às questões enunciadas.

<sup>19</sup> Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., p. 669.

### 3. A alteração e a substituição dos actos administrativos

#### 3.1. **Conceitos**

##### 3.1.1. *A substituição dos actos administrativos*

Após a recolha dos contributos doutrinários e jurisprudenciais, acima assinalados, e tendo em conta as disposições do CPA relevantes nesta matéria, avançamos com a seguinte proposta de definição da “substituição dos actos administrativos”: *acto administrativo, praticado no âmbito de um procedimento desencadeado ex officio ou por iniciativa do particular, através do qual (i) é emitida, por razões de mérito ou de legalidade, uma nova pronúncia sobre um determinado caso concreto, passando a discipliná-lo em sentido divergente face a um acto administrativo anterior, ou (ii) é emitida uma nova pronúncia com o mesmo conteúdo de acto anterior, mas expurgada dos vícios que inquinavam este último (“acto renovatório”).*

Com efeito, analisemos, para já, a noção proposta sob a perspectiva da classificação dos actos administrativos, da iniciativa, dos fundamentos e do conteúdo do acto. Mais à frente, serão estudados os (problemáticos) efeitos e regime jurídico aplicáveis à substituição dos actos administrativos.

Ora, quanto ao primeiro ponto, não é fácil catalogar o *acto de substituição* ou *acto substituto*. Não se poderá dizer que é um puro acto primário, porque não se olvida o facto de estar aqui envolvida a apreciação e decisão de um caso concreto que, no plano factual, já foi objecto de um acto administrativo e, por conseguinte, não se está perante um “acto que versa pela primeira vez sobre uma determinada situação da vida”<sup>20</sup>. Por outro lado, a substituição também não encaixa propriamente na categoria dos actos secundários, uma vez que não “têm por objecto imediato um outro acto administrativo anterior”<sup>21</sup>, visando, em primeira linha, uma nova regulação do caso concreto e não tanto a cessação ou destruição dos efeitos jurídicos de outro acto administrativo. Ponto é que se trate do mesmo caso concreto, quer do ponto de vista dos factos, quer do ponto de vista do Direito. Sem embargo da dubiedade persistente, julgamos que a dimensão dispositiva é preponderante, na medida em que a pronúncia administrativa em causa visa uma nova regulação do caso concreto e, somente como efeito colateral, se reporta à cessação ou destruição dos efeitos de um acto anterior.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., p. 231.

<sup>21</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., p. 243.

<sup>22</sup> Ao tratar-se de um acto primário, o *acto substituto* decorre de um procedimento administrativo (autónomo face ao que deu origem à prática do *acto substituído*), com todas as garantias nele pressu-

Quanto à iniciativa, a substituição dos actos administrativos pode ser desencadeada oficiosamente pela Administração Pública, inclusive no domínio da delegação e subdelegação de poderes (cfr. artigo 49.º, n.º 2 do CPA), ou pode ocorrer num procedimento de iniciativa particular. Pode, nomeadamente, resultar da decisão de uma impugnação administrativa (cfr. artigos 192.º, n.º 2, 195.º, n.º 3, 197.º, n.º 1 e 199.º, n.º 2 do CPA), sem prejuízo dos condicionamentos previstos quanto ao recurso tutelar (cfr. artigo 199.º, n.º 4 do CPA).

No que respeita aos fundamentos, a figura da substituição decalca-se sobre as da anulação e da revogação administrativas, podendo ser motivada quer por razões de mérito, quer por razões de legalidade. Assim, pode falar-se em “substituição de actos válidos”, no primeiro caso, e em “substituição de actos inválidos” (anuláveis), no segundo.

Finalmente, recorda-se, antes de mais, que o conteúdo do acto administrativo corresponde “à substância da decisão voluntária em que o ato consiste (incluindo os efeitos jurídicos por ela visados)”, incluindo a decisão principal tomada pela Administração e as cláusulas acessórias<sup>23</sup>. Ora, relativamente ao conteúdo, a substituição dos actos administrativos compreende uma bifurcação: nuns casos, o *acto substituto* diverge do conteúdo do *acto substituído*, o que pode suceder tanto na substituição de actos válidos como na substituição de actos anuláveis; noutros casos, o *acto substituto* partilha o mesmo conteúdo do *acto substituído*, o que vale apenas para a substituição de actos anuláveis<sup>24</sup>. Pelo facto de possuir o mesmo conteúdo do *acto substituído*, o *acto de substituição* é um acto renovatório, ou seja, um acto que contém o mesmo sentido decisório e visa a produção dos mesmos efeitos pretendidos pelo *acto substituído*, mas que se encontra expurgado das invalidades que inquinam este último. Nesta situação, o mecanismo da substituição dos actos administrativos funciona como um sucedâneo das formas de convalidação dos actos (ratificação, reforma e conversão), às quais, por não verificação dos respectivos requisitos, não é possível recorrer, no caso concreto, para “salvar” o *acto substituído*.

Vejamos alguns exemplos. Nas hipóteses em que a Administração Pública emite um acto de indeferimento expresso, num momento em que já se havia formado o acto tácito de deferimento (nos termos admitidos pelo artigo 130.º, n.º 1 do CPA), o acto de substituição, correspondendo a uma nova disciplina do caso concreto sobre o qual incidia o acto substituído (o acto de deferimento

postas, nomeadamente o direito à audiência dos interessados.

<sup>23</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 222-223.

<sup>24</sup> Note-se que não faz sentido admitir a substituição de um acto administrativo por outro com o mesmo conteúdo por razões de mérito. A envolvimento de juízos de mérito implica necessariamente a alteração do sentido decisório do acto substituído.

tácito), assume um conteúdo que diverge deste último. Isto é, ao indeferir a pretensão do particular (seja por motivos de legalidade, seja por razões de mérito), o sentido decisório e os efeitos do acto de substituição são desfavoráveis ao particular, divergindo, assim, do conteúdo do acto substituído. Pode acontecer, no entanto, que o conteúdo dos actos substituto e substituído seja o mesmo. Imagine-se um acto administrativo praticado por um titular de órgão singular que se encontra impedido. O acto em causa é anulável, nos termos do artigo 76.º, n.º 1 do CPA. Ora, não sendo possível a convalidação deste acto – na medida em que o vício da ilegitimidade não pode ser suprimido por ratificação, reforma ou conversão –, abre-se caminho para a prática de um novo acto, com o mesmo conteúdo, mas que não reincide no vício da ilegitimidade por ser praticado, desta feita, pelo suplente do titular do órgão impedido (cfr. artigo 42.º, n.º 1 do CPA).

Aqui chegados, a questão que se impõe é a de saber quais os efeitos da prática do *acto substituto* sobre o *acto substituído* e, bem assim, como se coordenam os efeitos de um e de outro. Não estamos ainda em condições de responder a esta questão, a qual será abordada, mais à frente, no ponto 5. Para já, passaremos ao estudo do conceito da alteração dos actos administrativos e, logo de seguida, ao confronto da alteração e da substituição dos actos administrativos com algumas figuras afins.

### 3.1.2. *A alteração dos actos administrativos*

A alteração dos actos administrativos é um mecanismo bastante diferente da substituição, não obstante o usual tratamento unitário das figuras. Com efeito, a alteração dos actos consubstancia um *acto administrativo através do qual se procede à modificação parcial do conteúdo ou do objecto de um acto administrativo anterior, dando, assim, lugar a uma derrogação parcial dos efeitos do acto alterado, determinada por motivos de inconveniência ou de invalidade*.

Por conseguinte, a alteração (ou modificação) dos actos administrativos importa uma redefinição, meramente parcial, do conteúdo ou do objecto que subjazem ao acto alterado. Note-se que, para além do conteúdo, releva aqui, por vezes, o objecto do acto, isto é, a “*realidade exterior sobre que o ato incide* (uma pessoa, uma coisa, um ato administrativo primário)”<sup>25</sup>.

Vejam os seguintes exemplos. Imagine-se que, após a prática de um acto de expropriação, a entidade pública reconsidera, à luz do interesse público, a

<sup>25</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., p. 224.

dimensão da área a expropriar e emite um acto de alteração daquela expropriação: trata-se aqui de uma alteração ao acto inicial de expropriação, cujo conteúdo (decisão de expropriar) se mantém, mas o objecto se altera (dada a redução da área a expropriar). Imagine-se agora que, na sequência de uma reclamação administrativa, o órgão competente diminui uma pena disciplinar de suspensão pelo período de 60 dias para 30 dias: neste caso, estamos perante uma alteração do acto punitivo, cujo conteúdo (medida da decisão de punir) foi parcialmente amputado. Por último, constituem também exemplo pertinente da alteração dos actos administrativos, as alterações às licenças urbanísticas, por meio das quais se redefinem os termos e as condições em que se permite a realização de uma operação urbanística e, portanto, se altera ou modifica o conteúdo permissivo da licença (acto alterado)<sup>26</sup>.

Resulta, assim, evidente a diferença entre a substituição e a alteração dos actos administrativos: enquanto que a primeira importa uma descoincidência ou coincidência (restringida, esta, à substituição de actos inválidos) *total* entre o conteúdo do acto substituto e o conteúdo do acto substituído, a segunda implica, por sua vez, uma descoincidência meramente *parcial* entre o conteúdo ou o objecto do acto de alteração face ao conteúdo ou ao objecto do acto alterado.

No entanto, essa descoincidência parcial representa, ainda assim, uma nova pronúncia administrativa, diferente e autónoma face à inicialmente emitida através do acto alterado. Por este motivo e à semelhança da substituição, os actos de alteração são actos primários.

## 3.2. *Figuras afins*

### 3.2.1. “Actos contrários”

A alteração e, sobretudo, a substituição dos actos administrativos não se confundem com os chamados “actos contrários”<sup>27</sup>. Os “actos contrários” são

<sup>26</sup> No sentido de que as alterações às licenças urbanísticas constituem alterações de actos administrativos nos termos do artigo 147.º do CPA/91, cfr. LUÍS PEREIRA COUTINHO, *Notas sobre a alteração de licença urbanística*, ICJP, 2009, disponível in <https://icjp.pt/sites/default/files/media/380-2409.pdf> [consultado em 04.07.2018]. Ver, ainda, FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume III, Almedina, 2010, p. 296.

<sup>27</sup> Alguma doutrina serve-se também da expressão “actos contrários” para aludir às revogações e anulações implícitas, a que se fará referência, com outro sentido, mais à frente. O sentido de “actos contrários”, referido em texto, contrapõe-se à alteração e substituição dos actos administrativos e, consequentemente, às revogações e anulações implícitas. Quanto à doutrina que parece utilizar indistintamente a nomenclatura de “actos contrários”, “revogações implícitas” e “revogações tácitas”, cfr.



“actos administrativos que produzem um efeito inverso face a um acto administrativo anterior, desintegrativo da situação jurídica por ele regulada”<sup>28</sup>. O “acto contrário” resulta do exercício de uma competência dispositiva diferente daquela que deu origem ao acto contrariado e não corresponde, de todo, ao exercício de uma competência revisiva. Em suma, os “actos contrários” limitam-se “a pôr termo a um *status* ou situação jurídica criada por um acto anterior”<sup>29</sup>.

O exemplo paradigmático, invocado pela doutrina, é o da nomeação/demissão de um trabalhador: a competência envolvida no acto de nomeação (constituição de um vínculo de emprego público) não é a mesma que subjaz ao acto de demissão (extinção do vínculo de emprego público por motivos disciplinares). O mesmo sucede com os actos de expropriação e de reversão.<sup>30</sup>

Diferentemente, na alteração e na substituição dos actos administrativos está em causa o exercício da mesma competência dispositiva, por referência ao mesmo caso concreto, que deu origem ao acto alterado ou substituído. Assim, no exemplo da diminuição do período da pena disciplinar de suspensão, está em causa, em ambos os actos (de alteração e alterado), o exercício da competência disciplinar. E, no caso das alterações às licenças urbanísticas, está envolvido, quer na licença inicialmente emitida, quer no acto de alteração daquela, o exercício da competência de licenciar. E, bem assim, no exemplo do deferimento tácito/indeferimento expresso do pedido de apoio judiciário, está implicado, nas duas pronúncias administrativas, o exercício da mesma competência: a competência de subsidiar.

### 3.2.2. *Actos confirmativos*

Como se viu *supra*, pode ocorrer a substituição de um acto administrativo por outro com o mesmo conteúdo, fundada na anulabilidade do acto substituído. Não obstante o acto de substituição partilhar o mesmo conteúdo do acto substituído, aquele não é um acto confirmativo deste último.

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 668-669 e 689; PEDRO GONÇALVES, “Revogação...”, Ob. cit., p. 321.

<sup>28</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*, Ob. cit., p. 198.

<sup>29</sup> Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A «revisão»...”, Ob. cit., p. 185.

<sup>30</sup> Sobre os “actos contrários”, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*, Ob. cit., p. 198; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 380-381; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., p. 668; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A «revisão»...”, Ob. cit., p. 185; IDEM, *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 180.

Na realidade, o acto confirmativo, nas impressivas palavras de Marcello Caetano, “não tira, nem põe nas situações criadas pelo acto confirmado”<sup>31</sup>. Estar-se-á, assim, “perante um ato confirmativo de outro quando há um ato emanado da mesma entidade e dirigido ao mesmo destinatário, que repete o conteúdo de um ato anterior, perante pressupostos de facto e de direito idênticos e sem que o reexame desses pressupostos decorra de revisão imposta por lei”<sup>32</sup>. Entre o acto confirmativo e o acto confirmado há uma identidade de sujeitos, de objecto e de conteúdo.

Pelo exposto, os actos confirmativos não são considerados, pela doutrina maioritária, actos administrativos, para efeitos do preceituado no artigo 148.º do CPA, dada a ausência de uma decisão administrativa: falta-lhes o carácter regulador e inovador<sup>33</sup>.

Ora, o mesmo não se passa com a substituição de um acto administrativo anulável por um acto válido com o mesmo conteúdo, pois a não reincidência nas invalidades que inquinam este último sempre implicará diferenças, entre um e outro, quanto aos requisitos de validade do acto atinentes aos sujeitos, à forma e formalidades, ao objecto e/ou ao fim. Digamos que, nestes casos, o acto de substituição “põe ou tira alguma coisa nas situações criadas” pelo acto substituído. Assim, recuperando o exemplo *supra* citado, o acto praticado por titular de órgão impedido não se pode considerar confirmado pelo acto praticado pelo titular desse órgão não impedido: ainda que partilhem do mesmo conteúdo, o órgão não impedido procedeu a uma nova pronúncia sobre o caso concreto, avaliando-o e decidindo-o em circunstâncias diferentes daquelas em que ocorreu a pratica do acto substituído pelo órgão impedido.

Por outro lado, a distinção a que se alude repercute-se também na impugnabilidade dos actos. Com efeito, resulta do artigo 53.º, n.º 1 do CPTA que “não são impugnáveis os actos confirmativos”, diferentemente do que sucede

<sup>31</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., p. 452.

<sup>32</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte de 04.11.2016 (Processo n.º 43/14.7BEVIS).

<sup>33</sup> Cfr., neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 554-555 e 715; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, Ob. cit., p. 172; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria...*, Ob. cit., p. 187. Em sentido divergente, Diogo Freitas do Amaral coloca o acto confirmativo no elenco dos actos administrativos secundários. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., p. 245. Por sua vez, Luiz Cabral de Moncada também considera que “acto confirmativo é um acto administrativo como os outros com plena natureza jurídica que apenas não é contenciosamente impugnável não em consequência de qualquer déficit de natureza jurídica mas simplesmente porque não gerando efeitos novos não lesa os particulares”. Cfr. LUIZ CABRAL DE MONCADA, “O acto confirmativo; noção e regime jurídico” in *JURISMAT*, n.º 5, 2014, p. 197.

com os actos de substituição. Os actos de substituição, enquanto actos administrativos, são autonomamente impugnáveis, nos termos do artigo 51.º, n.º 1 do CPTA, e, caso venham a ser proferidos na pendência do processo de impugnação do acto substituído, aplica-se-lhes o regime previsto no artigo 64.º do CPTA, que será analisado mais à frente.

### 3.2.3. Ratificação, reforma e conversão

Como ensina Marcello Caetano, “se o acto administrativo é anulável no decurso de certo prazo, a lei, seguindo o princípio da economia dos actos jurídicos, permite que dentro desse prazo se remedeie o vício que o afecta, de modo a salvar a sua vigência desde a data da respectiva produção”<sup>34</sup>. Esta é, portanto, a “filosofia” que preside às figuras da ratificação, da reforma e da conversão.

Actualmente previstas e reguladas no artigo 164.º do CPA, a ratificação, a reforma e a conversão constituem actos administrativos secundários que visam a convalidação de um acto administrativo anterior. Por conseguinte, aquela tríade tem como objecto um acto administrativo anterior – primário e inválido – e configura um paliativo que permite suprir os vícios que o invalidam. Tratam-se, assim, de actos saneadores.

De forma sucinta, vejamos cada uma delas com recurso à doutrina firmada na matéria<sup>35</sup>: a *ratificação* é “o acto através do qual o órgão competente para a prática de um acto administrativo procede à sanação de um vício seu, relativo à respectiva competência, forma ou formalidades”<sup>36</sup>; a *reforma* “é o acto administrativo pelo qual se conserva de um acto anterior a parte não afectada de ilegalidade”<sup>37</sup>, o que implica a alteração dos efeitos produzidos ou pretendidos pelo acto primário reformado<sup>38</sup>; a *conversão* é o “acto administrativo pelo qual

<sup>34</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., p. 556.

<sup>35</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., pp. 556–561; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 416–418; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 662–666; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, Ob. cit., pp. 228–230; JOSÉ PEDRO FERNANDES, “Ratificação (do acto administrativo)” in *DJAP*, Volume VII, 1996, pp. 9–16; IDEM, “Reforma (do acto administrativo)” in *DJAP*, Volume VII, 1996, p. 107; RUI CHANCERELLE DE MACHETE, “Sanação (do acto administrativo)” in *DJAP*, Volume VII, 1996, pp. 327–243.

<sup>36</sup> Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., p. 664.

<sup>37</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., p. 559.

<sup>38</sup> Cfr. JOSÉ PEDRO FERNANDES, “Ratificação...”, Ob. cit., p. 13.

se aproveitam os elementos válidos de um acto ilegal para com ele compor um outro acto que seja legal”<sup>39</sup>, distinguindo-se da reforma pelo facto de envolver uma transfiguração jurídica do acto a que respeita.

Em suma, as várias formas de convalidação dos actos administrativos inválidos constituem actos secundários, integrativos e apropriativos, ou seja, (i) o seu conteúdo versa sobre um acto administrativo anterior, (ii) o seu móbil é o de “salvar”, na medida do possível e à luz do princípio do aproveitamento dos actos, os efeitos já produzidos por actos ilegais, e (iii) eles absorvem o conteúdo essencial do acto primário que ratificam, reformam ou convertem.

Isto posto, em que é a ratificação, a reforma e a conversão se apartam da alteração e da substituição dos actos administrativos? A resposta não se avizinha fácil.

Como já tivemos oportunidade de referir, não obstante o carácter híbrido que se pode assacar às figuras da alteração e da substituição dos actos, a sua natureza dispositiva e, portanto, de nova pronúncia sobre um determinado caso concreto supera a sua fortuita natureza revisiva. Por conseguinte, os actos de alteração e de substituição devem, ainda assim, ser considerados actos primários. A ratificação, a reforma e a conversão são actos secundários.

Quanto aos demais pontos de análise, o confronto entre a alteração e a substituição e as ratificação, reforma e conversão afigura-se um problema bastante complexo, dada a necessidade de considerar várias hipóteses.

A primeira, relativamente simples, é aquela que coloca, num dos pratos da balança, a ratificação, a reforma e a conversão e, no outro, a alteração e a substituição de actos válidos. Ora, aquelas servem propósitos de convalidação de actos viciados, ao passo que estas redundam no (novo) exercício de uma competência dispositiva para apreciar o caso concreto à luz de critérios de mérito e oportunidade.

A segunda, mais duvidosa, traduz-se no cotejo entre a ratificação, a reforma e a conversão e substituição de actos inválidos, sobretudo no caso de estes tomarem o mesmo conteúdo dos actos substituídos (actos renovatórios). A fronteira é muito ténue, mas, em tese, a substituição dos actos, neste caso, não partilha com as três formas de convalidação o carácter integrativo e apropriativo que as caracteriza, por se tratar de um novo acto, autónomo e renovatório. Com efeito e à luz do princípio do aproveitamento dos actos, se a entidade competente ainda puder agir sobre o acto inválido, aproveitando-o, deve fazê-lo e evitar, por conseguinte, a prática de um novo acto. Por outras palavras, o recurso à substituição do acto inquinado só se afigura uma opção, se

<sup>39</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., p. 559.

não for, de todo, possível convalidar aquele acto. Assim, um acto anulável por falta ou insuficiência de fundamentação, deve ser ratificado e não substituído. Neste sentido, apoia-se a doutrina preconizada por Mário Aroso de Almeida<sup>40</sup> e recusa-se a opinião de Diogo Freitas do Amaral quando afirma que “a renovação de atos anuláveis pode ser perspectivada como um ato paralelo da ratificação”, pois “em vez de ratificar um ato anulável, a Administração [pode] optar pela sua renovação – substituição de um ato administrativo anulável por um ato válido com o mesmo conteúdo”<sup>41</sup>. A substituição não é, aqui, uma alternativa que se oferece à Administração, par a par, com a da ratificação (e demais formas de convalidação), assumindo-se, antes, como “o passo seguinte”, caso a ratificação não seja possível. Isto porque, se a ratificação, a reforma ou a conversão forem possíveis, “a reintegração da legalidade não exige a substituição do ato ilegal sem reincidência nas mesmas ilegalidades”<sup>42</sup>. Por outro lado, importa sublinhar que a substituição não persegue um objectivo de convalidação de um acto inválido, uma vez que as invalidades que o inquinam não são susceptíveis de ser sanadas (se forem, há que recorrer aos mecanismos disponíveis para esse efeito: ratificação, reforma e conversão). Esta é, para nós, a interpretação que permite salvaguarda um sentido útil de umas figuras em relação às outras, uma vez que as diferenças de regime são pouco significativas.

A terceira hipótese, igualmente enigmática, é a que contrapõe a reforma à alteração de actos administrativos inválidos. Ambos modificam, em parte, o conteúdo de outros actos. No entanto, julgamos que a diferença reside no facto de estar em causa, na reforma, a violação de um limite legal e, portanto, a violação de um aspecto vinculado na prática do acto reformado, enquanto que, na alteração, está em causa o exercício de uma actividade discricionária, cerceada, naturalmente, pelos princípios gerais da actividade administrativa. Neste sentido, tendo presente que, nos termos do n.º 4 do artigo 181.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas<sup>43</sup>, “a sanção de suspensão varia entre 20 e 90 dias por cada infracção, num máximo de 240 dias por ano”, imagine-se que é pra-

<sup>40</sup> Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria...*, Ob. cit., pp. 351-371. A propósito, em concreto, da alteração dos actos administrativos, Marcello Caetano parece ir no mesmo sentido que se defende em texto, porquanto: “se a hipótese não se enquadrar em qualquer das figuras da reforma ou da conversão, tem de entender-se que a parte alterada do acto é *nova*, quer tenha havido aditamento à primitiva declaração, quer substituição de algum aspecto do objecto”. Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., p. 531 e, também, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., p. 695; CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Implicações...”, Ob. cit., p. 28.

<sup>41</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., p. 417, nota 797.

<sup>42</sup> Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria...*, Ob. cit., p. 363.

<sup>43</sup> Aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, sucessivamente alterada.

ticado um acto administrativo que determina a aplicação, ao trabalho infractor, de uma sanção disciplinar de suspensão pelo período de 120 dias. Ora, sendo o limite máximo de 90 dias, o acto (anulável) deve ser objecto de reforma para fixação do período de suspensão naquele limite. Deste modo, a parte inválida do acto (período que excede os 90 dias de suspensão) é expurgada, conservando-se, por reforma, a parte válida daquele acto punitivo. Diferentemente, a redução do período de suspensão de 60 para 30 dias, por se considerar que a condenação em 60 dias de suspensão viola, no caso concreto, o princípio da proporcionalidade, configura uma alteração do acto punitivo, cujos efeitos são parcialmente alterados: mantém-se o sentido decisório (punição), mas diminui-se a extensão dos seus efeitos (de 60 para 30 dias), na sequência de uma nova pronúncia administrativa e tendo em conta que a determinação da medida da sanção corresponde ao exercício de uma actividade discricionária. Relembre-se ainda que, neste caso, não eram viáveis a ratificação (respeita a vícios de competência ou de forma), nem a reforma (respeita a aspectos vinculados do acto), nem a conversão (a configuração do acto punitivo em si não está em causa) e daí ter-se aberto a possibilidade de recorrer à alteração.

Apesar da fluidez entre elas, concluímos que a alteração e a substituição dos actos administrativos não partilham das principais notas caracterizadoras da ratificação, da reforma e da conversão, pois não são actos secundários, nem integrativos, nem apropriativos.

#### 3.2.4. *Revogação e anulação administrativas*

O confronto entre a revogação e a anulação administrativas e a alteração e a substituição dos actos administrativos é o momento em que, por regra, a doutrina aborda estas últimas. Trata-se, de facto, de uma distinção da maior relevância para a compreensão dos respectivos conceitos e regimes.

De acordo com o artigo 165.º do CPA, “a revogação é o acto administrativo que determina a cessação dos efeitos de outro acto, por razões de mérito, conveniência ou oportunidade” e “a anulação administrativa é o acto administrativo que determina a destruição dos efeitos de outro acto, com fundamento em invalidade”. A revogação e a anulação diferem, assim, quanto aos fundamentos (mérito, conveniência ou oportunidade *vs* invalidade), aos actos sobre que incidem (actos anuláveis *vs* actos válidos), ao fim (defesa da legalidade *vs* melhor prossecução do interesse público), aos condicionalismos (artigo 167.º do CPA *vs* artigo 168.º do CPA), à tempestividade (a revogação pode ocorrer a todo tempo, ressalvada a hipótese prevista na al. c) do n.º 2 e no n.º 4 do artigo 167.º do CPA *vs* a anulação administrativa está sempre sujeita a prazo, tal como

previsto no artigo 168.º do CPA), aos efeitos (efeitos *ex nunc* – artigo 171.º, n.º 1 do CPA – *vs* efeitos *ex tunc* – cfr. artigo 171.º, n.º 3 do CPA) e à competência do superior hierárquico (cfr. n.º 2 do artigo 169.º do CPA *vs* n.º 3 do artigo 169.º do CPA), mas partilham o regime da iniciativa (cfr. artigo 169.º, n.º 1 do CPA), das demais regras de competência (n.ºs 4 a 6 do artigo 169.º do CPA), da forma (cfr. artigo 170.º, n.ºs 1 e 2 do CPA) e das formalidades (cfr. artigo 170.º, n.º 3)<sup>44</sup>.

Posto isto, em que é que a revogação e a anulação administrativas se aproximam e se apartam da alteração e da substituição dos actos administrativos?

A doutrina costuma assinalar que a revogação e a anulação são actos administrativos secundários, ao passo que a alteração e a substituição corporizam actos administrativos primários. A isto acresce o facto de as primeiras envolverem a cessação ou a destruição dos efeitos do acto revogado ou anulado, prescindindo a entidade administrativa de conferir uma nova regulação ao caso concreto, ao passo que as segundas pressupõem a emissão de uma nova regulação jurídica do caso concreto que substitui ou altera um acto administrativo anterior, porque a entidade administrativa quer ou está obrigada a fazê-lo (isto é, a dar continuidade à regulação do caso concreto).<sup>45</sup>

Quanto aos factores de semelhança, diríamos que a alteração e a substituição de actos válidos e de actos inválidos partilham o mesmo fundamento, respectivamente, da revogação e da anulação administrativas. Por outro lado – e este é o ponto mais controverso – “o certo é que quer a *alteração* quer a *substituição* dos actos administrativos se aproximam bastante, em termos práticos, da revogação [e da anulação, acrescentamos nós], posto que qualquer delas também determina a extinção (total ou parcial) dos efeitos produzidos por um ato administrativo anterior”<sup>46</sup>. Ou seja, os efeitos provocados pela substituição ou pela alteração sobre os actos substituídos ou alterados parecem assemelhar-se àqueles que resultam da revogação ou da anulação sobre os actos revogados ou anulados, consoante o fundamento que os determina. No entanto, tal correspondência não se poderá aceitar sem mais, tendo em conta que a redacção do n.º 1 do artigo 173.º do CPA remete o regime da alteração e da substituição

<sup>44</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 363-380 e 384-404; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria...*, Ob. cit., pp. 321-351; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, Ob. cit., pp. 233-242.

<sup>45</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., p. 531; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 381-382 e 408; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., p. 669; PEDRO GONÇALVES, “Revogação...”, Ob. cit., pp. 305-307; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*, Ob. cit., pp. 104, 199 e 209-210.

<sup>46</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., p. 382.

dos actos administrativos para as normas reguladoras da revogação, não distinguindo a alteração/substituição de actos válidos da alteração/substituição de actos inválidos. Regressaremos a este ponto mais à frente.

Importa ainda referir que a suposta comunhão de efeitos entre a revogação e a anulação administrativas e a alteração e a substituição dos actos administrativos deu origem à distinção doutrinal entre a “revogação/anulação explícita” e a “revogação/anulação implícita” ou, neste último caso, “revogação/anulação por substituição” ou “revogação/anulação por alteração”. Veremos, já de seguida, em que consistem.

#### **4. A substituição de actos administrativos e a sua relação com os institutos da anulação e da revogação administrativas: hipóteses de trabalho**

##### **4.1. Preliminares**

Antes de passarmos à análise do artigo 173.º e como pressuposto da sua melhor compreensão, vamos debruçar-nos um pouco mais sobre a relação entre a anulação e a revogação administrativas e a alteração e a substituição dos actos administrativos. Para o efeito, formulámos três hipóteses de trabalho que, no nosso entendimento, resumem e sistematizam essa relação, o que será determinante para fixar o regime jurídico aplicável e, sobretudo, para demarcar o campo de acção de umas frentes às outras.

##### **4.2. Hipótese A – revogação e anulação “extintivas”**

A primeira hipótese é aquela que levanta menos dúvidas, mas que não pode deixar de ser referida por motivos didáticos.

Com efeito, através da revogação e da anulação, ditas extintivas, a Administração Pública limita-se a fazer cessar ou a destruir, respectivamente, os efeitos jurídicos de um acto administrativo anterior. Os casos concretos ficam, portanto, desprovidos de uma disciplina jurídica, seja somente para o futuro (como acontece, via de regra, com a revogação), seja inclusive desde o momento da prática do acto anulado (como sucede, em princípio, com a anulação administrativa). Por conseguinte, a revogação e a anulação “extintivas”<sup>47</sup> corporizam

<sup>47</sup> “Revogação extintiva” é utilizada, por exemplo, por MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Volume I, *Artigos 1.º a 96.º*, e



actos administrativos secundários que determinam a pura extinção dos efeitos jurídicos de um acto administrativo anterior (o acto revogado e o acto anulado).

Nestes casos, a Administração Pública prescinde de dotar aquela situação da vida de uma concreta e nova disciplina jurídica, pelo que ao acto de revogação ou de anulação não se segue a prática de qualquer outro acto administrativo que tenha por objecto a mesma situação concreta.<sup>48</sup> Assim sendo, há apenas a registar a prática de dois actos administrativos: (i) o acto primário e (ii) o acto secundário de revogação ou de anulação daquele.

Estas são, portanto, as “formas puras” da revogação e da anulação administrativas, às quais se aplica o regime previsto nos artigos 165.º a 172.º do CPA.

#### **4.3. Hipótese B – revogação e anulação “explícitas” acompanhadas de nova regulação do caso concreto**

Na presente hipótese, o órgão administrativo competente procede à revogação ou anulação de um determinado acto administrativo, fazendo acompanhar tal decisão, em simultâneo ou em momento posterior, de uma nova disciplina para o caso concreto. Destarte, assiste-se, aqui, à sucessão de três actos administrativos: (i) o acto primário, (ii) o acto secundário de revogação ou de anulação daquele e (iii) o novo acto primário que confere regulação ao caso concreto, colmatando, assim, o vazio jurídico gerado pela revogação ou pela anulação.<sup>49</sup>

Diferentemente do que acontece na Hipótese A, o caso concreto reclama um determinado tratamento por parte da Administração Pública, pelo que a entidade competente não prescinde de lhe conferir uma regulação. Para o efeito, emite uma decisão expressa que conduz à extinção da disciplina jurídica, reputada de inconveniente ou de inválida, e, paralelamente, pratica um acto administrativo que contém uma regulação jurídica sucedânea à que resultava

*Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Anotados*, Reimpressão da Edição de Novembro/2004, Almedina, 2006, p. 408. Sobre os termos da querela entre a natureza negativa/destrutiva e a natureza positiva/construtiva da revogação e da anulação administrativas, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 407-409.

<sup>48</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 381-382; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., p. 695.

<sup>49</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., p. 408; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., p. 695; PEDRO GONÇALVES, “Revogação...”, Ob. cit., p. 305; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito...*, Ob. cit., p. 614; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A revogação...*, Ob. cit., pp. 36-37; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código...*, Ob. cit., p. 406.

do acto revogado (atendendo à eficácia *ex nunc* da revogação, o novo acto administrativo sucede ao acto revogado) ou uma nova ou “renovada” disciplina jurídica, no caso da anulação administrativa (dada a eficácia *ex tunc* da anulação, o novo acto administrativo reportará os seus efeitos ao momento da prática do acto anulado). Nesta hipótese, a Administração Pública manifesta expressamente duas vontades: por um lado, a vontade de revogar ou de anular e, por outro, a vontade de disciplinar o caso concreto.

Não obstante tratar-se da manifestação de uma vontade expressa, é usual a doutrina referir-se a estes casos como hipóteses de revogação ou anulação “explícitas”<sup>50</sup>, por contraposição às hipóteses a seguir referidas de revogação ou anulação “implícitas”. Alguma doutrina serve-se ainda de expressões como “revogação por substituição”<sup>51</sup>, “revogação por modificação”<sup>52</sup> e “revogação anulatória por substituição”<sup>53</sup> para catalogar a presente hipótese. Contudo, entendemos, que tais expressões não são adequadas a esta hipótese, mas sim à hipótese seguinte. Dado o carácter expresso da revogação e da anulação, estas ocorrem por força da prática de um acto administrativo, que não deixa margem para dúvidas quanto à pretensão administrativa de fazer cessar ou destruir os efeitos de um acto administrativo anterior. Por conseguinte, a revogação ou a anulação não decorrem da alteração ou da substituição da disciplina jurídica do caso concreto, mas decorrem da prática de um acto expresso de revogação ou de anulação.

Relativamente ao regime jurídico aplicável, os actos de revogação e de anulação, enquadráveis nesta hipótese, obedecem igualmente ao preceituado nos artigos 165.º a 172.º do CPA<sup>54</sup>. O seu carácter expresso assim o impõe. Quanto ao acto que, versando sobre o mesmo caso concreto, acompanha ou sucede à revogação ou à anulação, está naturalmente sujeito às regras gerais dos actos administrativos.

<sup>50</sup> Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito...*, Ob. cit., p. 615; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A revogação...*, Ob. cit., p. 36.

<sup>51</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Revogação...”, Ob. cit., pp. 305 e 306; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª edição, Almedina, 2017, p. 450; CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Implicações...”, Ob. cit., p. 24.

<sup>52</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Revogação...”, Ob. cit., pp. 305 e 306.

<sup>53</sup> Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código...*, Ob. cit., p. 406.

<sup>54</sup> Em sentido diverso e tal como já se fez referência *supra*, Diogo Freitas do Amaral parece remeter estes casos, isto é, a anulação e a revogação, acompanhadas ou seguidas de uma nova decisão sobre o mesmo caso concreto, respectivamente, para os artigos 172.º, n.ºs 1 e 2 e 173.º do CPA. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., p. 408.

#### 4.4. **Hipótese C – alteração e substituição dos actos administrativos (vulgo, “revogação ou anulação implícitas” ou “revogação ou anulação por substituição/alteração”)**

A terceira e última hipótese recentra este estudo no seu objecto principal. Agora, estão em causa aquelas situações em que a Administração Pública emite um acto administrativo cujo conteúdo (ou objecto) é, no todo ou em parte, incompatível com o de um acto anterior. Nesta hipótese, são praticados dois actos administrativos primários, que versam sobre a mesma situação concreta e, nessa medida, o segundo acto primário altera ou substitui o primeiro acto primário sem, contudo, lhe fazer referência. O segundo acto primário corresponde, à luz do que vem sendo referido, ao acto de alteração ou de substituição.

Embora partilhe com a hipótese anterior o facto de a Administração não prescindir de regular o caso concreto, alterando, substituindo ou renovando a sua pronúncia inicial, desta feita a expressão de vontade, por parte do órgão competente, não é tão clara como a que resulta da Hipótese B, isto porque o destino a dar aos efeitos jurídicos do acto que se altera ou substitui não é alvo de uma decisão expressa.

Assim sendo, a doutrina tem entendido que a prática, sem mais, de um acto de alteração ou de substituição de outro acto administrativo primário acarreta uma “revogação ou anulação implícita”<sup>55</sup> daquele acto<sup>56</sup>. Conforme explica José Robin de Andrade, trata-se de “um acto administrativo que, não declarando expressamente suprimir os efeitos de acto anterior, produ[z] todavia consequências jurídicas que, sendo incompatíveis com os efeitos produzidos pelo acto anterior, lev[am] à eliminação destes”<sup>57</sup>. Como tal, “desde que os efeitos jurídicos do segundo e do primeiro acto se choquem impõe-se a figura da revogação, dado que os dois actos não podem vigorar simultaneamente no mundo jurídico”<sup>58</sup>. Aqui, parecem fazer mais sentido as expressões de “anula-

<sup>55</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., p. 531; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito...*, Ob. cit., p. 615; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A revogação...*, Ob. cit., pp. 36-40.

<sup>56</sup> Porém, no caso «de o acto novo ter sido praticado na ignorância (procedimental e decisória) de já haver sido praticado acto administrativo anterior tendo por “objecto” a mesma situação concreta, a solução afirmada deve ser confrontada com outros interesses, podendo, inclusive, verificar-se não haver revogação tácita e tratar-se, antes, de um erro de facto nos pressupostos do segundo acto (de se julgar virgem de definição administrativa uma determinada situação jurídico-administrativa que, afinal, já fora objecto de decisão)». Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., p. 689.

<sup>57</sup> Cfr. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A revogação...*, Ob. cit., p. 37.

<sup>58</sup> Cfr. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A revogação...*, Ob. cit., pp. 39-40.

ção/revogação por alteração/substituição”<sup>59</sup>, uma vez que os supostos efeitos anulatórios ou revogatórios não decorrem de um acto expresso de anulação ou de revogação, mas terão que ser extraídos do próprio acto de alteração ou de substituição. Os actos renovatórios não se encaixam tão bem aqui, porque os seus efeitos não são incompatíveis, mas sim idênticos aos de um acto anterior. Ainda assim, não será demasiado forçado considerá-los uma “anulação por substituição”.

É, pois, relativamente a esta hipótese que as dúvidas se avolumam: com a emissão do acto de alteração ou de substituição, os efeitos produzidos pelo acto alterado ou substituído cessam apenas para o futuro? O acto de alteração ou de substituição possui eficácia *ex nunc* ou *ex tunc*? Tal eficácia depende do seu fundamento (inconveniência ou invalidade do acto alterado ou substituído)? A que requisitos de tempestividade, competência e forma deve obedecer o acto de alteração ou de substituição?

Ora, o artigo 173.º do CPA servirá, em princípio, para esclarecer as questões formuladas, pelo que se impõe a exegese do mesmo.

## 5. O regime substantivo da alteração e da substituição dos actos administrativos: excuro pelo artigo 173.º do CPA

### 5.1. Âmbito de aplicação

Conforme resulta da sua epígrafe – “Alteração e substituição dos actos administrativos” – o artigo 173.º do CPA disciplina as figuras da alteração e da substituição dos actos administrativos, no sentido, cremos nós, acima delimitado (cfr. pontos 3.1.1. e 3.1.2.). O artigo 173.º do CPA versa, assim, sobre a Hipótese C, que pressupõe a sucessão de dois actos administrativos primários e em relação à qual a doutrina entende que o segundo acto comporta uma revogação ou uma anulação implícita do primeiro. Diferentemente, as Hipóteses A e B, ao envolverem um acto administrativo expresso de revogação ou de anulação, ficam sujeitas, quanto a estes actos, ao respectivo regime previsto nos artigos 165.º a 172.º do CPA.

Todavia, no que toca ao âmbito de aplicação do artigo 173.º do CPA, é necessário distinguir o seu n.º 1 dos seus n.ºs 2 e 3. Se o n.º 1 diz respeito, em geral, aos actos de alteração e de substituição, os n.ºs 2 e 3 têm um âmbito de aplicação mais restrito, confinando-se à substituição de um acto anulável por

<sup>59</sup> Cfr., neste sentido, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A «revisão»...”, Ob. cit., p. 185.

um acto válido com o mesmo conteúdo, isto é, aos actos renovatórios. Por este motivo, passamos à análise do n.º 1 e, posteriormente, dos n.ºs 2 e 3.

## **5.2. *A remissão do n.º 1 para o regime da revogação e as suas incongruências: proposta de interpretação correctiva***

O n.º 1 do artigo 173.º do CPA consagra o regime geral da alteração e da substituição dos actos administrativos, onde se incluem, de forma indiferenciada, a alteração e a substituição de actos válidos e de actos inválidos. Reza assim o preceito: “salvo disposição especial, são aplicáveis à alteração e substituição dos actos administrativos as normas reguladoras da revogação”. Por conseguinte, a literalidade da norma remete o regime da alteração e da substituição dos actos administrativos para os artigos 167.º, 169.º, n.ºs 1, 2, 4, 5 e 6, 170.º e 171.º, n.ºs 1 e 2 do CPA.

Ora, se tal remissão não se estranha quando estejam em causa alterações ou substituições motivadas por razões de mérito – em relação às quais a proximidade à figura da revogação justifica e explica a identidade de regimes –, o mesmo já não se passará com as alterações ou substituições de actos inválidos.

Com efeito, admitir-se a aplicação das “normas reguladoras da revogação” determina, por exemplo, que a substituição de um acto inválido seja permitida, via de regra, sem dependência de prazo, comprometendo os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança. Por outro lado, inviabiliza-se a substituição de um acto inválido constitutivo de direitos por um acto válido com um conteúdo oposto àquele, uma vez que as “normas reguladoras da revogação” somente em casos contados permitem a cessação dos efeitos de actos constitutivos de direitos (cfr. n.ºs 2 a 6 do artigo 167.º do CPA). Por outro lado ainda, a eficácia *ex nunc* do acto de substituição (com conteúdo divergente face ao acto substituído) levaria à consolidação, na ordem jurídica, dos efeitos pretéritos decorrentes de um acto administrativo inválido, em prejuízo da posição da Administração e, sobretudo, do princípio da legalidade.

Acresce que a possibilidade de proceder à anulação expressa do acto inválido, seguida de uma nova regulação do caso concreto (tal como sucede na Hipótese B acima referida), pode levar a Administração Pública a optar entre as Hipóteses B e C consoante aquela que, no caso concreto, lhe parecer mais favorável. Ou seja, perante um acto inválido a Administração poderia optar pelo regime da anulação, anulando expressamente o acto, ou pelo regime da revogação, substituindo o acto sem mais. A nosso ver, tal situação representa uma fraude aos princípios que presidem à diferenciação dos regimes da revogação e da anulação administrativas.

Acontece que também o particular pode sair beneficiado pela aplicação literal do n.º 1 do artigo 173.º do CPA. Veja-se, a título de exemplo, o caso do deferimento tácito do pedido de apoio judiciário seguido da prática de um acto de indeferimento expresso da pretensão do particular. Por norma, o acto de indeferimento expresso não faz referência ao facto de estar a ser proferido num momento em que já havia ocorrido a formação do deferimento tácito, nem tão-pouco determina a anulação daquele por não estarem reunidos os pressupostos legais de que depende a atribuição daquele benefício. Assim sendo, estamos perante um caso típico de substituição, mais precisamente de um acto administrativo, praticado no âmbito de um procedimento de iniciativa do particular, através do qual é emitida, por razões de legalidade, uma nova pronúncia sobre um determinado caso concreto, passando a discipliná-lo em sentido divergente face a um acto administrativo anterior. Caindo esta hipótese no n.º 1 do artigo 173.º do CPA e tendo presente que o acto substituído é um acto constitutivo de direitos, seria forçoso concluir pela invalidade do acto de substituição (indeferimento expresso), uma vez que não se verifica nenhuma das situações que, nos termos das “normas reguladoras da revogação” (cfr. n.ºs 2 e 3 do artigo 167.º do CPA), permitiria essa substituição. Por conseguinte, a Administração Pública ficaria, nestas circunstâncias, impedida de reintegrar a legalidade violada. Já se optasse por se debruçar sobre o acto de deferimento tácito, poderia proceder à sua anulação, desde que o fizesse no prazo de um ano a contar da data da respectiva emissão (cfr. artigo 168.º, n.º 2 do CPA), proferindo, em simultâneo, um acto de indeferimento expresso (Hipótese B). Ora, numa situação como a descrita, o Tribunal Central Administrativo do Sul, no seu acórdão de 05.07.2017 (Processo n.º 10240/13.7BCLSB-A), abstraindo-se de qualificar o caso como uma “anulação por substituição” (e, portanto, abstraindo-se do disposto no n.º 1 do artigo 173.º do CPA), considerou, ainda assim, tratar-se de uma “anulação administrativa implícita” e fez-lhe aplicar as regras da anulação (“explícita”).

Neste particular, é de relevar que o artigo 147.º do CPA/91 continha um preceito idêntico ao n.º 1 do artigo 173.º do CPA de 2015, mas numa altura em que a “revogação dos actos administrativos” era uma figura híbrida que contemplava a revogação de actos válidos e a revogação de actos inválidos. Ter-se-á o legislador esquecido de proceder à actualização da nomenclatura?

Vejamos o que diz a doutrina sobre o assunto. Evitando as incongruências assinaladas, Diogo Freitas do Amaral parece reservar o n.º 1 do artigo 173.º para as hipóteses de “revogação por alteração/substituição”, deixando, assim, de fora do seu alcance as de “anulação por substituição”. Segundo o Autor, o legislador acautelou expressamente as hipóteses de “revogação por alteração/substituição” para evitar situações de “*fraude à lei*”, isto é, para evitar que fos-

sem “utilizadas pelo órgão administrativo como meio de tornear as regras da revogação e, nomeadamente, as regras que conferem especial protecção aos atos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos”<sup>60</sup>.

Isto posto, o que dizer do n.º 1 do artigo 173.º do CPA? Dadas as incongruências geradas pela remissão *in totum* para o regime da revogação, incluindo quando esteja em causa uma alteração ou substituição motivada por razões de legalidade, parece-nos que se impõe uma interpretação correctiva no sentido de a remissão em causa abranger, quer as normas reguladoras da revogação, quer as normas reguladoras da anulação, consoante o acto alterado ou substituído seja válido ou inválido. Cremos ser esta a única forma de evitar situações de “fraude à lei”, independentemente de elas beneficiarem mais ou menos a Administração ou mais ou menos o particular. Esta solução parece-nos ser confirmada pelo sentido dos restantes números do artigo 173.º, que se passam a analisar.

### 5.3. Os n.ºs 2 e 3: efeitos dos actos renovatórios

O n.º 2 do artigo 173.º do CPA diz respeito apenas aos actos renovatórios, isto é, aos casos de substituição de um acto administrativo anulável por um acto válido com o mesmo conteúdo. O acto de substituição contém, assim, uma nova pronúncia administrativa com o mesmo conteúdo do acto substituído, mas expurgada dos vícios que inquinavam este último. Com efeito, prescreve a norma citada que, “ainda que na pendência de processo jurisdicional”, o acto renovatório “sana os efeitos por ele produzidos, assim como os respectivos actos consequentes”. Sobre o assunto, importa fazer quatro considerações.

Em primeiro lugar, relembra-se que a prática de actos renovatórios constitui um sucedâneo do mecanismo da convalidação dos actos administrativos inválidos, pelo que o recurso à substituição de actos inválidos (somente anuláveis, aqui) por actos válidos com o mesmo conteúdo depende de não estarem reunidos os requisitos próprios da ratificação, da reforma ou da conversão. Estas e os actos renovatórios não são mecanismos alternativos entre si: as formas de convalidação, na medida em que concretizam o princípio do aproveitamento dos actos, gozam de prioridade face às renovações.

Em segundo lugar, a situação em estudo subsume-se ao quadro da Hipótese C, porquanto se for anulado o acto inválido e acompanhada essa anulação, no mesmo momento ou em momento posterior, da emissão de um novo acto sobre o mesmo caso concreto (Hipótese B), não se aplica o n.º 2 do artigo 173.º

<sup>60</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., p. 382.

do CPA. A anulação expressa dá lugar à destruição retroactiva dos efeitos do acto anulado, pelo que tudo se passará como se este nunca tivesse sido praticado (cfr. artigos 165.º, n.º 2 e 171.º, n.º 3, 1.ª parte do CPA). As demais consequências dessa anulação resultam do artigo 172.º e não do n.º 2 do artigo 173.º.

Em terceiro lugar, os actos renovatórios, tal como resulta do n.º 2 do artigo 173.º do CPA, corporizam “renovações sanatórias”<sup>61</sup>, visto que, por si só, legitimam (convalidam) os efeitos produzidos pelo acto renovado, desde o momento da sua prática até ao momento da prática do acto renovatório, bem como os efeitos dos respectivos actos consequentes que tenham sido praticados naquele período. Nas palavras de Mário Aroso de Almeida, pretende-se, através do preceito em análise, “conferir fundamento válido às situações que, ao abrigo” do acto substituído (acto anulável), “se constituíram de forma inválida”<sup>62</sup>.

Em quarto lugar, os actos renovatórios possuem, como se vê, efeito retroactivo<sup>63</sup>. No entanto, a sua eficácia retroactiva não é uma eficácia destrutiva – como sucede com a anulação – mas antes uma eficácia sanadora ou convalidatória: enquanto que os actos de anulação destroem os efeitos que se produziram desde a prática dos actos anulados, os actos renovatórios “salvam” os efeitos que se produziram durante o período de tempo que precedeu a substituição. Tal como havíamos afirmado *supra*, esta construção tem como propósito evitar situações de fraude à lei e parece ter sucesso. Na realidade, é mais ou menos indiferente que a Administração proceda à renovação de um acto anulável, convalidando os efeitos entretanto produzidos por este, bem como pelos respectivos actos consequentes (cfr. n.º 2 do artigo 173.º do CPA), ou que proceda à anulação de um acto, com efeitos destrutivos para o passado, seguido da prática de um novo acto que será dotado de eficácia retroactiva (cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 172.º do CPA). Os efeitos práticos são os mesmos, pese embora a via da anulação se apresente como uma solução de *ultima ratio* frente à da renovação.

Passando, agora, ao n.º 3 do artigo 173.º do CPA, este apresenta um âmbito de aplicação ainda mais restrito do que o n.º 2. Reportando-se igualmente a actos renovatórios, n.º 3 regula as situações em que “o acto substituído tiver

<sup>61</sup> Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria...*, Ob. cit., p. 368; MARCO CALDEIRA, «A figura...», Ob. cit., p. 675.

<sup>62</sup> Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria...*, Ob. cit., p. 368.

<sup>63</sup> A este propósito, Carlos Alberto Fernandes Cadilha, reconhecendo efeitos retroactivos ao acto renovatório, assinala que o n.º 2 do artigo 173.º do CPA afasta o regime geral da revogação, que seria aplicável por força da remissão prevista no n.º 1 e que pressupõe a mera eficácia *ex nunc* (cfr. artigo 171.º, n.º 1). Cfr. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Implicações...”, Ob. cit., p. 28.



tido por objeto a imposição de deveres, encargos, ónus ou sujeições, a aplicação de sanções ou a restrição de direitos ou interesses legalmente protegidos”. Nestes casos, “a renovação não prejudica a possibilidade da anulação dos efeitos lesivos produzidos durante o período de tempo que precedeu a substituição do acto”<sup>64</sup>.

O n.º 3 estabelece, portanto, uma excepção aos efeitos convalidatórios do acto renovatório, previstos no n.º 2, para – e apenas para – os casos em que o acto substituído é um acto desfavorável ao particular. O particular conserva, assim, a possibilidade de requerer a anulação dos efeitos lesivos decorrentes da prática de um acto inválido.

Note-se, porém, que sendo o acto em causa um acto desfavorável que é renovado por um (novo) acto com o mesmo conteúdo e, portanto, igualmente desfavorável, todos os efeitos pretéritos são efeitos pretensamente lesivos da posição jurídica do particular. Por conseguinte, os efeitos lesivos a que se reporta o n.º 3 do artigo 173.º do CPA não são aqueles que decorrem dos efeitos substantivos do acto administrativo desfavorável, mas da ilegalidade em si mesma. O particular tem que ser, pois, “titular de um interesse específico, dirigido à destruição desses efeitos, por não lhe ser indiferente a data a partir da qual se considera constituída a situação gerada por aquele ato”<sup>65</sup>.

## **6. Breve alusão ao regime processual da alteração e da substituição dos actos administrativos à luz dos n.ºs 3 e 6 do artigo 64.º do CPTA**

Para além do regime substantivo, previsto no artigo 173.º do CPA, a alteração e a substituição dos actos administrativos contam também com um regime processual próprio. Mais uma vez, as figuras aparecem misturadas com as da revogação e da anulação administrativas. E, mais uma vez, as Hipóteses B e C têm que ser devidamente destrinçadas.

<sup>64</sup> No âmbito da ratificação, reforma e conversão, o CPA prevê uma norma paralela no n.º 5 do artigo 164.º. Nesta última, a possibilidade de anulação dos efeitos lesivos produzidos durante o período de tempo que precedeu a convalidação do acto depende de tais efeitos lesivos ocorrerem “na pendência de processo impugnatório”. Diversamente, no n.º 3 do artigo 173.º, admite-se a anulação dos efeitos lesivos produzidos durante o período de tempo que precedeu a substituição do acto “ainda que na pendência de processo jurisdicional” (n.º 2 *ex vi* n.º 3, 1.ª parte, ambos do artigo 173.º do CPA) e, portanto, esteja ou não pendente um processo jurisdicional.

<sup>65</sup> Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria...*, Ob. cit., pp. 365-366.

Note-se, desde já, que, na ausência de um processo jurisdicional intentado contra o acto alterado ou substituído (primeiro acto primário que versou sobre um determinado caso concreto), os actos de alteração ou de substituição são, como vimos, actos administrativos (primários) impugnáveis autonomamente, nos termos gerais.

Caso esteja pendente um processo administrativo intentado contra o acto alterado ou substituído e, na pendência desse processo, a Administração Pública venha a praticar o acto de alteração ou de substituição, o regime processual a ter em linha de conta é o que resulta do artigo 64.º do CPTA, mais precisamente dos seus n.ºs 3 e 6<sup>66</sup>.

Ora, dispõe o n.º 1 do artigo 64.º do CPTA que “quando, na pendência do processo, o acto impugnado seja objeto de anulação administrativa acompanhada ou sucedida de nova regulação, pode o autor requerer que o processo prossiga contra o novo acto com fundamento na reincidência nas mesmas ilegalidades, sendo aproveitada a prova produzida e dispondo o autor da faculdade de oferecer novos meios de prova” e o n.º 3 daquele artigo preceitua que “o disposto no n.º 1 é aplicável a todos os casos em que o acto impugnado seja, total ou parcialmente, alterado ou substituído por outro com os mesmos efeitos, e ainda no caso de o acto anulatório já ter sido praticado no momento em que o processo foi intentado, sem que o autor disso tivesse ou devesse ter conhecimento”.

Como está bom de ver, o n.º 1 diz respeito à Hipótese B, na medida em que pressupõe a prática de um acto de anulação expresso<sup>67</sup>, ao passo que o n.º 3 diz respeito à Hipótese C e, portanto, ao objecto do nosso estudo. Todavia, a expressão do legislador – “acto, total ou parcialmente, alterado ou substituído” – não é feliz: o que deve entender-se por “acto totalmente alterado”? Um acto substituído? E por “acto parcialmente substituído”? Um acto alterado? Com vimos, a substituição de um acto administrativo consiste numa nova pronúncia de conteúdo divergente face ao acto substituído ou até de conteúdo idêntico, no pressuposto de que a substituição não reincida nas ilegalidades perpetradas pelo acto substituído. Por outro lado, é difícil conceber um acto de alteração que produza os mesmos efeitos do acto alterado, uma vez que a alteração se define, precisamente, pela derrogação parcial dos efeitos do acto alterado.

<sup>66</sup> Sobre o assunto, cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, Ob. cit., pp. 443-447; CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Implicações...”, Ob. cit., pp. 24, 27-29; ANA CELESTE CARVALHO, “Repercussões...”, Ob. cit., pp. 231-235.

<sup>67</sup> A mesma hipótese está pressuposta no n.º 4 do artigo 64.º do CPTA, bem como no n.º 3 do artigo 65.º do CPA (este último relativo à revogação expressa de um acto acompanhada de nova regulação da situação).

Logo, o acto de alteração só em parte produz efeitos coincidentes com os do acto alterado.

Regressando à análise do regime processual, convém realçar que o n.º 3 do artigo 64.º do CPTA diz respeito aos actos de substituição com os mesmos efeitos dos actos substituídos e, portanto, aos actos renovatórios. Isto porque, relativamente aos actos de substituição com conteúdo e efeitos divergentes face aos actos substituídos, a impugnação das substituições ocorrerá nos termos gerais, partindo do pressuposto que o acto substituído era favorável ao particular, mas o acto de substituição não e daí a impugnabilidade do mesmo. Para além dos actos renovatórios, o n.º 3 aplica-se também às alterações dos actos administrativos. Ora, caso uns ou outros venham a ser praticados na pendência de um processo de impugnação dos actos alterados ou substituídos, o autor pode requerer que o processo prossiga contra os novos actos (alteração ou renovação) com fundamento na reincidência nas mesmas ilegalidades. Se pretender imputar aos actos de alteração ou de substituição ilegalidades diferentes daquelas que foram imputadas aos actos alterados ou substituídos, o particular terá que lançar mão de uma nova acção administrativa<sup>68</sup>, com vista a impugnar o acto de alteração ou de substituição. Na primeira situação, o Autor deve requerer que o processo prossiga contra o novo acto de alteração ou de substituição no prazo de impugnação desse acto (que será, via de regra, de três meses – cfr. al. b) do n.º 1 do artigo 58.º do CPTA) e antes do trânsito em julgado da decisão que julgue extinta a instância (cfr. n.º 2 do artigo 64.º do CPTA). Na segunda situação, o prazo para dar entrada da nova acção administrativa obedece aos termos dos artigos 58.º e seguintes do CPTA.

Por último, o n.º 6 do artigo 64.º do CPTA consagra o regime processual paralelo ao regime substantivo previsto no n.º 3 do artigo 173.º do CPA (e do n.º 5 do artigo 164.º do CPA). Neste sentido, “quando, na pendência de processo de impugnação de acto que tenha determinado a imposição de deveres, encargos, ónus ou sujeições, a aplicação de sanções ou a restrição de direitos ou interesses legalmente protegidos, for proferido acto com o alcance de sanar os efeitos do acto impugnado, o autor pode requerer a anulação dos efeitos lesivos produzidos por aquele acto durante o período de tempo que precedeu a respetiva sanção”. Valem aqui as considerações tecidas *supra* a propósito do n.º 3 do artigo 173.º do CPA. Relativamente ao prazo, parece ser de aplicar o disposto no n.º 2 do artigo 64.º do CPTA, devendo o autor requerer que a acção prossiga com vista à anulação dos aludidos efeitos lesivos, no prazo de impugnação do acto renovatório e antes do trânsito em julgado da decisão que

<sup>68</sup> Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, Ob. cit., pp. 441-442.

julgue extinta a instância. Isto se, no fundo, o autor se conformar com o sentido decisório do acto renovatório (que coincide com o do acto renovado). Caso contrário, poderá servir-se do expediente do n.º 3 do artigo 64.º do CPTA ou de uma nova acção administrativa, consoante o acto renovatório reincida ou não nas mesmas ilegalidades do acto renovado.

## 7. Conclusão e considerações finais

A alteração e a substituição dos actos administrativos têm sido um pouco esquecidas, mas ganharam um novo fôlego com as inovações introduzidas pelo artigo 173.º do CPA. Tal esquecimento, deve-se, julgamos nós, às dificuldades de clarificação dos respectivos conceitos e, conseqüentemente, às dúvidas relacionadas com o âmbito de aplicação das figuras e com as valências do seu regime no cotejo com as formas de convalidação dos actos administrativos e com os institutos da revogação e da anulação administrativas. Todas elas encontram fundamento legal, não sendo, por isso, categorias meramente doutrinárias. Com o presente artigo, procurou-se dar um contributo singelo para depurar os conceitos e estabelecer as linhas de fronteira entre umas figuras e outras.

O conceito de substituição é o mais problemático, pois é difícil extrair dos ensinamentos da doutrina uma noção completa, isto é, que dê resposta às múltiplas facetas que, hoje, à luz do artigo 173.º do CPA, a substituição apresenta. Com efeito, entende-se, de forma sucinta, que a substituição consubstancia um acto administrativo que contém uma nova pronúncia sobre um determinado caso concreto, disciplinando-o em sentido divergente face a um acto administrativo anterior ou mantendo o conteúdo desse acto anterior, mas sem reincidir nas ilegalidades que o viciavam. Por conseguinte, a substituição pode ser motivada tanto por razões de oportunidade, como por razões de legalidade, e pode traduzir-se num acto com conteúdo e efeitos divergentes ou coincidentes com os de um acto administrativo anterior que versava sobre a mesma situação concreta. Ora, a inclusão dos actos renovatórios no conceito de substituição é uma originalidade que resulta dos n.ºs 2 e 3 do artigo 173.º do CPA e que, até então, não era considerada pela doutrina.

Por sua vez, o conceito de alteração tem-se apresentado mais estável, sendo relativamente unânime que a alteração corporiza um acto administrativo através do qual se procede à modificação parcial do conteúdo ou do objecto de um acto administrativo anterior, dando, assim, lugar a uma derrogação parcial dos efeitos do acto alterado, determinada por motivos de inconveniência ou de invalidade.

No que respeita aos actos inválidos, reitera-se que a alteração e a substituição dos actos administrativos consubstanciam figuras sucedâneas, que devem ser preteridas sempre que se viabilize o aproveitamento do acto por via do recurso a alguma das formas de convalidação dos actos. Destarte, a ratificação, a reforma e a conversão devem ser empregues sempre que possível, deixando a alteração e a substituição (e, bem assim, a anulação) para as situações irremediáveis, isto é, para as situações em que a reintegração da legalidade depende de um novo procedimento e de um novo acto administrativo (alteração e substituição) ou, em última análise, da destruição dos efeitos do acto viciado (anulação). Nestes termos, há que dar espaço, na prática administrativa, à aplicação de cada um dos institutos nos seus respetivos âmbitos, evitando sobreposições e procedimentos supérfluos.

Já a relação entre a alteração e a substituição dos actos administrativos e as figuras da revogação e da anulação administrativas é mais complexa, dada a fluidez e a mistura entre umas e outras. A destriça primordial assenta na qualificação jurídica dos actos em estudo, se primários, se secundários. Com efeito, ao versar sobre uma situação da vida sobre a qual já incidiu um acto administrativo, é inegável a presença – na alteração e na substituição dos actos administrativos – de uma dimensão revisiva, particularmente relevante quando o *acto substituto* ou *de alteração* é praticado na sequência de uma impugnação administrativa. No entanto e reiterando a dúvida, considerá-las actos secundários deitaria por terra a autonomização (legal e doutrinária) das figuras e a *ratio* do seu regime. Regime esse que assenta, precisamente, no carácter primário destes actos. Apesar disso, a dúvida não está, para nós, totalmente ultrapassada.

Do ponto de vista prático, o legislador criou uma ligação umbilical entre a alteração e a substituição dos actos administrativos e a revogação e a anulação administrativas ao remeter, no n.º 1 do artigo 173.º do CPA, o regime daquelas para o regime destas últimas. A literalidade do preceito confia às “normas reguladoras da revogação” quer a alteração e a substituição de actos válidos, quer a alteração e a substituição de actos inválidos. Contudo, as incongruências geradas pelo cruzamos do regime da revogação com as hipóteses de alteração ou substituição de actos inválidos, leva-nos a ponderar e a defender uma interpretação correctiva do n.º 1 do artigo 173.º do CPA, no sentido de a remissão em causa abranger, quer as normas reguladoras da revogação, quer as normas reguladoras da anulação, consoante o acto alterado ou substituído seja válido ou inválido.

Por outro lado, o regime previsto no artigo 173.º do CPA só faz sentido para as verdadeiras situações de “revogação/anulação por alteração/substituição” (Hipótese C) em que a nova pronúncia administrativa sucede a uma pronúncia administrativa anterior, sem mediação da prática de um acto expresso

de revogação ou de anulação. Para estes casos (Hipótese B), em que a prática de dois actos primários é intercalada pela prática de um acto de anulação ou de revogação, servem as normas que disciplinam a revogação e a anulação administrativas e não o artigo 173.º do CPA.

Isto posto e dado o carácter implícito da vontade administrativa de fazer cessar ou destruir os efeitos de um acto administrativo anterior, nas hipóteses de “revogação/anulação por alteração/substituição”, o regime do artigo 173.º do CPA tem como móbil evitar que sejam defraudadas as regras da revogação e da anulação, mormente quanto à tempestividade, à competência e à salvaguarda dos actos constitutivos de direitos. No caso dos actos renovatórios, a serventia do regime introduzido pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 173.º do CPA é particularmente relevante, atentos os seus efeitos sanatórios (e não destrutivos como sucede com a anulação).

Por último, não podemos deixar de assinalar o carácter lacónico deste estudo. Em especial, ficou por tratar a matéria do dever de fundamentação dos actos de alteração e de substituição. Enquanto actos administrativos devem ser fundamentados, nos termos gerais. No entanto, como ultrapassar, nessa fundamentação, a falta de menção ao acto alterado ou substituído e aos propósitos que conduziram a Administração a alterar ou a substituir o seu entendimento sobre um determinado caso concreto? Por outro lado, como destrinçar, na prática, a substituição de um acto administrativo da emissão de um acto viciado por erro nos pressupostos de facto (admitindo que a Administração ignorava que o caso concreto já se encontrava regulado por um acto anterior)?

Em suma, a temática em análise convoca muitas e interessantes questões jurídicas. Não tendo sido possível acorrer a todas, espera ter-se despertado a atenção para as figuras da alteração e da substituição dos actos administrativos e, bem assim, ter contribuído para a consolidação dos seus conceitos e regime.

# *A não publicação das decisões do Tribunal Arbitral do Desporto português: Será a LTAD (ainda) inconstitucional?*

MESTRE JOÃO TORNADA\*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O artigo 50.º, n.º 3 da LTAD: as dúvidas interpretativas. 3. A publicidade das decisões na arbitragem à luz do direito a um processo equitativo e a uma tutela jurisdicional efectiva: 3.1. A publicidade na arbitragem à luz do direito a um processo equitativo na CEDH. 4. A publicidade das decisões do TAD à luz do princípio da segurança jurídica e da igualdade. 5. A publicidade das decisões de tribunais arbitrais de desporto no Direito Comparado. 6. A inconstitucionalidade do artigo 50.º, n.º 3 da LTAD: próximos passos. 7. Conclusão.

## **1. Introdução\*\***

I – O TAD<sup>1</sup> é um tribunal independente dos organismos do sistema desportivo, com plenos poderes decisórios, criado em 2013, para administrar a justiça em litígios que emergem do ordenamento jurídico desportivo ou que estão relacionados com a prática desportiva.

\* Mestre em Direito (Orientado para a Investigação) pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa. Advogado na CCA Law Firm, Cruz, Menezes, Salinas & Associados, Sociedade de Advogados, SP, RL.

O Autor agradece ao Sr. Professor Doutor António Pedro Pinto Monteiro as valiosas sugestões bibliográficas que contribuíram para a elaboração deste estudo.

\*\* O presente texto encontra-se redigido ao abrigo do antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1945.

<sup>1</sup> Tribunal Arbitral do Desporto português.

Desde a sua génese, a LTAD<sup>2</sup> foi por duas ocasiões<sup>3</sup> pronunciada/declarada inconstitucional por violação do direito a uma tutela jurisdicional efectiva, consignado no artigo 20.º da CRP<sup>4</sup>.

O tema que aqui nos ocupa prende-se com a não publicação das decisões arbitrais do TAD sempre que, pelo menos, uma das partes no processo o requeira, conforme permite o artigo 50.º, n.º 3 da LTAD. Esta solução tem vindo a ser duramente criticada por autores que advogam a sua inconstitucionalidade novamente por violação do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efectiva. O tema reveste ainda particular relevo dado que, desde a sua formação, de 2015 a 2018, apenas 55% das decisões do TAD foram disponibilizadas<sup>5</sup>.

Ano de processo	Total de decisões	Total de decisões publicadas	Percentagem de decisões publicadas
2015	4	2	50%
2016	36	13	36,1%
2017	78	49	62,8%
2018	59	34	57,6%

II – A questão é, contudo, melindrosa, porquanto o artigo 50.º, n.º 3 da LTAD encontra, desde logo, na doutrina (incluindo em árbitros do TAD) algumas dúvidas interpretativas que poderão ser resolvidas por meio de uma interpretação conforme à Constituição.

Ademais, como tentaremos demonstrar, a norma aqui em análise pode ainda colidir com outros princípios constitucionais: o da segurança jurídica e da igualdade, traves-mestras do princípio do Estado de Direito<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Lei do Tribunal Arbitral do Desporto, aprovada pela Lei n.º 74/2013, de 6 de Setembro.

<sup>3</sup> V. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 230/2013, de 24 de Abril e 781/2013 de 20 de Novembro.

<sup>4</sup> Constituição da República Portuguesa.

<sup>5</sup> Balanço apurado com base nas decisões (não) publicadas até 11 de Janeiro de 2019 em <https://www.tribunalarbitraldesporto.pt/documentacao/processos-arbitrais> e <https://www.tribunalarbitral-desporto.pt/documentacao/decisoes>.

<sup>6</sup> A este elenco poder-se-ia ainda acrescentar o *direito à liberdade de expressão*, consagrado no artigo 37.º da CRP. De facto, os deveres de confidencialidade na arbitragem que incidem sobre as partes e os árbitros diminuem o conteúdo da liberdade de expressão desses sujeitos, v. DESPINA MAVROMATI/MATTHIEU REEB, *The Code of the Court of Arbitration for Sport, Commentary, Cases and Materials*, Kluwer Law International, 2015, p. 314. Contudo, apenas está aqui em causa o *dever de não publicação das decisões arbitrais que impende sobre o TAD*, enquanto entidade jurisdicional, sendo difícil falar de uma compressão da liberdade de expressão dessa entidade (sendo discutível que esse direito fundamental sequer lhe assista). Assim, o artigo 50.º, n.º 3 da LTAD, quando muito, poderia contender



Enunciado o problema, procederemos à análise do regime da publicidade das decisões do TAD no quadro no direito constitucional português e do direito europeu (CEDH<sup>7</sup>), procurando deixar um contributo para a discussão em torno da sua invalidade.

## 2. O artigo 50.º, n.º 3 da LTAD: as dúvidas interpretativas

I – O artigo 50.º, n.º 3 da Lei do TAD (Lei n.º 74/2013, de 6/9) dispõe que o “*TAD publicita na sua página na Internet a decisão arbitral, um sumário da mesma e ou um comunicado de imprensa a descrever os resultados do processo, salvo se qualquer das partes a isso se opuser*”. Ainda que o enunciado pareça simples, existem quatro dúvidas interpretativas quanto ao seu alcance normativo.

Desde logo, para José Manuel Meirim, ainda que o elemento literal do enunciado normativo apenas se refira às “partes”, este deve ser interpretado extensivamente de modo a abarcar também os contra-interessados no processo arbitral<sup>8</sup>.

A segunda dúvida interpretativa levantada pelo mesmo Autor já é, note-se, mais controversa. A dúvida consiste em saber se a oposição das partes à publicação apenas vale quanto à emissão do comunicado de imprensa, com fundamento na protecção da honra, bom nome e privacidade das partes ou se vale quanto a qualquer publicação<sup>9</sup>. Temos bastantes dúvidas de que a vontade do legislador (ou o sentido objectivo da lei)<sup>10</sup> seja a de impor a publicidade das

com o *direito à informação* (do público), também consagrado no artigo 37.º da CRP. Dado que (i) já abordaremos a importância do conhecimento pelo público de decisões arbitrais à luz dos direitos a uma tutela jurisdicional efectiva e da publicidade das decisões jurisdicionais, constante dos artigos 20.º e 206.º da CRP, e (ii) numa análise preliminar, essa norma da LTAD não parece contender com o núcleo essencial do direito à informação, à luz do artigo 18.º, n.º 3 da CRP, optámos por não autonomizar o direito à informação nesta análise.

Sobre a relação da liberdade de expressão com a liberdade de informação e sobre o seu carácter instrumental, em geral, v. JOÃO TORNADA, “Liberdade de expressão ou “liberdade de ofender”? – o conflito entre a liberdade de expressão e de informação e o direito à honra e ao bom nome”, in *O Direito*, I, ano 150, Almedina, 2018, pp. 120-130 e autores aí citados.

<sup>7</sup> Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, vulgo, “Convenção Europeia dos Direitos do Homem”.

<sup>8</sup> V. JOSÉ MANUEL MEIRIM (coord.), *Lei do Tribunal Arbitral do Desporto*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 236.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Sobre as teorias subjectivistas e objectivistas da hermenêutica jurídica, v. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 15.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, pp. 175-177. V. ainda A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora,

decisões, deixando apenas na vontade das partes a (não) emissão de um comunicado de imprensa, quando a decisão, por conter mais informação sobre o caso, seria mais lesiva do que qualquer sumário em comunicado de imprensa.

A terceira dúvida hermenêutica passa por saber se a oposição tem de ser *fundamentadamente* erigida em defesa da “dignidade das pessoas e da moral pública” (artigo 206.º da CRP), conforme defende Pedro Melo<sup>11</sup>. Tal interpretação não parece ser possível, pois dificilmente partilharia um mínimo de correspondência verbal com o elemento literal<sup>12</sup> do preceito, como impõe o artigo 9.º do CC. Mais, há ainda um elemento sistemático forte para recusar essa interpretação: se o legislador quisesse deixar a publicação sujeita a uma aprovação, tê-lo-ia feito como fez no artigo 33.º, n.º 4 da LTAD<sup>13</sup>. No entanto, para quem consiga ultrapassar estes obstáculos, não temos dúvidas de que essa interpretação tem a seu favor um elemento sistemático-teleológico fortíssimo: a conformidade com a Constituição<sup>14</sup>. De resto, a admitir-se essa interpretação normativa surgiria a dificuldade de saber se nos casos de pedido *infundado*, quem teria o poder de determinar a publicação: se o TAD (por meio do seu presidente) ou o colégio arbitral, dado que a lei é omissa.

A última dúvida interpretativa consiste em saber qual o prazo em que as partes podem se opor à publicação das decisões do TAD. Sendo a LTAD omissa, entendemos que nas arbitragens necessárias o prazo é de 10 dias, por

1993, pp. 193–196 e KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 10.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, pp. 147 e 165–204.

<sup>11</sup> Defendendo uma interpretação restritiva, limitando-a aos casos em que “a publicitação das aludidas decisões for susceptível de prejudicar a intimidade da vida privada ou de causar dano à moral pública”, v. PEDRO MELO, “O Tribunal Arbitral do Desporto: Subsídios para a compreensão da sua acção”, in *Conferência Tribunal Arbitral Do Desporto Um Ano Depois*, disponível em <http://comiteolimpicoportugal.pt/wp-content/uploads/2017/08/Tribunal-Arbitral-do-Desporto-um-ano-depois.pdf>, p. 17. V. ainda, ANA CELESTE CARVALHO, “O Tribunal Arbitral do Desporto, os tribunais administrativos e os poderes do juiz”, *Conferência Tribunal Arbitral Do Desporto Um Ano Depois*, disponível em <http://comiteolimpicoportugal.pt/wp-content/uploads/2017/08/Tribunal-Arbitral-do-Desporto-um-ano-depois.pdf>, pp. 35 a 37 e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *O Regime Jurídico do Tribunal Arbitral do Desporto – Anotado e Comentado*, Petrony Editora, Lisboa, 2016, pp. 100 e 101.

<sup>12</sup> Sobre o elemento literal ou gramatical, v. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., pp. 181 e 182 e OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, reimp., pp. 406–408.

<sup>13</sup> V. MIGUEL LUCAS PIRES, “Publicidade das decisões arbitrais e dos pareceres do TAD”, in *Conferência Tribunal Arbitral Do Desporto Um Ano Depois*, disponível em <http://comiteolimpicoportugal.pt/wp-content/uploads/2017/08/Tribunal-Arbitral-do-Desporto-um-ano-depois.pdf>, p. 23.

<sup>14</sup> Sobre como a interpretação conforme à Constituição, no campo da hermenêutica jurídica, constitui um elemento interpretativo sistemático-teleológico, v. CARLOS BLANCO MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 378.

*O Direito* 151.º (2019), III, 615–643

força do artigo 145.º do CPC<sup>15</sup> aplicado *ex vi* artigo 1.º do CPTA aplicável *ex vi* artigo 61.º da LTAD, enquanto nas arbitragens voluntárias o prazo é de 5 dias (salvo determinação contrária do TAD), por força do artigo 18.º, n.º 3 do regulamento de processo e de custas processuais no âmbito da arbitragem voluntária<sup>16</sup>, aplicável *ex vi* artigo 60.º da LTAD.

Seja como for, mesmo perante estas dúvidas hermenêuticas, a verdade é que a prática do TAD tem sido uníssona: abstém-se de publicar a decisão, qualquer sumário ou comunicado de imprensa quando uma das partes se opõe à publicação da decisão, desconhecendo-se qualquer oposição do TAD/árbitros por falta de fundamentação.

II – Sem antecipar as críticas que se tecerão em torno da inconstitucionalidade do artigo 50.º, n.º 3 da LTAD, cumpre, por ora, apontar *quatro* incoerências de política legislativa desse regime.

É sabido que a jurisdição do TAD abarca tanto litígios submetidos sob a via da arbitragem necessária, como voluntária, por força dos artigos 4.º a 7.º da LTAD, sendo que apenas cerca de 7% dos processos do TAD reportam-se a arbitragens voluntárias<sup>17</sup>. Posto isto, é criticável que a regra aqui em crise seja aplicável tanto às arbitragens voluntárias como necessárias, o que não tem paralelo se compararmos o regime da publicidade na LAV<sup>18</sup> com os vários diplomas sobre arbitragem necessária em Portugal<sup>19</sup>.

Em *segundo* lugar, paradoxalmente, o legislador previu no artigo 33.º, n.º 4 da LTAD que quando o requerente de um parecer ao TAD se oponha à publicação do mesmo, a decisão final recaia sob o presidente do TAD, o qual já não é chamado a intervir no caso de decisões arbitrais<sup>20</sup>.

Em *terceiro* lugar, é, no mínimo, incompreensível que as decisões dos órgãos disciplinares ou jurisdicionais das federações desportivas devam ser integralmente publicadas, por força do artigo 8.º, n.º 1, b) do Regime Jurídico das

<sup>15</sup> Código de Processo Civil.

<sup>16</sup> Disponível em [https://www.tribunalarbitraldesporto.pt/files/TAD-Regulamento\\_Processo\\_Custas\\_Processuais.pdf](https://www.tribunalarbitraldesporto.pt/files/TAD-Regulamento_Processo_Custas_Processuais.pdf).

<sup>17</sup> Balanço apurado com base nos processos identificados até 11 de Janeiro de 2019 em [www.tribunalarbitraldesporto.pt/documentacao/processos-arbitrais](http://www.tribunalarbitraldesporto.pt/documentacao/processos-arbitrais).

<sup>18</sup> Lei de Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

<sup>19</sup> V. nota 61 do presente estudo.

<sup>20</sup> V. JOSÉ MANUEL MEIRIM (coord.), *Lei do Tribunal Arbitral do Desporto*, cit., pp. 236–237 e MIGUEL LUCAS PIRES, “Publicidade...”, cit., p. 24.

Federações Desportivas<sup>21</sup>, quando as respectivas decisões jurisdicionais provenientes de recurso obrigatório para o TAD não o são<sup>22</sup>.

Por fim, como *quarta* nota, registre-se que o legislador previu no artigo 61.º da LTAD a aplicação subsidiária da publicidade das audiências arbitrais do TAD (aplicando subsidiariamente o artigo 30.º do CPTA) quando estejam em causa arbitragens necessárias, afastando-se do regime do CPTA no que toca à publicidade das decisões<sup>23</sup>.

### 3. A publicidade das decisões na arbitragem à luz do direito a um processo equitativo e a uma tutela jurisdicional efectiva

I – Os tribunais arbitrais, onde o TAD se insere<sup>24</sup>, enquanto verdadeiros tribunais que administram a justiça e exercem a função jurisdicional<sup>25</sup>, têm de respeitar o princípio do processo equitativo e a uma tutela jurisdicional efectiva, constante do artigo 20.º da CRP<sup>26</sup>. Contudo, na feliz expressão do Tribunal Constitucional, “os tribunais arbitrais não são tribunais como os outros”<sup>27</sup>. De facto, na arbitragem, há outros valores como a confidencialidade e o respeito pela autonomia privada das partes que têm igualmente respaldo constitucional, autorizando mitigações do *due process of law*. Vejamos em que moldes.

<sup>21</sup> Decreto-lei n.º 93/2014, de 23 de Junho.

<sup>22</sup> V. JOSÉ MANUEL MEIRIM (coord.), *Lei do Tribunal Arbitral do Desporto*, cit., p. 237.

<sup>23</sup> V. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal: Entre o Direito Privado e o Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 484 (em nota).

<sup>24</sup> Criticando a independência e o tratamento desigual das partes na estrutura organizativa do TAD, v. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...*, cit., pp. 474-482.

<sup>25</sup> V. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 230/86; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...*, cit., pp. 346-347 e FRANCISCO CORTEZ, “A arbitragem voluntária em Portugal: dos «ricos homens» aos tribunais privados”, p. 555.

<sup>26</sup> V. RUI MEDEIROS, “Arbitragem Necessária e Constituição”, in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 1319-1321; ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais mas não são «Tribunais como os outros»” in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 58; ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Tribunais Arbitrais e Tribunais Estaduais” in *VIII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 117 e RICARDO PEDRO, “Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: um puzzle em construção, um palimpsesto or something diferente”, in *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos*, AAFDL, Lisboa, 2018, pp. 28-29.

<sup>27</sup> V. Ac. n.º 230/86, de 8 de Julho de 1986.

De entre os vários corolários que o princípio do *due process of law* e o direito a uma tutela jurisdicional efectiva assumem<sup>28</sup>, importa aqui destacar o da publicidade das decisões jurisdicionais.

É sabido que num Estado de Direito Democrático, a justiça é exercida em nome do povo, por força do artigo 202.º, n.º 1 da CRP. Assim, a publicidade das decisões surge como exigência da transparência do exercício do poder jurisdicional, diminuindo a desconfiança na administração da justiça e legitimando o seu exercício pelo procedimento<sup>29</sup>. Adicionalmente, a publicidade surge, como ensinava Alberto dos Reis, como uma das “garantias de correcção e legalidade dos actos judiciais”<sup>30</sup>.

Como veremos adiante, a publicidade das decisões jurisdicionais é ainda um importante garante de uma uniformidade e previsibilidade de julgados, em obediência aos princípios da segurança jurídica e da igualdade<sup>31</sup>.

Por tudo isto, ainda que a Constituição apenas preveja o princípio da publicidade das audiências (artigo 206.º da CRP), a doutrina tem entendido que esta

<sup>28</sup> Sobre as várias dimensões que este princípio assume, v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1997, pp. 39-58; Jorge Miranda/RM, Vol. I, pp. 409 e ss; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 415-416; CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, Coimbra, 2010 pp. 114 e ss; RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 7; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, Almedina, Coimbra, 2018, reimp., p. 86; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...*, cit., pp. 473-474; RITA LOBO XAVIER/INÊS FOLHADELA/GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, Universidade Católica Editora, Porto, 2014, pp. 126-132; ÂNGELO AURÉLIO GONÇALVES PARIZ, *O Princípio do Devido Processo Legal: Direito Fundamental do Cidadão*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 179-297 e.

<sup>29</sup> V. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 143; J. P. REMÉDIO MARQUES, *Ação Declarativa à luz do Código Revisto*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 220; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 87; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade...*, cit., pp. 216-217; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, in *Revista de Direito Civil*, I, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2016, p. 703 e ÂNGELO AURÉLIO GONÇALVES PARIZ, *O Princípio do Devido Processo Legal: Direito Fundamental do Cidadão*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 237-241

<sup>30</sup> V. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. IV, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012 (reimp.), p. 575.

<sup>31</sup> V. ponto 61 do presente estudo.

abrange também, quiçás por maioria de razão, a publicidade da decisão<sup>32</sup>. De resto, se dúvidas houvesse de que a Constituição atribui às partes o direito a um julgamento público, tal também decorre do artigo 10.º da DUDH<sup>33</sup>, parte integrante da CRP por força do seu artigo 16.º, n.º 2. No fundo, recupera-se a velha máxima de que “a justiça não deve ser só feita, mas deve ser manifestamente e inquestionavelmente vista a ser feita”<sup>34</sup>. No entanto, para Paula Costa e Silva, a publicidade não encerra um dos núcleos protegidos pelo artigo 20.º, n.º 4 da CRP<sup>35</sup>.

II – Sendo a garantia da publicidade das decisões jurisdicionais um princípio constitucional (com valor institucional)<sup>36</sup>, este vê o seu conteúdo balizado, num primeiro momento, pela configuração normativa que o legislador constituinte lhe conferiu, quando isoladamente considerado: são os chamados “limites imediatos ou imanentes”<sup>37</sup>, o qual prevê desde logo a ressalva de “o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento.” Num segundo momento, este direito está ainda sujeito às exceções previstas por lei nos termos do artigo 18.º, ns.º 2 e 3 da Lei Fundamental, à luz da *teoria das restrições implicitamente autorizadas*, quer estas derivem de uma “reserva geral imanente de ponderação”<sup>38</sup> ou simplesmente da necessidade de revelar e salvaguardar a compatibilização dos direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos inseridos em harmonia no ordenamento jurídico-constitucional<sup>39</sup>. A título de exemplo, veja-se o artigo 164.º do CPC, o artigo 30.º, ns.º 5 e 6 da LAV e, o aqui em exame, artigo 50.º, n.º 3 da LTAD.

<sup>32</sup> V. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. III, cit., pp. 86-87 e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...*, cit., p. 484.

<sup>33</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem.

<sup>34</sup> Brocardo cunhado pelo Juiz Lord GORDON HEWART no caso *R vs. Sussex Justices*; Ex parte McCarthy [1924] 1 KB, 256, 259.

<sup>35</sup> V. PAULA COSTA E SILVA, “A execução em Portugal de decisões arbitrais...”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, vol. II, Set.- 2007, pp. 133-135.

<sup>36</sup> V. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. III, cit., pp. 84-89.

<sup>37</sup> V. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 271 e ss; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 1276.

<sup>38</sup> V. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 569 ss, 602 ss e 626 ss.

<sup>39</sup> Como conclui JORGE MIRANDA (v. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 413-417) ao Estado apenas cabe uma função *declarativa*, e não *constitutiva* destes limites implícitos. Doutra banda, rejeitando de todo as *restrições implícitas*, v. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pp. 279-281.

De outra banda, pelo menos desde a revisão constitucional de 1982<sup>40</sup>, a Lei Fundamental protege a autonomia privada das partes que, de forma voluntária, sujeitem a resolução de litígios sobre direitos disponíveis à arbitragem, o que se infere pelo reconhecimento da jurisdição dos tribunais arbitrais constante do artigo 202.º da CRP.

Assim, à luz da *teoria das restrições implicitamente autorizadas*, pode o princípio do processo equitativo e da publicidade das decisões (e respectivos processos) judiciais ser derogado em prol da tutela da autonomia privada das partes que pretendem manter a confidencialidade num processo/decisão arbitral. Tal juízo deve ser dirimido à luz do artigo 18.º da CRP, segundo juízos de proporcionalidade e de concordância prática, numa lógica de optimização, procurando maximizar a protecção, *i.e.*, de alcançar uma “eficácia óptima” dos valores em cotejo<sup>41</sup>.

Aqui chegados, podemos retirar duas conclusões: (i) dado que o único valor constitucional que pode justificar uma confidencialidade das decisões é a autonomia privada das partes, à partida, uma lei que impusesse a confidencialidade de decisões arbitrais contra (ou desconsiderando) a vontade das partes seria inconstitucional; e (ii) a mera escolha das partes pela arbitragem (e pela confidencialidade) não é suficiente para afastar a exigência constitucional da publicidade das decisões jurisdicionais.

III – No presente estudo não se pretende recuperar de forma exaustiva as vantagens e desvantagens da publicidade/confidencialidade na arbitragem<sup>42</sup>: mas apenas delimitar a intensidade da garantia constitucional de publicidade na arbitragem do TAD.

<sup>40</sup> Sobre como a nossa Constituição já apresentava uma abertura à existência de tribunais arbitrais antes dessa revisão constitucional, v. RUI MEDEIROS, “Arbitragem Necessária e Constituição”, cit., p. 1314.

<sup>41</sup> V. MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República – Uma introdução ao Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 109 e 115.

<sup>42</sup> Sobre o tema, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem. Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 304-305; JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Confidencialidade e transparência em arbitragens de direito público”, in *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 88-89; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade...*, cit., pp. 218-219; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade...”, cit., pp. 705-706; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 122; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, vol. I, 2<sup>nd</sup> edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, pp. 89-90; N. BLACKABY/C. PARTASIDES/A. REDFERN/M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 30, 134-135; ILEANA M. SMEUREANU, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijnm 2011, p. 16.

Dito isto, não raras vezes, especialmente em litígios comerciais, *as partes preferem* um processo mais célere e confidencial (i) que não coloque “em cheque” as relações negociais com a outra parte, (ii) que proteja segredos (de negócio) dos seus concorrentes e/ou (iii) que simplesmente mantenha longe do público a existência de um litígio, escudando-se de julgamentos nos *media*, de repercussões nos mercados financeiros e aumentando a probabilidade de exequibilidade, pois uma acção de execução seria pública.

Logo, nas *arbitragens voluntárias* onde se dirimem litígios de interesses de natureza patrimonial ou de natureza não patrimonial transaccionáveis<sup>43</sup>, por vontade das partes<sup>44</sup>, aceita-se, sem grandes dificuldades, uma flexibilização de alguns ditames legais e constitucionais, como o dever de publicidade das decisões<sup>45</sup>. Compreende-se, assim, a solução constante do artigo 30.º, ns.º 5 e 6 da LAV<sup>46</sup>, a qual prevê que basta a oposição de uma parte para impedir a publicação de sentenças arbitrais, sendo que, em qualquer caso, esta é feita sem de elementos identificadores das partes.

Por identidade de razão, o artigo 50.º, n.º 3 da LTAD *quando aplicável às arbitragens voluntárias desportivas* por aplicação do critério da patrimonialidade da LAV<sup>47</sup> aplicável *ex vi* artigo 6.º da LTAD não suscita dúvidas quanto à sua constitucionalidade.

Já nos casos em que a arbitragem voluntária verse sobre *litígios jurídico-laborais*, a questão é mais controversa<sup>48</sup>. Desde logo, existe uma dupla desigualdade estrutural entre as partes, estando os desportistas submetidos ao poder das federações desportivas e ainda ao poder do empregador<sup>49</sup>. A isto acresce que as questões laborais podem contender com o direito fundamental à segurança no emprego (artigo 53.º da CRP). Se daqui não se pode retirar uma reserva

<sup>43</sup> V. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Introdução aos Meios de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2014, p. 135.

<sup>44</sup> Sobre a natureza contratual da arbitragem voluntária, entre outros, v. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade*, cit., pp. 187-215.

<sup>45</sup> V. MIGUEL LUCAS PIRES, “Publicidade...”, cit., p. 21.

<sup>46</sup> Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

<sup>47</sup> Sobre este critério, v. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Introdução aos Meios de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 143 e ss e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., pp. 93 e ss.

<sup>48</sup> V. PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Mediação e Arbitragem em Direito Laboral”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LVI, (Out./Dez.), n.º 4, 2015, pp. 13 e 20; DANIELA MIRANTE, “Arbitragem dos Litígios Laborais Desportivos”, in *O Desporto que os tribunais praticam*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 837-854, bem como o JOÃO LEAL AMADO, “Arbitrabilidade dos litígios emergentes do contrato de trabalho desportivo”, in *Questões Laborais*, Ano VI, n.º 13, (1999), pp. 109-112.

<sup>49</sup> V. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, “Arbitragem Voluntária e Contrato de Trabalho Desportivo”, in *Julgar Online*, Setembro 2018, disponível em [www.julgar.pt](http://www.julgar.pt), p. 18 e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...* cit., pp. 259 e ss.



jurisdicional estadual<sup>50</sup>, a Constituição exige, pelo menos, a observância de um processo mais garantístico<sup>51</sup>. Como afirma António Henriques Gaspar, quando as partes não estejam numa relação de igualdade, a publicidade do processo arbitral é crucial para assegurar um processo equitativo, em obediência ao princípio do *due process of law*<sup>52</sup>.

De resto, note-se que, actualmente, na *arbitragem internacional comercial voluntária* regista-se uma tendência crescente para a publicação de laudos arbitrais<sup>53</sup>: o que concorre, desde logo, para uma maior credibilização e aceitação da Arbitragem junto da comunidade<sup>54</sup>.

IV – Já nas *arbitragens necessárias*, o recurso à via arbitral não procede de um acto voluntário das partes em renunciar a uma decisão pública, mas sim de uma obrigatoriedade legal<sup>55</sup>. A ausência de um elemento volitivo das partes aproxima a justiça arbitral à justiça estadual, havendo inclusive quem fale de uma “*arbitragem aparente*”<sup>56</sup>, equiparando esses tribunais arbitrais a “tribunais

<sup>50</sup> V. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 1284.

<sup>51</sup> V. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, “Arbitragem Voluntária...”, cit., p. 18.

<sup>52</sup> V. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “Tribunais Arbitrais e Tribunais Estaduais”, cit., p. 118.

Tal asserção, contudo, não deve significar uma obrigatoriedade de publicidade nas arbitragens comerciais voluntárias. Como explica ARMINDO RIBEIRO MENDES, o legislador já respondeu ao problema da desigualdade das partes no processo arbitral com outras soluções (cuja constitucionalidade extravasa o escopo deste trabalho) como a proibição da arbitrabilidade de certos litígios, e.g., os conflitos laborais oriundos de contractos individuais de trabalho, v. ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais...”, cit., p. 60.

<sup>53</sup> V. CATHERINE A. ROGERS, *Transparency in International Commercial Arbitration*, 54 U. Kan. L. Rev. 130, Penn State Law, 2006, disponível em [www.elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fac\\_works](http://www.elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fac_works), pp. 1313 e 1319; ANDREW DE LOTBINIÈRE McDUGALL/TUULI TIMONEN/NIKA LARKIMO, “Recent trends in International Arbitration”, 2018, disponível em [www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/recent-trends-in-international-arbitration.pdf](http://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/recent-trends-in-international-arbitration.pdf), pp. 6-7 e MARLON MEZA-SALAS, “Confidentiality in International Commercial Arbitration: Truth or Fiction?”, *Kluwer Arbitration Blog*, September 23, 2018, disponível em [www.arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/23/confidentiality-in-international-commercial-arbitration-truth-or-fiction](http://www.arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/23/confidentiality-in-international-commercial-arbitration-truth-or-fiction), pp. 1-3.

<sup>54</sup> V. JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Confidencialidade e transparência...”, cit., p. 90 e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade...”, cit., p. 715.

<sup>55</sup> Também apeladas de “obrigatórias” ou “forçadas”, v. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...*, cit., p. 348.

<sup>56</sup> V. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...*, cit., pp. 351-352; FAUSTO DE QUADROS, “Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, APA, n.º 7, Almedina, Coimbra, 2014, p. 12; JAN PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 112. Defendendo a inconstitucionalidade da arbitragem necessária, v. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*,

estaduais plenos”<sup>57</sup>. Sendo a função jurisdicional uma das funções típicas de soberania estadual, o “Estado não pode privatizar o exercício da justiça” de tal modo que logre “desresponsabilizar-se da garantia dos direitos e interesses legalmente protegidos através dos seus tribunais”<sup>58</sup>.

Consequentemente, nas arbitragens necessárias a garantia de publicidade das decisões deve valer de forma plena como na justiça estadual<sup>59</sup>. Sob pena de o legislador, por lei ordinária, se esquivar de imperativos constitucionais – como o da publicidade das decisões – transferindo a jurisdição dos tribunais estaduais para tribunais arbitrais necessários.

No fim do dia, nas palavras certeiras de John Bell, “à medida que a Justiça é concebida menos como um acto de autoridade estadual e mais como um serviço público, as exigências de responsabilização do sistema também crescem”<sup>60</sup>.

Posto isto, sem surpresas, verifica-se que em Portugal a garantia de publicidade dos laudos em arbitragens necessárias é superior em outros tipos de arbitragem necessária<sup>61</sup>, ao contrário das arbitragens necessárias do TAD.

V – Por fim, nas *arbitragens desportivas* do TAD frequentemente estão em causa disputas regidas pelo direito administrativo (sancionatório), muitas delas versando sobre direitos fundamentais de atletas<sup>62</sup>. Se a Constituição não impuser nestes casos uma reserva de jurisdição estadual<sup>63</sup>, pelo menos exige à juris-

cit., p. 83 (em nota). Em termos dubitativos, v. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional”, in *Themis*, ano IX, n.º 16, 2009, p. 195 (em nota). Sobre o tema, em geral, v. RUI MEDEIROS, “Arbitragem Necessária e Constituição”, cit., *passim*.

<sup>57</sup> V. CHRISTOPH STUMPF, *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, p. 210 apud ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A resolução...*, cit., p. 349 (em nota).

Concluindo que “o TAD não é um tribunal estadual, mas por surgir em virtude de um acto legislativo, e não como resultado de um negócio jurídico privado de direito privado, é irrecusável o seu carácter tipicamente publicístico (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 52/92, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)) e a marca da criação estadual”, v. declaração de voto de MARIA JOÃO ANTUNES no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 230/2013, de 24 de Abril.

<sup>58</sup> V. RUI MEDEIROS, “Arbitragem Necessária e Constituição”, cit., p. 1308.

<sup>59</sup> V. RICARDO PEDRO, “Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: um puzzle em construção, um palimpsesto *or something different*”, cit., p. 67.

<sup>60</sup> V. JOHN BELL, *Judiciaries within Europe: A Comparative Review*, Cambridge University Press, 2006, p. 376.

<sup>61</sup> Nas arbitragens administrativas (v. artigo 185.º-B do CPTA), nas arbitragens tributárias (v. Decreto-lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro), nas arbitragens de consumo emergentes de contractos relativo a fornecimento de serviços públicos essenciais (Lei n.º 23/96, de 26 de Julho).

<sup>62</sup> V. VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais e o direito do desporto”, in *II Congresso de Direito do Desporto*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 30.

<sup>63</sup> V. PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, cit., pp. 835, 858 e ss e “A «soberania limitada» das federações desportivas”, in *CJA*, n.º 59 (2006), pp. 41 ss, PEDRO DELGADO ALVES,

dição arbitral, como condição *sine qua non*, um cumprimento escrupuloso das garantias do processo equitativo, como o da publicidade das decisões<sup>64</sup>. Vejamos porquê.

Compete ao TAD dirimir litígios emergentes do ordenamento jurídico desportivo ou relacionados com a prática desportiva<sup>65</sup>, exceptuando as “questões estritamente desportivas”<sup>66</sup>, *i.e.*, “questões emergentes da aplicação das normas técnicas e disciplinares directamente respeitantes à prática da própria competição desportiva”, conforme resulta do artigo 4.º, n.º 6 da LTAD. Dentro desta competência, inclui-se o arbitramento (necessário ou obrigatório) de “litígios emergentes dos actos e omissões das federações desportivas, ligas profissionais e outras entidades desportivas, no âmbito do exercício dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direcção e disciplina”<sup>67</sup>, incluindo em matéria de antidopagem<sup>68</sup>. Note-se que desde 2014<sup>69</sup>, esta competência engloba o julgamento de recursos das decisões dos conselhos de disciplina das federações desportivas, ficando apenas a cargo dos conselhos de justiça a apreciação de decisões sobre as “questões estritamente desportivas”<sup>70</sup>. Paralelamente, o TAD tem competência

“Procurando o limite das quatro linhas”, in *CJA*, n.º 83, 2010, pp. 12 ss (em especial, pp. 25–26) e JOÃO LIMA CLUNY, “Arbitragens necessárias: ainda são «arbitragem»? O caso do Tribunal Arbitral do Desporto”, in *Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa/Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 129.

Defendendo um controlo de mérito do Estado nas arbitragens administrativas nesses casos, v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, p. 22. Na jurisprudência, v. o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 230/2013, de 24 de Abril, onde se lê “a especificidade do direito público e a vinculação da actuação administrativa ao princípio da juridicidade e à realização do interesse público torna (...) discutível que a resolução de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas fique sujeita a mecanismos de jurisdição arbitral por não estar aí em causa uma autonomia de vontade e um poder de disposição sobre o objecto do pleito”.

<sup>64</sup> V. FAUSTO DE QUADROS, “Linhas gerais...”, cit., p. 13 e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade...”, cit., p. 711–713.

<sup>65</sup> V. artigo 1.º da LTAD.

<sup>66</sup> Sobre este conceito, v. ANTÓNIO PEIXOTO MADUREIRA/LUÍS RODRIGUES TEIXEIRA, *Futebol, Guia Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 1602; JOSÉ MANUEL MEIRIM, “As Questões Estritamente Desportivas”, in *O Desporto que os Tribunais Praticam*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 811 a 836 e “O Desporto que o Tribunal Constitucional pratica” in *Jurisprudência Constitucional n.º 14*, 2007, pp. 38–58; ARMINDO RIBEIRO MENDES in JOSÉ MANUEL MEIRIM (coord.), *Direito do Desporto*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 164 e PEDRO MELO, “O Tribunal Arbitral...”, cit., p. 4 (em nota).

<sup>67</sup> V. Artigo 4.º, n.º 1 da LTAD. Sobre o alcance deste artigo, v. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *O Regime Jurídico...*, cit., p. 34.

<sup>68</sup> V. artigo 5.º da LTAD.

<sup>69</sup> Com a entrada em vigor do Decreto-lei n.º 93/2014, de 23 de Junho que alterou o RJFD.

<sup>70</sup> V. PEDRO MELO, “O Tribunal Arbitral...”, cit., pp. 4–6.

para arbitrar os demais litígios (in)directamente relacionados com a prática desportiva que não sejam reconduzidos à arbitragem necessária e que, segundo a LAV, sejam passíveis de decisão arbitral<sup>71</sup>.

Ora, as federações desportivas exercem poderes públicos<sup>72</sup>, como o poder regulamentar e disciplinar, conforme resulta do artigo 19.º da LBAFD<sup>73,74</sup>. Uma vez que o Estado delega nas federações desportivas poderes públicos<sup>75</sup>, o controlo jurídico dos actos oriundos desses poderes rege-se pelo direito administrativo material e processual, por força do artigo 2.º, n.º 1 do CPA<sup>76</sup> e do artigo 12.º do RJFD<sup>77</sup>. Logo, as mais das vezes, as arbitragens do TAD versam sobre litígios jurídico-administrativos e envolvem um controlo da legalidade (e da constitucionalidade) de actos e regulamentos administrativos<sup>78</sup>.

Dito isto, importa recordar por que razão nas arbitragens administrativas se exige uma maior garantia de publicidade e transparência do que nas arbitragens de direito privado<sup>79</sup>. Por um lado, nas sociedades democráticas em

<sup>71</sup> V. artigo 6.º, n.º 1 da LTAD.

<sup>72</sup> Sobre os poderes de natureza pública que o Estado concede às federações desportivas, v. ANA CELESTE CARVALHO, “Justiça Federativa e o Tribunal Arbitral do Desporto”, in *IV Congresso do Direito do Desporto*, Almedina, Coimbra, 2015 p. 39 e JOSÉ MANUEL MEIRIM, *Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto – Estudo, Notas e Comentários*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 191.

Sobre a natureza das federações desportivas, v. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...cit.*, pp. 224-252 (em especial, pp. 248-249); BENJAMIN BARBOSA, “Federações Desportivas: Natureza jurídica e estatuto de utilidade pública desportiva”, in JOSÉ MANUEL MEIRIM, *O desporto que os tribunais praticam*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014 pp. 427 e ss e LÚCIO MIGUEL CORREIA/LUÍS PAULO RELÓGIO, *O Novo Regime Jurídico das Federações Desportivas: Anotado e comentado*, Vida Económica, Porto, 2016, p. 136.

<sup>73</sup> Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto, aprovado pela Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro.

<sup>74</sup> Incluindo o poder de organização de competições, v. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...cit.*, pp. 249-252.

<sup>75</sup> Sobre os poderes de natureza pública que o Estado concede às federações desportivas, v. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...cit.*, p. 252 e ANA CELESTE CARVALHO, “Justiça Federativa e o Tribunal Arbitral do Desporto”, cit., p. 39.

<sup>76</sup> Código do Procedimento Administrativo.

<sup>77</sup> Regime Jurídico das Federações Desportivas, aprovado pelo Decreto-lei n.º 248-B/2008, de 31 de Dezembro.

<sup>78</sup> V. GOMES CANOTILHO/ALEXANDRA PESSANHA, *Relações jurídicas jusfundamentais no âmbito do desporto profissional*, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, I, Coimbra: Almedina, 2012, p. 367.

<sup>79</sup> V. JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Confidencialidade e transparência...”, cit., pp. 93-103; J. M. SÉRVULO CORREIA, “A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo”, in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 718; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e Impugnação de decisões arbitrais...”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Lisboa, 2014, p. 21; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade...”, cit., p. 713; TIAGO SERRÃO/MARCO CALDEIRA, “A publicidade das decisões arbitrais administrativas: algumas

que o “saber é poder”<sup>80</sup>, a liberdade de informação e a formação da opinião pública em torno dos “afazeres públicos” ocupa uma posição central<sup>81</sup>. De facto, estando em causa um controlo da legalidade e da prossecução do interesse público (envolvendo inclusive a aplicação de dinheiros públicos) o princípio democrático exige que o público possa sindicá-las essas decisões jurisdicionais. Por outro lado, como referiu o Tribunal Constitucional a propósito do TAD, “a intervenção de órgãos judiciais do Estado torna-se particularmente exigível quando se trate de assegurar, no quadro regulatório da actuação de entidades privadas investidas em poderes públicos, a sua vinculação à lei e aos princípios materiais de juridicidade administrativa, e, desse modo, também, a adequada fiscalização do desempenho da tarefa pública que lhes incumbe.”<sup>82</sup>. Em suma, as decisões dos tribunais (arbitrais ou estaduais) que controlem a legalidade de actos administrativos devem ser públicas de modo a permitir um escrutínio efectivo do público<sup>83</sup> e do Estado<sup>84</sup>. No fundo, se a actividade administrativa deve ser exercida de forma transparente, em obediência ao princípio da admi-

reflexões”, in *Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 2018, pp. 165-166; ISABEL CELESTE M. FONSECA, “A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?”, in *A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, pp. 163-164 e VASCO MOURA RAMOS, “Algumas considerações sobre a arbitragem de litígios respeitantes à validade de actos administrativos (à luz do regime resultante do CPTA)”, in *Arbitragem e Direito Público*, AAFDL, Lisboa, 2018, reimp., pp. 279-280.

Com foco nas arbitragens de direito público, v. DIOGO CALADO/MANUEL DA SILVA GOMES, “Publicidade das decisões arbitrais administrativas: ponto de situação e algumas interrogações conexas”, in *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos*, AAFDL, Lisboa, 2018, pp. 171-175.

<sup>80</sup> A expressão pertence a FRANCIS BEACON, *The New Instrument*, publicado em 1620. Com interesse, v. EUGENIO-ENRIQUE CORTES-RAMIREZ, “Knowledge is Power. Francis Bacon’s Theory of Ideology and Culture”, in *Via Panorâmica: Revista Electrónica de Estudos Anglo-Americanos/An Anglo-American Studies Journal*, Série 3, Número Especial, 2014, disponível em [www.ler.letras.up.pt](http://www.ler.letras.up.pt), pp. 25-42.

<sup>81</sup> V. JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Confidencialidade e transparência...”, cit., p. 94. Sobre a liberdade de informação, v. JOÃO TORNADA, “Liberdade de expressão...”, cit., pp. 120-130, 149, 153 e 154 e autores aí citados.

<sup>82</sup> V. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 230/2013, de 24 de Abril.

<sup>83</sup> V. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e Impugnação de decisões arbitrais...”, cit., p. 21.

<sup>84</sup> Dentro do controlo do Estado, destaque-se o dever do Ministério Público de recorrer das decisões arbitrais que desapliquem norma com fundamento em inconstitucionalidade ou ilegalidade, nos termos do artigo 280.º, n.º 3 da CRP e do artigo 72.º, n.º 3 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, aprovada pela Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, bem como do controlo de legalidade ínsito nos artigos 141.º, 152.º, ns.º 1 e 7 e 155.º do CPTA. Sobre o dever dos tribunais arbitrais em comunicarem todas as decisões ao Ministério Público, v. PAULO OTERO, “Caso julgado arbitral e controlo da constitucionalidade”, in *Estudos de Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 847; TIAGO SERRÃO/MARCO CALDEIRA, “A publicidade das decisões...”, cit., pp. 163-164 (em nota) e PAULO DIAS NEVES, “Decisão arbitral, legalidade objetiva e interesse público”, in *A*

nistração aberta, por força dos artigos 268.º, n.º 2 da CRP e 17.º do CPA<sup>85</sup>, por identidade de razão, também o controlo jurisdicional dessa actividade o deve ser.

A isto acresce que nas arbitragens desportivas existe frequentemente uma “desigualdade estrutural” entre as partes fruto do monopólio das entidades federativas que regulamentam o acesso às competições desportivas, “forçando” assim os atletas, os clubes e outros agentes desportivos<sup>86</sup> a aderir clausulas compromissórias<sup>8788</sup>. A publicidade surge, assim, como atenuação do risco de desigualdade na administração da justiça administrativa<sup>89</sup> e desportiva<sup>90</sup>.

VI – Em tese, a dificuldade de escrutínio de uma sentença arbitral não publicada é atenuada pelo expediente da anulação da decisão (ou do recurso) junto dos tribunais estaduais, pela possibilidade de oposição por embargo na sua fase executiva<sup>91</sup> e pelo dever de comunicação das decisões ao Ministério Público<sup>92</sup>. Contudo, nas arbitragens desportivas (necessárias e algumas voluntárias em jurídico-laborais) do TAD em que estão em jogo direitos fundamentais ou interesses públicos submetidos ao direito administrativo, tal não é suficiente para assegurar um escrutínio pleno e eficaz do Estado e do público. Mais, como vimos, nos litígios desportivos as partes frequentemente encontram-se numa (dupla) desigualdade estrutural que só a publicidade consegue obviar.

*arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos*, AAFDL, Lisboa, 2018, pp. 106-130.

Defendendo que a confidencialidade não permite assegurar o cumprimento do dever de recurso de constitucionalidade, v. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “Tribunais Arbitrais e Tribunais Estaduais”, cit., p. 118.

<sup>85</sup> Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

<sup>86</sup> V. JOSÉ MANUEL MEIRIM, in JOSÉ MANUEL MEIRIM (coord.), *Direito do Desporto*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017 *Direito do Desporto*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, pp. 15-31.

<sup>87</sup> V. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...* cit., pp. 370-374.

<sup>88</sup> Falando, por isso de uma arbitragem “putativamente voluntária”, v. PAULA COSTA E SILVA, *A Nova Face da Justiça*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 114.

<sup>89</sup> V. CARLA AMADO GOMES, “1976/2016: 40 anos de justiça administrativa”, in *Temas e Problemas da Justiça Administrativa*, AAFDL, Lisboa, 2018, p. 37 e

<sup>90</sup> V. HELEN LENSKEY, “Sport exceptionalism and the Court of Arbitration for Sport”, in *Journal of Criminology Research, Policy and Practice*, vol. 4, n.º 2018, disponível em [www.researchgate.net/publication/322595826](http://www.researchgate.net/publication/322595826), p. 12.

<sup>91</sup> V. ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais...”, cit., p. 62.

<sup>92</sup> V. nota 84 do presente estudo.

*O Direito* 151.º (2019), III, 615-643

Sendo a publicidade dessas decisões constitucionalmente imposta, ao lado de José Manuel Meirim<sup>93</sup>, António Pedro Pinto Monteiro<sup>94</sup>, Artur Flamínio da Silva<sup>95</sup>, Miguel Lucas Pires<sup>96</sup> e Ana Celeste Carvalho<sup>97</sup> concluímos que a constitucionalidade do artigo 50.º, n.º 3 da LTAD é bastante contestável. Adiante, veremos quais as consequências dessa inconstitucionalidade.

### **3.1. A publicidade na arbitragem à luz do direito a um processo equitativo na CEDH**

I – Como é sabido, a CEDH vigora na ordem jurídica portuguesa desde 1978 e reveste (pelo menos) de força supralegal<sup>98</sup>, prevalecendo sobre as leis ordinárias, por força do artigo 8.º, n.º 2 da CRP. Ou seja, as leis ordinárias (como a LTAD) se passarem o primeiro teste do confronto com a Lei Fundamental, terão ainda, sob pena de ilegalidade<sup>99</sup>, de respeitar a CEDH.

Da jurisprudência do TEDH sobre o direito a um processo jurisdicional equitativo (artigo 6.º da CEDH) avulta uma resposta semelhante ao que se expôs *supra* à luz da nossa Constituição sobre o cumprimento dos deveres do *due process of law* nos casos de arbitragens necessárias. Esta conclusão é importante, porquanto nas palavras do Tribunal Constitucional, existe uma “clara

<sup>93</sup> Em termos dubitativos, v. JOSÉ MANUEL MEIRIM (coord.), *Lei do Tribunal Arbitral do Desporto*, cit., p. 236.

<sup>94</sup> Em termos dubitativos, v. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade...”, cit., p. 722 e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Confidentiality in Portuguese Sports Arbitration: what lessons can we learn from CAS”, in *Young Arbitration Review*, Ano V, n.º 21, 2016, pp. 60.

<sup>95</sup> *Ibidem* e, mais assertivamente, v. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...*cit., pp. 483-484 e “O novo regime jurídico da resolução de conflitos desportivos no Direito Administrativo: sobre a arbitragem necessária e a mediação no Tribunal Arbitral do Desporto”, in *Arbitragem e Direito Público*, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 417.

<sup>96</sup> V. MIGUEL LUCAS PIRES, “Publicidade...”, cit., p. 23.

<sup>97</sup> V. ANA CELESTE CARVALHO, “Justiça Federativa e o Tribuna Arbitral do Desporto”, cit., p. 50 e “A Arbitragem Necessária e os Poderes do Juiz”, in *O Direito do Desporto em Perspetiva*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 35-37.

<sup>98</sup> V. RUI MOURA RAMOS, “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sua posição face ao ordenamento jurídico português”, in BDDC n. 5, 1981, pg. 93-195. Sustentado que a CEDH dentro da hierarquia das fontes goza de força constitucional, v. JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pg. 170-179; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., pg. 258-264. Reconhecendo-lhe força supraconstitucional, v. ANDRÉ PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina, 2009, pg. 119-124 e 608-609.

<sup>99</sup> V. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. III, cit., p. 706.

vontade histórica do legislador constituinte de acompanhar o passo da jurisprudência europeia no desenvolvimento dos direitos fundamentais igualmente previstos na Convenção e na Constituição”<sup>100</sup>.

II – Ainda que caiba aos Estados Contratantes assegurar o cumprimento da Convenção, os tribunais arbitrais estão vinculados ao disposto no artigo 6.º da CEDH, respondendo os respectivos Estados por eventuais incumprimentos<sup>101</sup>.

Assim, dispõe o artigo 6.º, n.º 1 da CEDH que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e *publicamente*, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei [...]”<sup>102</sup>.

Porém, conforme vem decidindo o TEDH, o artigo 6.º da CEDH não impede que as partes submetam a resolução de certos litígios a tribunais arbitrais, nomeadamente de natureza patrimonial entre indivíduos<sup>103</sup>. Assim, os Estados, dentro da margem de livre apreciação que a Convenção lhes reserva, podem autorizar as partes a renunciar a alguns direitos/garantias do processo equitativo, como o da publicidade<sup>104</sup>. Essa renúncia, por meio de uma convenção de arbitragem tem, contudo, de ser clara e tem de salvaguardar um “número mínimo de garantias” processuais, as quais vão sendo aferidas de acordo com a importância do caso<sup>105</sup>, sem contender com interesses públicos relevantes<sup>106</sup>.

<sup>100</sup> V. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 157/2001 de 10.05.2001 D.R., Série I.

<sup>101</sup> V. ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais...”, cit., pp. 62-63; R. BRINER/F. VON SCHLABRENDORFF, “Art.6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon International Arbitration” in *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Kröll, Benkö; Colónia, 2001, p. 89; J. F. FLAUSS, “L’application de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme aux procédures arbitrales”, *Gazette du Palais*, 1986, IV, Paris, pp. 407-408 e ALEKSANDAR JAKSIC, “Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings” in *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Volume 24, Issue 2, 2007, pp. 159-160.

<sup>102</sup> Destaque nosso.

<sup>103</sup> V. Acs. do TEDH, *Transado – Transportes Fluviais do Sado, S.A. c. Portugal* Queixa n.º 35943/02, 16.12.2003 e *Suda c. República Checa*, queixa n.º 1643/06, 28.10.2010, § 48.

<sup>104</sup> V. Acs. do TEDH, *Deweer c. Bélgica*, queixa n.º 6903/75, 27.02.1980, § 49, *Pastore c. Itália*, queixa n.º 46483/99, 25.05.1999, *Suda c. República Checa*, queixa n.º 1643/06, 28.10.2010, §§ 48-49 e *Nouredine Tabbane c. Suíça*, queixa n.º 41069/12, 01.03.2016, §§ 26-27 e 30. Na doutrina, v. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade...”, cit., p. 708 e autores citados.

<sup>105</sup> V. Acs. do TEDH, *Eiffage S.A. & outros c. Suíça*, 1742/05, 15.09.2009, b.) §3 e *Pfeifer & Plankl c. Áustria*, 25.02.1992, § 37.

<sup>106</sup> V. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade...”, cit., p. 709 e IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, disponível em <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cons-europa-conv-dh-irineu-cbarreto.pdf>, pp. 160-161.



Posto isto, no que toca à arbitragem necessária ou obrigatória, uma vez que as partes não prescindem voluntariamente das garantias do *due process of law*, o Tribunal de Estrasburgo tem entendido que o disposto no artigo 6.º, n.º 1 da CEDH deve ser cumprido<sup>107</sup>.

#### **4. A publicidade das decisões do TAD à luz do princípio da segurança jurídica e da igualdade**

O artigo 50.º, n.º 3 da LTAD enfrenta ainda dificuldades face aos princípios da segurança jurídica e da igualdade, consignados, respectivamente, nos artigos 2.º e 13.º da CRP.

O princípio da segurança jurídica, corolário do princípio do Estado de Direito, exige que o Estado garanta a estabilidade, a coerência e a igualdade das relações jurídicas dos cidadãos, salvaguardando direitos, interesses e expectativas com os quais estes podiam de modo legítimo contar, contribuindo para a paz social<sup>108</sup>. Paralelamente, o princípio da igualdade, ínsito no artigo 13.º da Lei Fundamental desdobra-se, entre outros, num corolário de *igualdade na aplicação do direito*<sup>109</sup>.

Assim, o legislador deve zelar pela *previsibilidade e uniformidade de julgados* de todos os tribunais, incluindo o TAD, de forma a que os destinatários saibam com o que contar e possam modelar as suas condutas. Ora, um dos mecanismos para assegurar essa uniformidade e previsibilidade de julgados é através da sua publicitação<sup>110</sup>. Como refere Armindo Ribeiro Mendes “a publicação das sentenças arbitrais destina-se a que possam ser analisadas e comentadas pelos estu-

<sup>107</sup> V. Acs. do TEDH, Nouredine Tabbane c. Suíça, queixa n.º 41069/12, 01.03.2016, §§ 26-27 e Bramelid e Malmström c. Sweden, queixas n.ºs. 8588/79 e 8589/79, 12.10.1982 e JEAN-FRANÇOIS POUURET/SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed., Zurique, 2007, pp. 65-66.

<sup>108</sup> V. JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 337-348; CARLOS BLANCO MORAIS, *Justiça...*, II, cit., pp. 209 e 340 e “Segurança Jurídica e Justiça Constitucional”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2000, p. 621; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 258-265; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., p. 55 e M. AMARAL, ob. cit., pp. 177-184.

<sup>109</sup> V. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 426.

<sup>110</sup> V. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade...”, cit., p. 714. Em geral, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., p. 307; JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Confidencialidade e transparência...”, cit., p. 90 e ARMINDO RIBEIRO MENDES, in DÁRIO MOURA VICENTE (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 103.

diosos, de forma a fomentar «a formação e consolidação de uma ‘jurisprudência arbitral’, tanto quanto possível coerente»<sup>111</sup>.

De facto, só com a publicidade dos arestos arbitrais do TAD é possível os litigantes conhecerem antecipadamente as consequências legais dos seus comportamentos<sup>112</sup>. A isto acresce um argumento de economia de meios: se o resultado da Justiça for conhecido e os tribunais decidirem de forma previsível, os particulares e os entes públicos optarão por não “entupir” o acesso à justiça<sup>113</sup>. Por outras palavras, se as decisões do TAD e a fundamentação jurídica que as sustentou forem secretas, as partes não conseguirão ajuizar sobre a viabilidade de recorrerem ao TAD. Aliás, usualmente, é a parte vencida que se opõe à publicação das decisões do TAD<sup>114</sup>. Conjugando isto com o facto de existirem inevitavelmente litigantes habituais, facilmente se conclui que o regime actual admite a perversidade de um litigante habitual (como as federações), perante uma jurisprudência desfavorável, a poder manter na “penumbra”, evitando processos idênticos.

Em suma, a publicidade das decisões do TAD concorre para uma aplicação previsível e uniforme da justiça, permitindo que os particulares e os entes públicos possam prever as consequências dos seus actos e tomar decisões informadas, contribuindo para a estabilidade social. Nesta medida, a regra constante do artigo 8.º, n.º 3 do CC<sup>115</sup> de que “o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito”, impõe-se também ao TAD, por força dos princípios da segurança jurídica e da igualdade. Por isso, sem surpresa, se constata que o TAD frequentemente se alvora na sua própria jurisprudência.

Posto isto, da ponderação da autonomia privada das partes que pretendam um julgamento confidencial com os princípios da segurança jurídica e da igualdade, as dúvidas quanto à constitucionalidade do artigo 50.º, n.º 3 da LTAD aumentam.

<sup>111</sup> V. ARMINDO RIBEIRO MENDES, in DÁRIO MOURA VICENTE (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, cit., p. 103 e DAVID D. CARON/LEE M. CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules – A Commentary*, Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 2013, p. 755.

<sup>112</sup> V. CHRISTOPH MÜLLER, “La confidentialité en arbitrage commercial international: un trompe-l’œil?”, in *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, Volume 23, Issue 2, 2005, p. 234.

<sup>113</sup> V. Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 12.05.2016, proc. 982/10.4TBPTL.G1-A.S1. e MICHELLE TARUFFO, “A jurisprudência entre a casuística e a uniformidade”, in *Julgar*, n.º 25, pp. 19-20.

<sup>114</sup> V. MARTA VIEIRA DA CRUZ, in JOSÉ MANUEL MEIRIM (coord.), *Direito do Desporto*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 193.

<sup>115</sup> Código Civil.

## 5. A publicidade das decisões de tribunais arbitrais de desporto no Direito Comparado

Feita uma excursão sobre a inconstitucionalidade da actual solução da LTAD sobre publicação de arestos arbitrais, resta dar nota de que a opção do legislador português não encontra paralelo nas principais instituições arbitrais desportivas estrangeiras.

A solução portuguesa foi inspirada no regime do *Tribunal Arbitral du Sport* ou *Court of Arbitration for Sport* (“TAS/CAS”)<sup>116</sup>, mas com importantes diferenças<sup>117</sup>. Em 1983 já se previa que a leitura da decisão arbitral era pública, a menos que ambas as partes a isso se opusessem<sup>118</sup>. Posteriormente, desde 2004 até 2013, as decisões arbitrais passaram a ser confidenciais a menos que (i) ambas as partes concordassem na sua publicidade ou (ii) se a decisão determinasse a publicidade<sup>119</sup>. Após várias críticas à falta de transparência e secretismo das decisões do CAS/TAS<sup>120</sup>, marcadas pelo “*caso Pechstein*”<sup>121</sup>, com a reforma de 2013, (i) no *processo comum* manteve-se a regra *supra* com a diferença de que o presidente da divisão pode impor a publicidade<sup>122</sup>, porém (ii) a regra nos *processos de recurso* passou a ser a da publicidade dos laudos arbitrais, salvo se as partes acordarem o contrário<sup>123</sup>. Esta mudança prende-se com a consideração de que o conhecimento das decisões disciplinares das federações desportivas é do interesse do público<sup>124</sup>.

Em suma, o legislador português ignorou que antes de 2013 o CAS/TAS já previa a possibilidade do julgador determinar a publicidade e que desde

<sup>116</sup> V. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. Confidencialidade...”, cit., p. 703.

<sup>117</sup> Sobre a evolução do preceito nos projectos de lei, v. JOSÉ MANUEL MEIRIM (coord.), *Lei do Tribunal Arbitral do Desporto*, cit., p. 233-234.

<sup>118</sup> V. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...*cit., p. 377 (em nota).

<sup>119</sup> Para consulta das várias versões do Código do CAS/TAS, v. [www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html](http://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html).

<sup>120</sup> V. HELEN LENSJY, “Sport exceptionalism...”, cit., p. 12; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “As posições jurídicas de desigualdade no Desporto e a jurisprudência da decisão do Tribunal Regional de Munique I (37.ª Câmara de Civil) de 26 de Fevereiro de 2014: um rude golpe para o futuro da arbitragem desportiva?” in *Desporto & Desporto*, n.º 32 (2014), pp. 172 e ss.

<sup>121</sup> Tribunal Federal Suíço, de 10.02.2010, proc. n.º 4A-612/2009. Sobre esta decisão, v. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...*cit., pp. 393-404; JOÃO LIMA CLUNY, “Arbitragens necessárias: ainda são «arbitragem»? O caso do Tribunal Arbitral do Desporto”, cit., pp. 128-129.

<sup>122</sup> V. artigo R43 do Código de 2017.

<sup>123</sup> V. artigo R59 do Código de 2017.

<sup>124</sup> V. DESPINA MAVROMATI/MATTHIEU Reeb, *The Code of the Court...*, cit., p. 313.

2013, nos processos de recurso, a regra passou a ser a da publicidade dos laudos arbitrais.

De resto, note-se que no TAS/CAS, entre 1986 e 2015, apenas 46,5% das decisões arbitrais foram disponibilizadas ao público<sup>125</sup>.

<b>Ano de processo</b>	<b>Total de decisões</b>	<b>Total de decisões publicadas</b>	<b>Percentagem de decisões publicadas</b>
1986	2	1	50%
1987	3	1	33,3%
1988	1	0	0%
1989	1	0	0%
1990	1	0	0%
1991	5	3	60%
1992	12	6	50%
1993	7	2	28,6%
1994	6	6	100%
1995	8	7	87,5%
1996	16	11	68,8%
1997	10	5	50%
1998	35	22	62,9%
1999	22	7	31,8%
2000	61	32	52,5%
2001	28	15	53,6%
2002	73	33	45,2%
2003	83	11	13,3%
2004	178	46	25,8%
2005	136	41	30,1%
2006	128	78	60,9%
2007	183	85	46,4%

<sup>125</sup> Balanço apurado com base nos dados disponibilizados em [www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/CAS\\_statistics\\_2016\\_.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_statistics_2016_.pdf) e [www.jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/Forms/ByYear.aspx](http://www.jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/Forms/ByYear.aspx), por referência a 2015, último ano com dados actualizados à data de acesso do Autor em Janeiro de 2019. O Autor desconsiderou os dados de 2016 por o número total de decisões ser inferior ao número total de decisões publicadas.

Ano de processo	Total de decisões	Total de decisões publicadas	Percentagem de decisões publicadas
2008	224	125	55,8%
2009	202	79	39,1%
2010	213	78	36,6%
2011	259	110	42,5%
2012	241	134	55,6%
2013	248	141	56,9%
2014	309	154	49,8%
2015	286	152	53,1%

No Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport, a regra é a da publicidade de todos os laudos arbitrais<sup>126</sup>.

No Sports Resolutions (UK), a regra é a da confidencialidade nos processos comuns e da publicidade nos processos de recurso (em matéria disciplinar, dopagem, ou referente a decisões de federações desportivas, entidades administrativas, clubes e associações desportivas), excepto se as partes acordarem na confidencialidade antes da feitura da decisão arbitral<sup>127</sup>.

Na Chambre Arbitrale du Sport, a regra é a da não publicação dos laudos, salvo se o julgador determinar o contrário ou se as partes acordarem na sua publicação<sup>128</sup>.

No German Institution of Arbitration (DIS), a regra é a da publicidade de todas as decisões, a menos que as partes se oponham por escrito no prazo de um mês<sup>129</sup>.

Já no Basketball Arbitral Tribunal, tribunal criado pela Federação Internacional de Basketball, com sede em Genebra<sup>130</sup>, a regra é a de que todos os

<sup>126</sup> V. artigo 27.º, n.º 3 do Codice dei giudizi innanzi al Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport e disciplina degli arbitri, disponível em [https://www.coni.it/images/img/TNAS\\_3\\_Regolamento\\_sn.pdf](https://www.coni.it/images/img/TNAS_3_Regolamento_sn.pdf).

<sup>127</sup> V. artigo 14.2. da Arbitration rules of Sport Resolutions (Uk), disponível em [https://www.sports-resolutions.co.uk/uploads/related-documents/D\\_3\\_-\\_Arbitration\\_Rules.pdf](https://www.sports-resolutions.co.uk/uploads/related-documents/D_3_-_Arbitration_Rules.pdf).

<sup>128</sup> V. artigo 19 do Règlement de la Chambre Arbitrale du Sport, disponível em <http://cnosf.franceolympique.com/cnosf/fichiers/File/Juridique/Arbitrage/reglement-arbitral-de-la-chambre-arbitrale-du-sport.pdf>

<sup>129</sup> V. § 42 do DIS-SPORTSCHIEDSGERICHTSORDNUNG, Disponível em <http://www.disarb.org/upload/SportSchO.pdf>.

<sup>130</sup> Sobre este tribunal, v. ERIKA HASLER in A. DUVAL AND A. RIGOZZI (org.), *Yearbook of International Sports Arbitration 2015*, disponível em [www.lk-k.com/wp-content/uploads/2016/11/YISA\\_2015-](http://www.lk-k.com/wp-content/uploads/2016/11/YISA_2015-)

laudos arbitrais são públicos, salvo decisão do árbitro ou do presidente do Tribunal que o nomeou<sup>131</sup>. Por referência a 2015, mais de 90% das decisões são publicadas<sup>132</sup>.

No Sport Dispute Resolution Centre of Canada<sup>133</sup>, a regra é a de que todas as decisões arbitrais são publicadas, excepto se o colégio arbitral determinar o contrário: faculdade que não lhe assiste nos casos de litígios em matéria de antidopagem<sup>134</sup>.

Enfim, no Sports Tribunal of New Zealand, a regra é a da publicação de todos os laudos arbitrais, salvo se o tribunal determinar o contrário<sup>135</sup>.

## 6. A inconstitucionalidade do artigo 50.º, n.º 3 da LTAD: próximos passos

I – Aqui chegados, assente que está a inconstitucionalidade da norma ínsita no artigo 50.º, n.º 3 da LTAD, o TAD (ou melhor, os árbitros) têm o dever de a desaplicar por força do artigo 204.º da CRP<sup>136</sup>. Contudo, surgem algumas dúvidas quanto ao alcance dessa inconstitucionalidade e ao modo como esta operará. A saber:

- i) *pode a interpretação normativa ser “salva” por uma interpretação conforme à Constituição?*
- ii) *será a norma totalmente inconstitucional ou há espaço para uma “sentença redutiva” ou “aditiva”?*

Chapter\_6\_Hasler-Levy-Kaufmann-Kohler-Basketball-Arbitral-Tribunal.pdf, pp. 111-152.

<sup>131</sup> V. artigo 16.4. do Regulamento do BAT, disponível em [www.fiba.basketball/bat/process/arbitration-rules-january-1-2017](http://www.fiba.basketball/bat/process/arbitration-rules-january-1-2017).

<sup>132</sup> V. ANDREAS ZAGKLIS, “Three pointer: an overview of how the basketball arbitral tribunal handles financial disputes” in PANAGIOTOPOULOS DP (ed.) *Sports Law – Lex Sportiva – Lex Olympica and Sports Jurisdiction Experience – Development and Perspective (20th IASL Congress (2014))*, EKEAD, Atenas, 2015, pp 294 (pp. 290-298) e ERIKA HASLER in A. DUVAL AND A. RIGOZZI (org.), *Yearbook of International Sports Arbitration 2015*, cit., p. 128.

<sup>133</sup> Também designado Centre de règlement des différends sportifs du Canada.

<sup>134</sup> V. artigo 6.21., i) do Canadian Sport Dispute Resolution Code, disponível em [http://www.crdsc-sdrcc.ca/eng/documents/CODE\\_2015\\_FINAL\\_EN.pdf](http://www.crdsc-sdrcc.ca/eng/documents/CODE_2015_FINAL_EN.pdf)

<sup>135</sup> V. artigo 25. b) do Rules of the Sports Tribunal of New Zealand 2012, disponível em <http://www.sporttribunal.org.nz/assets/Uploads/Rules-sports-tribunal-2012.pdf>

<sup>136</sup> Sobre o dever dos tribunais arbitrais de desaplicar normas inconstitucionais, v. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, p. 117 e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Do Recurso de Decisões Arbitrais para o Tribunal Constitucional”, cit., pp. 185-211.

iii) *pode um colégio arbitral desaplicar a norma após notificar as partes da sentença ou tem de o fazer antes, sob pena de esgotamento do seu poder jurisdicional?*

II – Quanto à primeira dúvida, importa recordar que o artigo 50.º, n.º 3 da LTAD enfrenta algumas dúvidas interpretativas. Como dissemos, a interpretação que tem sido seguida pelo TAD (e, que por isso, fica cristalizada em Direito<sup>137</sup>) é a de que *qualquer parte se pode opor à publicação da decisão, do sumário e do comunicado de imprensa no site do TAD, não podendo o TAD ou o colégio arbitral impor a publicação*. É esta a norma em exame.

Ora, só se pode recorrer a uma interpretação conforme à Constituição (em sentido estrito<sup>138</sup>) para “salvar” uma norma em casos de dúvida entre duas ou mais interpretações e quando a interpretação conforme não seja *diferente* ou *inovador* em relação ao sentido para o qual a “*intenção claramente reconhecível do legislador*” (na visão subjectivista) ou ao “*sentido inequívoco da lei*” (na perspectiva objectivista)<sup>139</sup> apontavam<sup>140</sup>. *In casu*, tal como referimos atrás a propósito da interpretação restritiva sugerida por Pedro Melo, dificilmente se encontrará outra interpretação do artigo 50.º, n.º 3 da LTAD conforme à Constituição que seja hermenêuticamente possível. Importa recordar que a conformidade com a Constituição não se pode impor ao “texto e ao sentido” ou ao “objectivo legislativo” de forma a “corrigir os «erros jurídico-políticos» do legislador”<sup>141</sup>.

III – Questão diversa reside em saber se a norma em crise é totalmente inconstitucional ou se é apenas inválida parcialmente, havendo espaço para

<sup>137</sup> Sobre a sindicância da inconstitucionalidade de interpretações normativas, v. JORGE MIRANDA., *Fiscalização da Constitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 194 e CARLOS LOPES DO REGO, *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 31 e ss.

<sup>138</sup> V. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 311-316; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 1226 e 1227; RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica, Lisboa, 1999, pp. 295 e 328 e CARLOS BLANCO MORAIS, *Justiça...*, II, cit., pp. 378-379.

<sup>139</sup> Sobre as correntes subjectivistas e objectivistas v. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., pp. 175-177 e A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, cit., pp. 193-196 e KARL ENGISCH, *Introdução...*, cit., pp. 147 e 165-204.

<sup>140</sup> V. RUI MEDEIROS, *A decisão...*, cit., pp. 311-312 e 316; VITALINO CANAS, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., Lisboa, 1994, pp. 89-92 e KARL ENGISCH, *Introdução...*, cit., pp. 202-204.

<sup>141</sup> V. RUI MEDEIROS, *A decisão...*, cit., p. 316 e CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad., A. MENEZES CORDEIRO, 4.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 212.

uma sentença aditiva ou redutiva<sup>142</sup>. A questão é pertinente, porquanto existe no nosso ordenamento jurídico um princípio de preferência das decisões de inconstitucionalidade parcial sobre as decisões de inconstitucionalidade total<sup>143</sup>.

Ou seja, será possível desaplicar apenas a norma (i) na parte em que se aplica à arbitragem necessária; ou (ii) na parte em que não exige o acordo de ambas as partes; ou ainda (iii) na parte em que não exige um pedido fundamentado em defesa da “dignidade das pessoas e da moral pública”? À luz da “tese das soluções constitucionalmente obrigatórias”<sup>144</sup>, tal só seria possível (entre outros requisitos) se as normas constitucionais violadas (artigos 2.º, 13.º e 206.º da CRP) forem normas preceptivas com uma componente exequível por si mesma e a “nova” norma for a única solução possível. *In casu*, ainda que das normas violadas avulte uma componente preceptiva e exequível, dificilmente se conseguiria argumentar que só uma solução é constitucionalmente devida. No fundo, uma decisão modificativa (aditiva ou redutiva) exigiria uma fundamentação acrescida em relação a uma decisão de inconstitucionalidade total.

Da nossa parte, afirmamos, sem reservas que a solução mais correcta seria a de que, pelo menos em arbitragem necessária, as decisões do TAD deveriam ser obrigatoriamente publicitadas, salvo nos casos excepcionados no artigo 206.º da CRP<sup>145</sup>, por decisão do colégio arbitral, oficiosamente ou por requerimento de qualquer uma das partes. Porém, não vislumbramos que esta seja a única solução constitucionalmente possível.

Por outro lado, se um colégio arbitral desaplicar o artigo 50.º, n.º 3 da LTAD na sua totalidade, este deverá aplicar os artigos 30.º, n.º 6 da LAV e 185.º-B do CPTA aplicáveis *ex vi* artigo 61.º da LTAD, consoante o tipo de processo.

IV – A terceira questão prende-se com saber até que momento pode/deve um colégio arbitral desaplicar o artigo 50.º, n.º 3 da LTAD.

<sup>142</sup> Sobre estas decisões, v. JORGE MIRANDA, *Fiscalização...*, cit., p. 71 e 91; RUI MEDEIROS, *A decisão...*, cit., pp. 433 e ss (em especial 488); CARLOS BLANCO MORAIS, *Justiça...*, II, cit., pp. 259-265, 329 e ss, 428 e 885; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 1019-1020; VITALINO CANAS, *Introdução...*, cit., pp. 185 e ss; RICARDO BRANCO, *O Efeito Aditivo da Declaração de Constitucionalidade com Força Obrigatória Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 144, 145 e 153-175.

<sup>143</sup> V. JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, cit., p. 315; RUI MEDEIROS, *A decisão...*, cit., pp. 439-442 e GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 1020-1022.

<sup>144</sup> V. CARLOS BLANCO MORAIS, *Justiça...*, II, cit., pp. 438, 467 e 471-474 e “As sentenças...”, cit., pp. 108, 109, 112 e 113 e VEZIO CRISAFULLI, “La Corte costituzionale ha vent’anni”, in *Giur. Cost.*, I, 1976, disponível em [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU%20296.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20296.pdf), pp. 1700 e ss (em especial 1707).

<sup>145</sup> Assim, v. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...* cit., p. 484.



Segundo o princípio do esgotamento do poder jurisdicional, de modo a estabilizar uma decisão, o poder jurisdicional do julgador esgota-se imediatamente quanto à matéria de fundo após a prolação da sentença. Logo, como repara Miguel Lucas Pires, se um colégio arbitral desaplicar a norma após a notificação do acórdão às partes e após uma delas requerer a não publicação, pode colocar-se um problema de esgotamento do seu poder jurisdicional<sup>146</sup>. Contudo, como ensinava Alberto dos Reis, tal não exempta o julgador do poder-dever de resolver “questões e incidentes que surjam posteriormente e não exerçam influência na sentença ou despacho que emitiu”<sup>147</sup>, como dispõe ainda o actual artigo 613.º do CPC<sup>148149</sup>. Na LAV, prevê-se igualmente o poder dos tribunais arbitrais de rectificarem, interpretarem (ou clarificarem) e de proferirem uma decisão adicional após a feitura da decisão da causa<sup>150</sup>. Também na LTAD, no artigo 47.º, se prevê que o colégio arbitral pode rectificar ou esclarecer alguma ambiguidade da decisão proferida, no prazo de 5 dias.

Sendo a lei omissa quanto à possibilidade (e ao prazo) de decisão do colégio arbitral sobre a oposição à publicação do artigo 50.º, n.º 3 da LTAD, é controverso que este possa desaplicar esse artigo por inconstitucionalidade e ordenar a publicação, eventualmente no prazo do artigo 47.º, aplicado analogicamente. Assim, a via mais cautelosa será que o faça até à (ou na própria) decisão.

V – Como vimos, as decisões do TAD, pelo menos em arbitragem necessária, deveriam ser obrigatoriamente publicitadas, sob pena de inconstitucionalidade. Porém, admitindo que existem outras soluções constitucionalmente possíveis, não vislumbramos que um tribunal possa lançar mão de uma decisão modificativa (aditiva ou redutiva) do actual artigo 50.º, n.º 3 da LTAD. Tão pouco antevemos ser possível “salvar” a norma em crise com uma interpretação conforme à Constituição. Assim, não queda outra alternativa aos árbitros do TAD que não desaplicar a norma na totalidade.

De resto, como *próximo passo*, até a invalidade do artigo 50.º, n.º 3 da LTAD ser declarada com força obrigatória geral, justifica-se recuperar aqui os

<sup>146</sup> O Autor sugere, por isso, que uma alternativa poderia ser o colégio arbitral ter de impor a publicidade da decisão antes ou no momento da emissão da decisão, v. MIGUEL LUCAS PIRES, “Publicidade...”, cit., pp. 23-24.

<sup>147</sup> V. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, volume V, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1981, p. 127.

<sup>148</sup> Código de Processo Civil.

<sup>149</sup> V. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.03.2015, proc. n.º 756/09.5TTMAI.P2.S1.

<sup>150</sup> V. artigo 45.º da LAV e ALEXANDRA VALPAÇOS GOMES DE CAMPOS, “O esgotamento do poder jurisdicional dos árbitros: correcção, interpretação e integração da sentença arbitral”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 72, n.º 4, (Out.-Dez), Lisboa, 2012, pp. 1412-1416.

apelos legiferantes de Miguel Lucas Pires e de Artur Flamínio Silva de revogar esse artigo, passando a aplicar-se os regimes da LAV à arbitragem voluntária e do CPTA à arbitragem necessária do TAD, por força do artigo 61.º da LTAD) e/ou eventualmente na “arbitragem voluntária limitar o direito de oposição à publicação, instituindo a necessidade de apreciação e deferimento do requerimento nesse sentido apresentado por uma das partes, a cargo do Presidente do TAD e, ou, do colégio arbitral”<sup>151</sup>, para os casos excepcionados no artigo 206.º da CRP<sup>152</sup>.

## 7. Conclusão

A arbitragem desportiva é um instrumento precioso à célere decisão de litígios desportivos, crucial para acompanhar a efémera carreira dos atletas e a rapidez dos eventos desportivos<sup>153</sup>. Aliando isto à forte especialização dos árbitros em questões de elevada complexidade técnico-jurídica, a instituição do TAD foi um marco importante na justiça desportiva. Porém, o regime actual da publicação dos arestos arbitrais do TAD não faz jus à intenção de reduzir a desconfiança em torno da arbitragem<sup>154</sup>.

Como vimos, a confidencialidade na arbitragem assume contornos diferentes consoante a natureza do litígio. Nomeadamente, quando se trate de sindicar a legalidade da actividade administrativa ou quando estejam em jogo interesses públicos ou direitos fundamentais, só a publicidade das decisões permite um escrutínio efectivo do público e do Estado da função jurisdicional. Mais, as partes (que muitas vezes estão numa dupla desigualdade estrutural) se não conhecerem a jurisprudência do TAD não conseguirão avaliar da necessidade de recorrer a uma justiça que deve ser uniforme e igual para todos. Como dissemos, o regime actual permite a perversidade de litigantes habituais (como as federações desportivas) manterem na penumbra decisões desfavoráveis que poderiam ser replicadas em litígios com outros desportistas ou agentes desportivos.

Assim, o actual artigo 50.º, n.º 3 da LTAD colide com os direitos fundamentais a um processo equitativo e a uma tutela jurisdicional efectiva (na modalidade de garantia de publicidade) com o princípio da segurança jurídica

<sup>151</sup> V. MIGUEL LUCAS PIRES, “Publicidade...”, cit., p. 25.

<sup>152</sup> Assim, v. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...* cit., p. 484.

<sup>153</sup> V. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução...* cit., pp. 374-375.

<sup>154</sup> V. CARDOSO DA COSTA, “Um Tribunal Arbitral do Desporto”, in *Direito & Desporto*, ano V, n.º 13, 2007, pp. 14-15.

e com o princípio da igualdade. Relembramos que, com maior ou menor firmeza, a sua inconstitucionalidade já era avançada por José Manuel Meirim, António Pedro Pinto Monteiro, Artur Flamínio da Silva, Miguel Lucas Pires e Ana Celeste Carvalho.

Sendo essa inconstitucionalidade óbvia, o alcance e as consequências dessa invalidade não o são. Como explanamos, existem, desde logo, dúvidas interpretativas (como a levantada por Pedro Melo) que poderiam “salvar” a invalidade do artigo 50.º, n.º 3 da LTAD por meio de uma interpretação conforme à Constituição, caso fossem hermenêuticamente possíveis. Note-se que tão pouco vislumbramos que exista espaço para a prolação de uma sentença modificativa (aditiva ou redutiva), porquanto não existe apenas uma solução como sendo constitucionalmente obrigatória. Assim, só resta apelar aos colégios arbitrais do TAD para que desapliquem o artigo 50.º, n.º 3 da LTAD na sua totalidade, recorrendo ao regime supletivo da LAV e do CPTA, como impõe o artigo 61.º da LTAD, até uma declaração de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional ou uma intervenção do legislador.

Terminamos com o apelo legiferante de revogação do artigo 50.º, n.º 3 da LTAD (passando a aplicar-se os regimes da LAV à arbitragem voluntária e do CPTA à arbitragem necessária do TAD, por força do artigo 61.º da LTAD) e/ou eventualmente prever que na arbitragem voluntária o direito de oposição à publicação devesse ficar dependente de decisão do Presidente do TAD ou do colégio arbitral, para os casos do artigo 206.º da CRP. Por alguma razão, como vimos, nenhum dos principais centros institucionais desportivos nacionais e transnacionais partilha do regime acolhido pelo legislador português.



# “Eu hei de ter um Facebook”: Da (in)existência de limites na utilização das redes sociais por parte dos trabalhadores

DR.<sup>a</sup> ISA MEIRELES\*

SUMÁRIO: *I – Resumo. II – Desenvolvimento: § 1. O Direito do Trabalho: do seu surgimento à atualidade; § 2. O contrato de trabalho: 2.1. Gênese, evolução e desafios; 2.2. Poderes da entidade empregadora; 2.3. Direitos dos trabalhadores; 2.4. Os direitos de personalidade dos trabalhadores; § 3. Direitos do empregador e direitos do trabalhador: uma eventual digital war: 3.1. Os direitos do trabalhador: em especial, o direito à privacidade; 3.2. Os direitos do empregador: do bom nome à confidencialidade; 3.3. Evolução digital: Uma verdadeira evolução ou retrocesso? 3.4. A possibilidade do controlo eletrónico abusivo por parte do empregador; § 4. O Facebook: onde fica a privacidade?: 4.1. A fase pré-contratual: Influência dos perfis do facebook; 4.2. O decurso da execução do contrato de trabalho; 4.3. Facebook: Desativar a relação contratual. III – Conclusões. IV – Endereços eletrónicos consultados. V – Jurisprudência consultada.*

## I – Resumo

A temática que nos propomos a tratar coloca em balanço o advento das novas tecnologias, a crescente adesão a redes sociais e a sua ligação – já nada ténue – com a relação de trabalho e o próprio contrato de trabalho.

Partindo de uma (necessária) perceção histórica do que foi e do que é, nos dias correntes, o Direito do Trabalho, nunca se poderá olvidar que o seu surgimento foi assente em valores e pilares estruturais que marcaram toda a sua

\* Advogada. Assistente Convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho. Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa. Doutoranda no âmbito do Doutoramento em Ciências Jurídicas Privatísticas. Investigadora no Centro de Investigação em Justiça e Governação – JUSGOV.

evolução: aliás, dos primórdios do surgimento desta área que sabemos que o trabalhador é, à partida, visto como a parte mais fraca da cadeia contratual.

Como diria João Leal Amado<sup>1</sup>, o contrato de trabalho, o próprio trabalho, “[é] como o amor: Eterno enquanto dura”<sup>2</sup>. Pegando nesta metáfora do referido Autor, e pondo-a em paralelo com a analogia apresentada por Teresa Coelho Moreira<sup>3</sup> poderemos referir, com todas as problemáticas apresentadas pela evolução tecnológica, estarmos perante um amor que é eterno enquanto dura<sup>4</sup>, mas os seus votos quase que matrimoniais são condicionados com um voto que não poderá ser olvidado: “até que o *Facebook* nos separe”<sup>5</sup>.

Ora, a colisão entre a realidade das redes sociais (em particular do *facebook*) e a salvaguarda dos direitos do trabalhador levam a que seja absolutamente crucial, hoje, ponderar quais os limites. O *facebook* enquanto rede social que encurta distâncias e facilita comunicações poderá colocar em causa toda a relação laboral celebrada entre o trabalhador e seu empregador, com apenas um simples *click* através de um *World Wide Web*.

## II – Desenvolvimento

### 1. O Direito do Trabalho: do seu surgimento à atualidade

O Direito do Trabalho nem sempre foi, nem poderia ter sido, como o conhecemos hoje.

Apesar de ser um direito de formação recente, jovem, ainda imaturo e em crescimento constante, poderemos remontar e viajar nas suas origens até ao Direito Romano.

No âmbito do direito romano o trabalhador era visto como um objeto propriedade do seu dono<sup>6</sup>.

É importante clarificar que o Direito do Trabalho surge como um verdadeiro direito de desigualdade e que foi com o advento da Revolução Industrial que na história começou a proceder-se a uma verdadeira reviravolta. A génese

<sup>1</sup> AMADO, JOÃO LEAL, in *Contrato de Trabalho*, 2014, 4.ª ed., Almedina.

<sup>2</sup> Relembrando VÍNICIUS DE MORAES in “*Antologia Poética*”: Eu possa me dizer do amor (que tive): Que não seja imortal, posto que é chama Mas que seja infinito enquanto dure.

<sup>3</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, *Até que o Facebook nos separe: análise dos acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Setembro de 2014 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2014*, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, a publicar.

<sup>4</sup> AMADO, JOÃO LEAL, *idem*.

<sup>5</sup> Metáfora utilizada por MOREIRA, TERESA COELHO, *idem*.

<sup>6</sup> MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, in *Direito do Trabalho*, 2012, 3.ª ed., Almedina, p. 21.

do Direito do Trabalho, o seu ADN, a sua verdadeira genética, prende-se com a proteção dos trabalhadores. A relação de trabalho emergiu como uma verdadeira relação “desigualitária” e vinculada na autoridade colocada pela entidade empregadora no trabalhador: entendido, nos primórdios do surgimento desta relação, como um objeto do empregador.

A Revolução Industrial demonstrou aos trabalhadores que *together they have more strength*, sendo aliado aos problemas desencadeados pela Revolução Industrial que se desencadeou a intervenção legislativa destinada a proteger a parte mais fraca da relação laboral<sup>7</sup>. Como nos elucidou João Leal Amado, esquematicamente dir-se-ia: Revolução Industrial + Questão Social + Movimento Operário = Direito do Trabalho.

É com base em toda esta, aqui curta, contextualização histórica que podemos materializar a função do Direito do Trabalho: a função tuitiva, tutelary, de protecção da parte mais débil da relação laboral, de obstáculo à ditadura contratual de outro modo exercida pelo contraente mais poderoso<sup>8</sup>.

Hoje deparamo-nos com esta função tuitiva, ainda que cada vez mais abateda, desfocada e com uma certa perda de vitalidade<sup>9</sup>.

Mas não podemos olvidar a importância gravitante em volta desta relação de trabalho. O trabalho “humanifica” o homem, tolda-o, motiva-o, cativa-o. O trabalho é a sua fonte de rendimento económico e pessoal. É aqui evidente uma relação marcadamente patrimonial mas com uma dimensão irrecusavelmente pessoal<sup>10</sup>.

Há pouco referimo-nos a este direito do trabalho como um direito ainda imaturo. Confessamos, poderá ser questionável: afinal de contas, não terá o direito do trabalho amadurecido, bastante, com toda a evolução histórica a que indubitavelmente temos assistido? A resposta é certamente afirmativa. No entanto, a imaturidade a que nos referimos prende-se, tão só, com os desafios que este encontra no seu quotidiano, e que surgem a uma velocidade imensa. Todos os dias a relação de trabalho é posta em causa, muitas vezes sem nos apercebermos das problemáticas emergentes e das evoluções a que assistimos.

A evolução tecnológica e, em consequência, das novas tecnologias de informação e comunicação (doravante designadas por NTIC) são causa dessa imaturidade a que levemente me referi. Como refere Teresa Alexandra Coelho Moreira “[a]s NTIC associadas à informática fizeram com que o tema do

<sup>7</sup> MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, in *Direito do Trabalho*, 2012, 3.ª ed., Almedina, pp. 23 e 25 e AMADO, JOÃO LEAL, in *Contrato de Trabalho*, 2014, 4.ª ed., Almedina, pp. 22, 23, 24.

<sup>8</sup> AMADO, JOÃO LEAL, in *Contrato de Trabalho*, 2014, 4.ª ed., Almedina, p. 25.

<sup>9</sup> AMADO, JOÃO LEAL, in *Contrato de Trabalho*, 2014, 4.ª ed., Almedina, p.25.

<sup>10</sup> AMADO, JOÃO LEAL, in *Contrato de Trabalho*, 2014, 4.ª ed., Almedina, p.27.

direito à privacidade e à dignidade dos trabalhadores adquirisse enorme importância no direito do trabalho, de tal forma que há quem refira, a esse nível, uma verdadeira revolução industrial, agora de tipo informático”<sup>11</sup>.

A questão que se coloca e que se problematizará adiante é uma preocupação óbvia: sabendo que o direito do trabalho atravessou uma forte evolução histórica que se traduz numa genética protecionista do trabalhador, e sabendo que esse direito é um direito fortemente constitucionalizado, onde é evidente o bloco constitucional de trabalho<sup>12</sup>, como se interliga estas duas características, entre outras, a uma constante evolução tecnológica? Além de que o próprio direito do trabalho evolui e dissipa, cada vez mais, a distância entre empregador e trabalhador e, naturalmente, hoje em dia, com este crescente advento das NTIC, vamos verificando uma desproteção do trabalhador no que aos seus direitos constitucionais diz respeito. Isto porque as NTIC<sup>13</sup> vieram alterar conceitos de privacidade, adaptando-os à realidade informática que é, inevitavelmente, uma realidade diferente daquela em que foi moldado o direito do trabalho.

## 2. O contrato de trabalho

### 2.1. *Génese, evolução e desafios*

A definição de contrato de trabalho encontra-se prevista no artigo 11.º do Código de Trabalho (doravante C.T.) e é definido como “aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas”, o que, aos olhos de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, é manifestamente infeliz<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, in *As NTIC, a privacidade dos trabalhadores e o poder de controlo electrónico do empregador*, Julho de 2010, pp. 865, consultada em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2941/25.pdf>.

<sup>12</sup> AMADO, JOÃO LEAL, in *Contrato de Trabalho*, 2014, 4.ª ed., Almedina, p.45.

<sup>13</sup> Como refere, por exemplo, TERESA COELHO MOREIRA “[c]om as NTIC surgem vários instrumentos informáticos capazes de ameaçar a privacidade das pessoas em geral, e dos trabalhadores, em especial. Esta situação levanta um verdadeiro e quase insolúvel desafio à privacidade (...)” – MOREIRA, COELHO TERESA, in *As NTIC, a privacidade dos trabalhadores e o poder de controlo electrónico do empregador*, Julho de 2010 consultada em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2941/25.pdf>.

<sup>14</sup> A saber “A definição é, no entanto, manifestamente infeliz. Em primeiro lugar, omite a referência à direcção do empregador, que constitui um elemento essencial do contrato de trabalho. Em segundo lugar, faz referência à inserção numa organização, pretendendo aderir a uma posição doutrinária anteriormente assumida, sendo que a inserção numa organização, embora constitua um elemento natural,



No entanto, cumpre referir que João Leal Amado entende que, ao contrário do entendido por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, as diferenças existentes entre o artigo 11.º do C.T. e o 1152.º do Código Civil (doravante C.C.) não são muito significativas<sup>15</sup>.

Conclui-se, portanto, que o Contrato de Trabalho é constituído na sua essência por três elementos, a saber: (i) a prestação do trabalho (o que implica que a atividade prestada seja na sua plenitude uma atividade humana, lícita, de acordo com os bons costumes e que cumpra fundamentalmente os requisitos do artigo 280.º do C.C., nomeadamente quanto à determinabilidade imprescindível do objeto); (ii) a retribuição (que se consubstancia na contrapartida que o empregador atribui ao seu trabalhador pela prestação da atividade que anteriormente referimos, constituindo-se assim um sinalagma que não é perfeito, visto que existem alturas que o trabalhador pode não efetuar na sua plenitude a sua atividade e, mesmo assim, receber a referida retribuição, devendo, *a priori*, respeitar um patamar mínimo, o considerado limiar mínimo de sobrevivência), e como diz João Leal Amado *lat but not least*<sup>16</sup>, (iii) a subordinação jurídica (sendo certo que é este elemento que vai permitir distinguir um contrato de prestação de serviços de um contrato de trabalho, não olvidando que a subordinação jurídica é o dever que o trabalhador tem de respeitar ordens e diretrizes que o empregador lhe dá, não se podendo, certamente, confundir subordinação jurídica com dependência económica)<sup>17</sup>.

O contrato de trabalho prevê em si algumas características, tal como o facto de ser um contrato sinalagnático, oneroso, patrimonial, obrigacional, de adesão, duradouro e *intuitu personnae*<sup>18</sup>.

A pergunta que se coloca e a que cumpre responder imediatamente é se de facto existe um modelo típico do contrato de trabalho. Ainda que precipitadamente, a resposta a nosso ver será negativa.

Veja-se que o tipo legal subjacente ao artigo 11.º do Código de Trabalho consagra um contrato a tempo integral, por tempo indeterminado, no local de trabalho do empregador, sem intermitência e que, apesar de ser *intuitu personnae*, por vezes a confiança não é, de facto, elemento necessário para a contratação.

não é um elemento essencial do contrato de trabalho. Mais feliz se apresenta, por isso, a definição do artigo 1152.º do Código Civil (...)” – MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, in *Direito do Trabalho*, 2012, 3.ª ed., Almedina, pp. 95, 96 e 97.

<sup>15</sup> AMADO, JOÃO LEAL, in *Contrato de Trabalho*, 2014, 4.ª ed., Almedina, p.65, 66 e 67.

<sup>16</sup> AMADO, JOÃO LEAL, in *Contrato de Trabalho*, 2014, 4.ª ed., Almedina, p.68.

<sup>17</sup> AMADO, JOÃO LEAL, in *Contrato de Trabalho*, 2014, 4.ª ed., Almedina, p.68, 69 e 70 e MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, in *Direito do Trabalho*, 2012, 3.ª ed., Almedina, pp. 96 e 97.

<sup>18</sup> Assim o caracteriza AMADO, JOÃO LEAL, in *Contrato de Trabalho*, 2014, 4.ª ed., Almedina, pp. 73 a 76.

Hoje em dia este *tipo* legal sofreu fortes alterações. Tal fica a dever-se em larga medida ao surgimento de várias modalidades do contrato de trabalho, assim como à exigência de uma correspondência entre o direito e a realidade.

Não pode existir um tipo legal completamente desfasado do tipo social.

Mas qual é, de facto, o tipo social existente entre nós? Pensemos num mundo totalmente informático-dependente, e juntemos isso com o contrato de trabalho e suas modalidades. Obviamente que as modalidades do contrato tiveram de se adaptar a esta realidade informática. Quer nos ditos *contratos comuns*, quer com as próprias modalidades novas que surgiram e que em muito se aliam a esta evolução tecnológica. A este respeito cumpre-me referenciar o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) cujo relator é Mário Pereira, datado de 5 de Julho de 2007<sup>19</sup>.

## 2.2. *Poderes da entidade empregadora*

Conforme já mencionado, a relação de trabalho caracteriza-se, também, por existir uma subordinação jurídica que deriva inevitavelmente da existência de poderes do empregador.

Poderes esses que são: o poder diretivo ou fiscalizador que se encontra previsto no artigo 97.º do Código de Trabalho, o poder regulamentar que se encontra previsto no artigo 99.º do Código de Trabalho e o poder disciplinar que, por sua vez, se encontra previsto no artigo 98.º do Código de Trabalho.

Em estrita colisão com a evolução informática e com os direitos do trabalhador cumpre refletirmos acerca do poder fiscalizador e disciplinar na sua relação com as NTIC e o contrato de trabalho.

## 2.3. *Direitos dos trabalhadores*

Da mesma forma que o empregador tem poderes, tem o trabalhador direitos e deveres. Quanto aos seus deveres refira-se, brevemente, o dever de obediência previsto no artigo 128.º n.º 1 alínea e), o dever de diligência previsto

<sup>19</sup> “As novas tecnologias da informação invadiram a vida das nossas sociedades, incluindo o mundo laboral, trazendo consigo uma vasta gama de benefícios na área da informação e da comunicação, mas também riscos e perigos vários, nomeadamente no que respeita aos direitos da personalidade. Instrumentos indispensáveis à inovação e crescimento das economias, o seu advento, implantação e enorme crescimento ditaram o aparecimento de normas legais reguladoras de vários dos seus aspectos e, certamente, imporão a crescente implantação de outras, face a especificidades próprias, em relação ao regime legal geral, cuja regulamentação em relação a muitos desses pontos se mostra inadequada, insuficiente ou de difícil concretização”.

no artigo 128.º n.º 1 alínea c), o dever de assiduidade e pontualidade previsto no artigo 128.º n.º 1 alínea b), o dever de lealdade no artigo 128.º n.º 1 alínea f), o dever de respeito, urbanidade e probidade, previsto no artigo 128.º n.º 1 alínea a), o dever de custódia previsto no artigo 128.º n.º 1 alínea g), e, por fim, o dever de produtividade previsto no artigo 128.º n.º 1 alínea h).

Como também já referi, o ADN do direito de trabalho é de um caráter fortemente protecionista. O que leva a que, evidentemente, o trabalhador tenha direitos e garantias específicos na relação laboral para além dos que detém enquanto cidadão.

#### 2.4. Os direitos de personalidade dos trabalhadores

Existem, contudo, direitos que merecem hoje, e no presente relatório, a minha cuidadosa atenção. Direitos em que existe uma consagração correspondente a uma superação da distinção entre o Estatuto Geral do Cidadão e o Estatuto do Trabalhador que, por força do contrato de trabalho, não pode ver os seus direitos enquanto cidadão diminuídos. Refiro-me, inequivocamente, aos direitos plasmados no artigo 14.º a 22.º do C.T., denominados *direitos de personalidade*, que derivam de uma Constituição fortemente protecionista dos trabalhadores, designadamente no Capítulo III do Título II da Parte 1 onde se plasmam os “*Direitos, Liberdades e Garantias dos Trabalhadores*”.

É neste âmbito que me cumpre clarificar quais os direitos de personalidade que colocarei em destaque no decorrer do estudo que ora se desenvolve. São, então, o Direito à *liberdade de expressão* e de *opinião* previsto no artigo 14.º do Código de Trabalho; o Direito à *Reserva da intimidade da vida privada* previsto no artigo 16.º do Código de Trabalho; o Direito à *proteção de dados pessoais* previsto no artigo 17.º do Código de Trabalho; a proteção no que se refere a *Meios de vigilância à distância*, prevista no artigo 20.º do Código de Trabalho; a *utilização de meios de vigilância à distância*, regulada no artigo 21.º e, por fim, o Direito à *Confidencialidade de mensagens e de acesso à informação*, previsto no artigo 22.º do Código de Trabalho.

Ponhamos então, *on the table*, o contrato de trabalho, a evolução informática, os poderes do empregador, os direitos do trabalhador e as redes sociais. As redes sociais misturam, sem distinção alguma, a vida pessoal e profissional. Onde existem perfis públicos e privados; onde nem todos os nossos *amigos do Facebook* têm o perfil privado e, muitas das vezes, *partilham* os nossos *estados*. *Estados*, diga-se. Parece algo tão pessoal, íntimo. Mas que colocado num mundo virtual poderá ser partilhado e percepcionado além-fronteiras.

E se o conteúdo for profissional, mas deseje exprimir um desabafo pessoal?

E se o chat do *Facebook*, que cada vez se equipara mais a um *e-mail*, for utilizado no decurso do horário de trabalho, com conteúdo de trabalho?

E se o conteúdo for pessoal?

Quais são os limites, as barreiras?

Como proteger o trabalhador?

E o empregador poderá ficar *nas bocas do mundo* à distância de um “partilhar” ou de um “print screen”?

Para iniciar a discussão e reflexão cumpre-me referenciar que trabalhador e empregador sempre viveram uma relação difícil, mas a *sociedade virtual* veio dificultar tudo ainda mais: *até que o Facebook os separe*<sup>20</sup>, *não é verdade?*

### 3. Direitos do empregador e direitos do trabalhador: uma eventual digital war

#### 3.1. Os direitos do trabalhador: em especial, o direito à privacidade

Foi Henry Ford que se queixou de que “*ao contratar um par de mãos, recebera também um ser humano*<sup>21</sup>.” Isto leva-nos desde logo a reconhecer que existe uma evidente problemática no seio da contratação: A entidade empregadora vai ter de lidar com os direitos que emergem da esfera jurídica da pessoa que contrata. Direitos que podem ser específicos da relação de trabalho, mas que também se alargam aos direitos denominados *inespecíficos*, que são aqueles que o Autor defende como sendo os *direitos de personalidade*.

A relação laboral é uma relação complexa por isto mesmo, já que existe uma panóplia de vértices e pilares importantes. Só no respeito pleno por todos estes direitos é que poderemos ter uma verdadeira proteção dos direitos dos trabalhadores.

Como já foi dito<sup>22</sup>, “[a] difícil conciliação e ponderação dos direitos dos trabalhadores (v.g. liberdade de expressão e divulgação do pensamento e de opinião, direito à privacidade e reserva da intimidade da vida privada) com os direitos dos empregadores (v.g. direito ao bom nome, salvaguarda da confidencialidade da informação, segurança das redes informáticas) exigem, assim, uma delicada e cuidada reflexão que mantenha os pratos da balança adequadamente equilibrados”.

<sup>20</sup> Metáfora utilizada por MOREIRA, TERESA COELHO, *idem*.

<sup>21</sup> AMADO, JOÃO LEAL, in *Contrato de Trabalho*, 2014, 4.ª ed., Almedina, pp.227 e ss.

<sup>22</sup> NASCIMENTO, ANDRÉ PESTANA e BARBOSA, MARIA, Advogados in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez/40-2015/68-80* “Facebook: esfera privada ou pública? Análise Jurisprudencial” disponível para consulta em <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4747/documento/art05.pdf?id=5935>.

Mais complexo ainda é, portanto, o reconhecimento e entendimento destes direitos no mundo digital. Como concluiu nesta matéria Teresa Coelho Moreira<sup>23</sup> “[a] verificação do uso da internet por parte do empregador pode entrar, desta forma, em conflito com o direito à privacidade dos trabalhadores que engloba o direito à autodeterminação informática e à proteção de dados pessoais. Na verdade, o controlo eletrónico do empregador através das novas tecnologias, para além de permitir um controlo em tempo real, permite a recolha na memória de um computador central de todos os dados relativos ao controlo efetuado, sistematizando-os de acordo com critérios previamente definidos, o que origina claramente um tratamento de dados sujeito ao direito constitucional de autodeterminação informativa. O conjunto de informações obtido integra a esfera dos dados pessoais dos trabalhadores, nos termos do art. 2.º, alínea *a*) da Diretiva de Proteção de Dados Pessoais, e do art. 3.º, alínea *a*) da Lei de Proteção de Dados Pessoais. Consequentemente, o seu tratamento tem de ficar sujeito a todos os princípios e regras estabelecidos nestes diplomas. Poderia, ainda, suscitar-se a questão de saber se este controlo da navegação na internet poderia colocar em causa o direito ao sigilo das comunicações, previsto constitucionalmente no art. 34.º, embora não nos pareça que assim seja”.

### 3.2. Os direitos do empregador: do bom nome à confidencialidade

O controlo eletrónico do trabalhador como o controlo do e-mail (sendo que este pode ser pessoal ou mesmo profissional) já causa grandes problemas, imaginemos o eventual controlo de uma rede social: Rede social que até pode ser privada mas que tem conexões mundiais com pessoas<sup>24</sup> conhecidas, desconhecidas e com ligações à sua entidade empregadora. Se, por vezes, no mundo físico o respeito pelos direitos é difícil, imaginemos agora num mundo do qual ninguém tem controlo. Uma rede tão vasta do qual não se reconhecem paradesiros nem moradas definidas. Um mundo do qual podemos não ter a certeza do *perfil* com o qual contactamos. Um mundo definido por I.P’s e que os km

<sup>23</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, in *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites de poder do controlo electrónico do empregador*, pp. 522, 2010, Almedina.

<sup>24</sup> No conceito de “amigos” do Facebook cabem não só os amigos mais próximos, como também outros amigos, simples conhecidos ou até pessoas que não se conhece pessoalmente, apenas se estabelecendo alguma afinidade de interesses no âmbito da comunicação na rede social que leva a aceitá-los como “amigos” in Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24-09-2014 disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

de distância se tornam encurtados pelos constantes *clicks* que ecoam do teclado de cada computador, tablet's, smartphone's (...).

### 3.3. *Evolução digital: uma verdadeira evolução ou retrocesso?*

Vivemos na era digital. Pela dependência total em relação a este mundo virtual, a relação de trabalho não pode ser esquecida nem dele dissociada. Pelo contrário, na minha opinião, devem até os cuidados ser aumentados: os perigos tornaram-se não menos escassos, e o bom nome de alguém pode ser divulgado e partilhado por centenas ou milhares de pessoas desconhecidas. Como? Através das denominadas *redes sociais*, um fenómeno do qual muitos de nós faz parte, e que se pensa serem como um túmulo sagrado. Mas não o são. São tudo menos privadas, confiáveis e fiáveis. Além disso não nos permitem, facilmente, o direito ao esquecimento ou mesmo o direito ao arrependimento: Um *post* impensado pode originar *printscreen's*. Estamos constantemente a ser controlados. Em cada pesquisa estamos a deixar a nossa *impressão digital*. Controlo esse que quase se equipara a um verdadeiro *Big Brother*<sup>25</sup> em que, juntando-se todas as pegadas digitais, por mais pequenas que sejam, pode-se vir assim a influenciar a construção da relação laboral, o seu curso, e até o seu fim.

Privacidade – nunca este direito foi tão necessário!

Já há algum tempo que o eco do direito à privacidade surgiu, aliado a convicções de autores como Samuel Warren e Louis Brandeis, que defendiam “*que as invenções e os avanços da técnica poderiam trazer sérios riscos para as liberdades dos indivíduos e, concretamente, para o seu âmbito mais privado (...)*”<sup>26</sup>. Foram pois estes dois autores que em 1890 publicaram na Harvard Law Review o estudo “*The Right to Privacy*”<sup>27</sup>, com o objetivo de “estabelecer um limite jurídico às intromissões da imprensa na vida privada”<sup>28</sup>.

Foi com o avanço cada vez maior da era tecnológica que a constante preocupação com este *direito à privacidade* se tornou, também ela, maior e mais intensa. Foi a partir dos anos sessenta do século XX que existiu uma radical e

<sup>25</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, “*A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online*” in *Questões Laborais*, Ano XX, N.º.41, janeiro/junho 2013, Coimbra Editora pp. 26 e ss.

<sup>26</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, “*A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online*” in *Questões Laborais*, Ano XX, N.º.41, janeiro/junho 2013, Coimbra Editora.

<sup>27</sup> WARREN, SAMUEL D., BRANDEIS, LOUIS D., *The Right to privacy in Harvard Law Review*, Volume IV n.º5, BOSTON, December, 1890, disponível para Consulta em [http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html).

<sup>28</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, “*A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online*” in *Questões Laborais*, Ano XX, N.º.41, janeiro/junho 2013, Coimbra Editora.

fulcral mudança de conceitos, como defende Teresa Coelho Moreira<sup>29</sup>: “[a] partir dos anos sessenta do século XX assiste-se a uma alteração radical do conceito de privacidade e da sensibilidade social a este associada devido ao surgimento da era dos computadores e à mudança de que estes provocaram na própria organização da sociedade”.

A privacidade é um conceito importantíssimo<sup>30</sup>. Conceito que a par da evolução tecnológica, designadamente da internet, e no que nos cumpre analisar das *redes sociais*, tem vindo a tornar “o controlo do empregador cada vez mais presente e intrusivo, afetado em cada vez maior grau a privacidade dos trabalhadores”<sup>31</sup>.

O mundo está deparado com uma rede cada vez mais veloz e que por sua vez implica uma maior transmissão de dados. Dados esses que se transmitem, mas que não são esquecidos. O que nos leva de imediato a querer debruçar um pouco do tempo do nosso estudo sobre os problemas da *cloud* e do *direito ao esquecimento* ou, melhor dizendo, *the right to be forgotten*<sup>32</sup>.

São todas as novidades trazidas pela nova era cada vez mais tecnológica e informática a que assistimos que nos levam a crer que nos encontramos a viver numa era cada vez mais marcada pela dependência da informação de uma sociedade<sup>33</sup>, cada vez mais informática, a que muitos denominam “era da *Big Data*”<sup>34</sup>: “[w]e live in an age of “big data.” Data has become the raw material of production, a new source of immense economic and social value. Advances in data mining

<sup>29</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, ob.cit.

<sup>30</sup> Sobre a privacidade vide MOREIRA, TERESA COELHO, in *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites de poder do controlo electrónico do empregador*, pp. 67 a 247, 2010, Almedina

<sup>31</sup> “Os empregadores podem, com a utilização destas NITIC, reunir informação sobre os trabalhadores através da observação do que fizeram durante o tempo e no local de trabalho, descobrir os seus interesses e preferências (...) possibilitando a criação de perfis dos trabalhadores e a sua selecção baseada nestes dados. Desta forma, as nTIC permitem, graças às suas capacidades praticamente ilimitadas de captar, armazenar e, relacionar e transmitir todo o tipo de dados, reunir de forma personalizada, a partir de vários tipos de informação, múltiplas facetas da vida dos trabalhadores.” MOREIRA, TERESA COELHO, in *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites de poder do controlo electrónico do empregador*, p.42, 2010, Almedina.

<sup>32</sup> “Teoricamente, este direito ao esquecimento está ligado a um problema candente na era digital na medida em que se torna muito difícil escapar ao passado na Internet pois cada fotografia, actualização de estado ou tweet perdura para sempre na nuvem.” MOREIRA, TERESA COELHO, “A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online” in *Questões Laborais*, Ano XX, N.º.41, janeiro/junho 2013, Coimbra Editora pp. 57 e ss.

<sup>33</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, “A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online” in *Questões Laborais*, Ano XX, N.º.41, janeiro/junho 2013, Coimbra Editora pp. 46 a 47.

<sup>34</sup> Uma das grandes questões é como relacionar a privacidade com toda a evolução tecnológica a que temos vindo a assistir?

*and analytics and the massive increase in computing power and data storage capacity have expanded, by orders of magnitude, the scope of information available to businesses, government, and individuals*<sup>35</sup>.

Tudo o que foi *supra* exposto culmina numa colisão, fruto do panorama apresentado pelo direito à privacidade na relação laboral, quando tal temática surge no âmbito de redes sociais *online*. Este conceito de *redes + sociais + online* torna vulnerável o conceito da privacidade do trabalhador mas também coloca, ou pode colocar em causa, os direitos do empregador.

Como já referimos a relação trabalho<sup>36</sup> não é, nem pode ser, entendida de um modo unilateral. Além do trabalhador existe o empregador, e vice-versa. A questão que se coloca é que efetivamente estamos habituados a encarar a relação laboral como se de uma relação típica se tratasse. Ou seja, o problema coloca-se quando transpassamos a relação laboral para o universo cibernético. O que, e como defende Teresa Coelho Moreira, “*Pensa-se que, apesar de as NTIC constituírem um desenvolvimento muito positivo dos recursos colocados à disposição dos trabalhadores e dos empregadores, os instrumentos de vigilância electrónica podem ser usados de forma a lesar certos direitos fundamentais dos trabalhadores, sobretudo a sua dignidade e a privacidade. Mas não pode esquecer-se que, com o advento destas inovações tecnológicas, é fundamental que os trabalhadores possam usufruir dos mesmos direitos que tinham anteriormente*”<sup>37</sup>.

Por força do exposto, sabemos que a realidade mundial foi seriamente afetada pela evolução tecnológica. Já nada é como era<sup>38</sup>. As comunicações

<sup>35</sup> OMER TEME, JULES POLONETSKY in “Privacy in the Age of Big Data- A Time for Big Decisions”, disponível para consulta em <http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/big-data>.

<sup>36</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, *New Technologies: A Brave New World Of Work?*, in Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 11, jan./jun. 2012 “O Direito do trabalho tem de adaptar-se a estas constantes mutações e, se a introdução da tecnologia nos processos de produção não é novidade para este ramo do Direito, com estas NTIC surgem perspectivas únicas capazes de motivar uma verdadeira exigência de transformação no Direito do trabalho que pode originar, inclusive, uma possível “desnaturalização”, ou “crise de identidade de determinados institutos básicos”. Como escreve DÄUBLER, estas novas tecnologias têm duas características que as tornam uma verdadeira novidade: em primeiro lugar, a capacidade de se tornarem especialmente perigosas e apresentarem um quociente de risco que origina uma série de questões novas; e a segunda característica, que “não é menos dramática que a primeira” e que está relacionada com a capacidade de substituição do trabalho intelectual pela máquina e o consequente desemprego, na medida em que há uma substituição do trabalho mental por equipamentos informatizados e microprocessadores o que reduz o volume de trabalho necessário e, com isso, o número de postos de trabalho, originando, também, exclusão social e uma nova pobreza”.

<sup>37</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, ob cit. p. 32.

<sup>38</sup> “(...) o modo como as pessoas interagem, anunciam, compram e adquirem bens e serviços não é mais o mesmo.” MOREIRA, TERESA COELHO, “A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais



facilitaram-se, as distâncias encurtaram-se e a interação ficou, de facto, muito diferente. Tudo é mais fácil neste mundo que é, de facto, um verdadeiro *mondo novo*. Mas como lidar com esta mudança? Como adequar, manter o ADN e atenuar as preocupações do direito do trabalho relacionadas com todas as facilidades trazidas pelas NTIC? Deverá o trabalhador ser colocado à mercê desta realidade? Deverão as suas impressões digitais, por mais pequenas que sejam, e aliadas ao facto de não haver o direito ao esquecimento, ser utilizadas, sem mais, pelo empregador? É esta uma questão peculiar e muito importante trazida pela Professora Doutora Teresa Coelho Moreira<sup>39</sup>, que se caracteriza pelo facto “*de saber se o tratamento de dados pessoais associado à enorme facilidade da sua recolha, tratamento e circulação através das inovações tecnológicas se poderá circunscrever aos parâmetros tradicionais ou se será necessária uma regulamentação nova, num mundo novo que atenda às características extremamente intrusivas das NTIC, não deixando de ter em consideração que a informação, mesmo a mais pessoal, circula de forma muito rápida, em muito maior quantidade e através de muitos mais sujeitos do que em qualquer outra época, aumentando o perigo da sua descontextualização.*”

### 3.4. A possibilidade do controlo eletrónico abusivo por parte do empregador

Mas o que nos traz ao presente estudo, ainda muito precoce, é o que surge igualmente neste contexto de evolução tecnológica: as redes sociais *online*<sup>40</sup>. As redes sociais, e seguindo o entendimento do Tribunal da Relação do Porto no acórdão datado de 08/09/2014, cujo relator é Maria José Costa Pinto “(...)

online” in *Questões Laborais*, Ano XX, N.º.41, janeiro/junho 2013, Coimbra Editora pp. 52 e ss.

<sup>39</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, *New Technologies: A Brave New World Of Work?*, in *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 11, p. 15-52, jan./jun. 2012.

<sup>40</sup> “As redes sociais são um fenómeno inerente à natureza social do homem. Estas correspondem a pequenas comunidades, que se formam entre os membros de grandes sociedades, e surgem quando se criam grupos que partilham valores, interesses ou objectivos. Estas partilhas aproximam as pessoas que formam, entre si, laços sociais que as unem. Este aspecto agregador faz com que estas pequenas comunidades contribuam para a sanidade das grandes sociedades em que se inserem pois fomentam sentimentos de pertença e solidariedade. Estas redes podem manifestar-se de maneiras diferentes e em plataformas diferentes acompanhando o desenvolvimento social e tecnológico. Os clubes de futebol, igrejas e clubes de livros são exemplos de redes sociais. Recentemente surgiram as redes sociais online. As características do espaço cibernético fazem dele a plataforma ideal para estas redes sociais visto que a internet é um espaço sem fronteiras, com liberdade de entrada e circulação, com utilizadores em todo o mundo que podem, mais facilmente, comunicar entre si com grande rapidez, quer por escrito quer via webcam”, cfr. VERÍSSIMO, JOANA, MACIAS, MARIA, RODRIGUES, SOFIA in “Implicações jurídicas das redes sociais na internet: Um novo conceito de privacidade? Disponível para consulta em: [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/meg\\_ma\\_15739.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/meg_ma_15739.pdf).

*fizeram surgir novos espaços que não se reconduzem facilmente às tradicionais esferas que se alargam progressivamente à volta do irredutível núcleo íntimo de privacidade do indivíduo, o que **adensa as dificuldades em traçar os contornos da privacidade que merece a tutela da confidencialidade**, pelo que se torna necessária, para a caracterização de cada situação, uma cuidada apreciação casuística<sup>41</sup>.*”

Dentro deste espaço sem fronteiras, a referida e tão conhecida “Aldeia Global” em que vivemos, a evolução das redes sociais tem sido cada vez mais notória. As redes sociais são o marco do século XXI. Contudo, atualmente podemos deparar-nos com redes sociais<sup>42</sup> mais propícias ao mundo profissional<sup>43</sup>, enquanto outras relevam numa vertente pessoal<sup>44</sup>. É evidente que existem várias possibilidades da classificação de uma rede social. E é esta mesma classificação que pode fornecer ferramentas ao empregador<sup>45</sup> para interferir na esfera da vida digital do trabalhador. Vida digital que, dependendo da classificação que lhe couber, será ou não dotada de privacidade. A título exemplificativo das primeiras temos o LinkedIn<sup>46</sup>, uma rede social vocacionada para uma vertente

<sup>41</sup> Realces nossos.

<sup>42</sup> “Existem vários tipos de redes sociais e são várias as possibilidades de divisão, sendo que muitas delas combinam elementos de várias e podem modificar de âmbito ao longo do tempo, disponibilizando muitas delas instrumentos de comunicação privada como é o caso do instante-messaging, de chats fechados ou, até, de e-mail. A divisão entre diferentes tipos pode ser relevante para a eventual possibilidade de controlo do empregador”, MOREIRA, TERESA COELHO, “A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online” in *Questões Laborais*, Ano XX, N.º 41, janeiro/junho 2013, Coimbra Editora pp. 55 e ss.

<sup>43</sup> “(..) redes sociais profissionais onde os utilizadores colocam online o seu percurso profissional e académico para troca de informação ou para procurar emprego. Podem, ainda, aderir a grupos que estejam ligados aos seus interesses profissionais”, MOREIRA, TERESA COELHO, ob cit., pp. 55 e ss.

<sup>44</sup> “(...) as redes sociais pessoais onde os utilizadores criam perfis online e conectam-se com outros utilizadores com ênfase nas relações sociais/pessoais. Estas plataformas muitas vezes envolvem a troca e partilha de informações e de dados pessoais como o sexo, o género, a idade, o estado civil, os hobbies, a formação profissional, o emprego, assim como ficheiros, música, vídeos e fotografias.” MOREIRA, TERESA COELHO, ob cit., pp. 55 e ss.

<sup>45</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, ob cit., pp. 55 e ss.

<sup>46</sup> O “LinkedIn é uma rede social de negócios fundada em dezembro de 2002 e lançada em 5 de maio de 2003.[2] É comparável a redes de relacionamentos, e é principalmente utilizada por profissionais. Em novembro de 2007, tinha mais de 16 milhões de usuários registrados, abrangendo 150 indústrias e mais de 400 regiões econômicas (como classificado pelo serviço). Em janeiro de 2015, LinkedIn possuía mais de 347 milhões de usuários registados em mais de 200 países e territórios. O site está disponível em inglês, francês, alemão, italiano, português, espanhol, romeno, russo, turco e japonês. A Quantcast relatou que LinkedIn possui, mensalmente, 21,4 milhões de visitantes únicos nos Estados Unidos e 47,6 milhões pelo mundo. Em Junho de 2011, LinkedIn tinha 33,9 milhões de visitantes únicos, tendo crescido 63% em comparação ao ano anterior, ultrapassando o MySpace. Em 2013, chegou ao número de mais de 238 milhões de usuários. Os países que mais utilizam o LinkedIn são: Estados Unidos, com 84 milhões de usuários; Índia, com 21 milhões de usuários; e

mais profissional. No que concerne às segundas refiram-se as redes sociais mais vocacionadas para a partilha musical, como o Myspace, ou as de cariz mais abrangente como o Hi5 e o Facebook. O Facebook<sup>47</sup> chegou mesmo a ser considerado, e ainda o é, como “a maior rede social do mundo”. Por força desta característica cumpre-nos debruçar sobre esta rede social em específico, que se repercute na esfera da vida do quotidiano de milhões de cidadãos e que, inevitavelmente, tem as suas repercussões no seio do direito laboral. Sem prejuízo, claro está, das restantes redes sociais existentes atualmente, assim como das classificações destas emergentes. A importância e o aparecimento de redes sociais tem vindo a ser cada vez maior e mais significativo, e a comprovar isso mesmo surgem as seguintes conclusões<sup>48</sup>:

*“According to a January 2012 report by comScore, social networking sites now reach 82 per cent of the world’s online population (1.2 billion users), nearly 1 in every 5 minutes spent online is now spent on social networking sites (6.7 billion minutes), with Facebook having a global reach of more than 800 million users. <http://bit.ly/wzLFoY>*

*A July 2011 Ipsos Reid poll found that 60 per cent of all Canadian Internet users had a profile on a social networking website, with the vast majority – 86 per cent having a Facebook profile. This includes 43 per cent of online Canadians over the age of 55. <http://bit.ly/mnDhvk>*

*In survey data from ExecuNet, 90 per cent of recruiters used Web search engines to research candidates and 46 per cent said they had ruled out candidates on that basis.*

Brasil, com 15 milhões de usuários. Jeff Weiner, que trabalha no LinkedIn desde 2008, fundado pelo Reid Hoofman, levou adiante essa empresa depois de anos fracós. Orientou os rumos da firma aos talentos corporativos e sua gestão permitiu que a rede fosse cotada na bolsa de valores em 2011 com um resultado glorioso – à diferença de seu rival, o Facebook”. Informação retirada de: <https://pt.wikipedia.org/wiki/LinkedIn>.

<sup>47</sup> “Facebook é um site e serviço de rede social que foi lançado em 4 de fevereiro de 2004, operado e de propriedade privada da Facebook Inc.. Em 4 de outubro de 2012, o Facebook atingiu a marca de 1 bilhão de usuários ativos, sendo por isso a maior rede social em todo o mundo. Em média 316.455 pessoas se cadastram, por dia, no Facebook, desde sua criação em 4 de fevereiro de 2004. Os usuários devem se registrar antes de utilizar o site, após isso, podem criar um perfil pessoal, adicionar outros usuários como amigos e trocar mensagens, incluindo notificações automáticas quando atualizarem o seu perfil. Além disso, os usuários podem participar de grupos de interesse comum de outros utilizadores, organizados por escola, trabalho ou faculdade, ou outras características, e categorizar seus amigos em listas como "as pessoas do trabalho" ou "amigos íntimos". O nome do serviço decorre o nome coloquial para o livro dado aos alunos no início do ano letivo por algumas administrações universitárias nos Estados Unidos para ajudar os alunos a conhecerem uns aos outros. O Facebook permite que qualquer usuário que declare ter pelo menos 13 anos possa se tornar usuário registrado do site. “ Informação retirada de: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Facebook#cite\\_note-friendingFacebook1-5](https://pt.wikipedia.org/wiki/Facebook#cite_note-friendingFacebook1-5)

<sup>48</sup> Information and Privacy Commissioner of Ontario, Reference Chenk: Is Yout Boss Watching? Disponível para consulta em: <https://www.ipc.on.ca/images/Resources/Facebook-refcheck-e.pdf>.

*ExecuNet also notes, however, that 80 per cent of recruiters said a candidate's job prospects improved when positive information was found online. ExecuNet Executive Insider March 2010, republished at <http://bit.ly/btOegy>".*

O que normalmente se encontra esquecido no seio da esfera corrente da vida de cada um é que ao aderir a uma rede social, que pode ser vista como aparentemente *privada*, estamos a condicionar todo o conceito de *privacidade* como o conhecemos. A privacidade de outrora não pode ser mais entendida de um ponto de vista limitador e fechado. Não existe o direito ao esquecimento, nem mesmo o direito ao arrependimento. O pior é mesmo o controlo e vigilância a que estamos sujeitos. Mesmo quando achamos que ninguém *viu* aquele *post*, *comentário*, *likes*, existe sempre alguém a ver, e mesmo que o apaguemos: Não temos o direito a ser apagados – *vivemos, também, na era do cloud computing*<sup>49</sup>.

Na relação laboral, como mencionei *supra*, as repercussões referidas podem ocorrer pré, durante ou pós o decurso da mesma. Isto porque o Facebook tornou-se uma possível ferramenta-chave para: selecionar, contratar e despedir. Resta estudarmos se esta ferramenta poderá ser utilizada sem mais<sup>50</sup>. Quais são os parâmetros a seguir? Como salvaguardar a privacidade, num mundo em que todos podem partilhar o que outros publicam? A nova realidade é assustadora. A evolução tecnológica foi sempre aliada a grandes vantagens. Contudo, tais

<sup>49</sup> "It is crucial to remember that anything posted online may stay there forever, in one form or another. Whether through the Internet Archive's Wayback Machine site,<sup>4</sup> or the caches of Google and Yahoo, old versions of websites are indeed searchable by those in the know. What is actually found may include your own posted material, as well as information about you posted by others. This uncertainty regarding one's privacy and confidentiality of sensitive information is a major downside to social networking sites, despite their many positive aspects. Anything associated with you – or the people you are connected to – can, and most likely will, be viewed and evaluated by other people, some of whom may have considerable influence over your life, now or well into the future". Information and Privacy Commissioner of Ontario, Reference Chenk: Is Your Boss Watching? Disponível para consulta em: <https://www.ipc.on.ca/images/Resources/Facebook-refcheck-e.pdf>.

<sup>50</sup> "And it is not only current employers who may be looking at your network content. A potential employer might find certain material offensive or even troubling, and may decide not to interview you. They might even see or read things they would not be allowed to ask you about in an interview, due to human rights laws. Recruiters can – and do – use search engines and social networks to gather background information on job candidates, and many are beginning to eliminate candidates based solely on what they find online. Facebook has made this even easier by allowing limited member profile information to be searchable on public search engines, but members can prevent this by using their privacy controls." Information and Privacy Commissioner of Ontario, Reference Chenk: IS YOUR BOSS WATCHING? Disponível para consulta em: <https://www.ipc.on.ca/images/Resources/Facebook-refcheck-e.pdf>.

vantagens vão afetando, sem nos apercebermos de imediato, os nossos direitos fundamentais.

O *Facebook* e as nossas pegadas virtuais vão construindo o nosso *curriculum vitae*, vão criando um pré-conceito sobre cada um de nós por aquilo que deixamos marcado no *mundo digital*.

#### 4. O *Facebook*: onde fica a privacidade?

A rede social que aqui refiro vem colocar em confronto várias realidades. Realidades que se traduzem em direitos do trabalhador, designadamente previstos nos artigos 16.º, 17.º e 22.º do Código de Trabalho. Direitos que se desenvolveram sempre numa expectativa tutelável do trabalhador quando *contrata* com as redes sociais a que adere: A expectativa, ou não, da privacidade.

As respostas às questões que se debruçam sobre o que pode ou não fazer, e até onde pode caminhar o empregador no que se refere ao conteúdo do perfil do trabalhador dependem, tão só, da expectativa por este criada quando contratou, ou quando atuou em determinado sentido. Expectativa essa que pode ser facilmente apurada quando analisado o perfil de cada cidadão concreto. Sabemos que nas definições de privacidade do *Facebook* existe uma panóplia de opções que vão desde “privado” a “público”, “partilha com amigos”, “partilha com amigos de amigos”, entre outras. Todas as configurações do perfil e das partilhas de cada um terão, inevitavelmente, que pesar na ponderação<sup>51</sup> feita na atuação de cada um. Assim vem sendo o entendimento jurisprudencial<sup>52</sup> e doutrinal quanto a esta rede social em específico.

Não é possível dar uma resposta imediata a todas as problemáticas emergentes e relacionadas com a privacidade no que se refere às redes sociais. Tal seria imaturo e leviano. Como defende Teresa Coelho Moreira<sup>53</sup>, “*tudo dependerá das configurações do próprio utilizador, não se podendo adotar modelos rígidos de resposta.*”.

<sup>51</sup> É necessário, no entendimento do Tribunal da Relação do Porto, *idem*, uma ponderação casuística “dos diversos factores em presença – designadamente o tipo de serviço utilizado, a matéria sobre que incidem as publicações, a parametrização da conta, os membros da rede social e suas características, o número de membros e outros factores que se perfilam como pertinentes em cada caso a analisar –, de molde a poder concluir-se se na situação sub *judice* havia uma legítima expectativa de que o círculo estabelecido era privado e fechado”.

<sup>52</sup> Vide, a título exemplificativo, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de Setembro de 2014; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de Setembro de 2014; Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 30 de Janeiro de 2014.

<sup>53</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, “A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online” in *Questões Laborais*, Ano XX, N.º.41, janeiro/junho 2013, Coimbra Editora pp. 67 a 98 e 99.

Algo que evidencia a ponderação, tal como foi *supra* referido, é a expectativa de privacidade<sup>54</sup>, assim como a classificação da rede social em questão. É evidente que esta expectativa de privacidade só poderá ser plenamente tutelada num caso em concreto: caso se relacione com uma rede social não-profissional. Uma rede profissional está intimamente ligada ao seio profissional e por sua vez aos próprios empregadores, pelo que proteger o trabalhador de comentários, especulações e atos que ferem o empregador, numa situação ocorrida numa rede social profissional, seria colocar o trabalhador numa posição de supremacia total, deixando o empregador e os deveres do trabalhador previstos no artigo 128.º em total descrédito.

Não podemos nunca olvidar o facto de que “a proliferação dos novos meios tecnológicos no mundo empresarial veio agudizar o problema da delimitação das esferas privada e profissional dos trabalhadores”<sup>55</sup>. Reconhece-se o trabalho levado a cabo pelo legislador laboral que, como já referido no primeiro capítulo deste estudo, consagrou os direitos de personalidade no Código de Trabalho Português, designadamente nos artigos 14.º e ss<sup>56</sup>.

No entanto, a evolução tecnológica tem sido constante, e a dependência informática tem sido uma realidade na vida de qualquer cidadão. A não existência de uma norma que regule em específico a questão das redes sociais pode causar uma certa desproteção por um lado em relação ao trabalhador, que terá que ver a sua expectativa de privacidade apurada no caso concreto e, por outro, do empregador, que tenderá a poder ver a sua imagem e honra postas em causa num mundo onde ninguém está às escuras, e em que ninguém fica indiferente

<sup>54</sup> Tribunal da Relação do Porto, *idem*: “Não havendo essa expectativa de privacidade, e estando o trabalhador ciente de que publicações com eventuais implicações de natureza profissional, designadamente porque difamatórias para o empregador, colegas de trabalho ou superiores hierárquicos, podem extravasar as fronteiras de um “grupo” criado na rede social facebook, não lhe assiste o direito de invocar o carácter privado do grupo e a natureza “pessoal” das publicações, não beneficiando da tutela da confidencialidade prevista no artigo 22.º do Código do Trabalho”.

<sup>55</sup> NASCIMENTO, ANDRÉ PESTANA in *O impacto das novas tecnologias no Direito do trabalho e a tutela dos direitos de personalidade do trabalhador*, disponível para consulta em: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2242/documento/068apa.pdf?id=1948>.

<sup>56</sup> FESTAS, DAVID DE OLIVEIRA in *O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho* “O art. 21.º do CT não esclarece o que deva entender-se por meios de comunicação, dando apenas como exemplo o correio electrónico. Para além dos meios de comunicação tradicionais (correio postal, telefone, telecópia) parece que devem ser aqui incluídos meios de comunicação mais recentes, como o correio electrónico (em Intranet e Internet) e em geral a Internet (que mesmo sem estar em causa o correio electrónico poderá surgir como meio de comunicação). “O certo é que o facebook na legislação penal tem cabido numa noção de meio de comunicação. Dada a singularidade desta rede social, existe um trabalho árduo do legislador e do próprio aplicador do direito em consolidar os diversos fatores que gravitam em torno de uma realidade digital tão peculiar.

(seja por um *printscreen*, por uma *partilha de um amigo de um amigo*, seja pelos ditos *grupos*, ou pelo próprio direito a *não ser esquecido*).

Tudo dependerá, portanto, da configuração que o trabalhador der ao seu *perfil*. Cumpre-me no entanto questionar algo que me preocupa: Será que não incorrerá o trabalhador num evidente abuso de direito se, tendo efetivo conhecimento da *privacidade* a que se vinculou, se servir continuamente das redes sociais *protegidas* para *crucificar digitalmente* o seu empregador? Seria inocente não reconhecer que a relação empregador-trabalhador, tendo o empregador conhecimento disso e não podendo atuar devido à “*privacidade*” tutelada e expectada pelo trabalhador, ficará afetada. Não deveria nesse caso existir qualquer cominação legal? A *privacidade* é algo extremamente importante do ponto de vista do trabalhador, sendo que no entanto não pode ser produtora de práticas lesivas, contínuas e conscientes da tutela da imagem do empregador.

Pensemos, por exemplo, no caso de uma empresa de arquitetura em busca de novos arquitetos para a elaboração de um projeto de determinado cariz, e imaginemos que alguns dos eventuais candidatos são amigos no *facebook* de um dos arquitetos que detém um contrato de trabalho com a referida empresa e que, pelas constantes publicações no seu perfil – um perfil totalmente privado – não se candidatam à referida oferta de emprego. A *privacidade* é um conceito indeterminado nestes casos. Indeterminado já que apesar de plena, tem de conter alguns limites. Limites esses que existem para ambas as partes, que têm sido reconhecidos pela jurisprudência, mas que apresentam um vazio legal com necessidade de preenchimento. Limites esses que também ocorrem no verso da medalha: Do lado do empregador.

#### 4.1. *A fase pré-contratual: Influência dos perfis do facebook*

É pacífica a consideração de que “é na fase do acesso ao emprego que o trabalhador-candidato se encontra mais fragilizado já que é nessa altura que a desigualdade real mais se evidencia”<sup>57</sup>. É já usual existir uma certa *limitação* do direito de personalidade previsto constitucionalmente na esfera jurídica do trabalhador quando este tem de fornecer alguns dados de cariz pessoal para a candidatura ao emprego. No entanto, tal *limitação* opera atualmente pela própria vontade do empregador, sem qualquer necessidade de consentimento por parte do trabalhador, por força da constante facilidade de busca de informação

<sup>57</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, “A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online” in *Questões Laborais*, Ano XX, N.º.41, janeiro/junho 2013, Coimbra Editora pp. 67 e ss.

no mundo digital. O que coloca, ainda mais, o trabalhador numa situação de maior desigualdade, situação passível de riscos.

É recorrente a contratação com base no que estes *perfis* evidenciam acerca dos *candidatos*. O que nos leva desde logo a verificar a existência de vários perigos, em relação aos quais não podemos ficar indiferentes: a falsidade da informação<sup>58</sup>, o passado do candidato, os vínculos familiares, a discriminação, os falsos julgamentos sobre a personalidade do candidato, os *likes* feitos sem pensar em determinadas páginas de conteúdo menos aceitável para o empregador, a convicção política, a crença religiosa, entre outros.

A certeza existente é a de que “Os candidatos podem ter nas suas páginas pessoais informação que é falsa ou altamente exagerada (...). Mais ainda, uma pessoa pode introduzir informação falsa sobre si (...) ou, pior, outras pessoas podem-no fazer sem o conhecimento ou o conhecimento da pessoa em causa<sup>59</sup>”.

Vivemos numa era em que quase se verifica a seguinte premissa: *diz-me o teu facebook e dir-te-ei quem és*, o que acentua a posição de fragilidade e desproteção do trabalhador.

A interpretação que o empregador faz destas informações que recolha torna-se outro problema emergente da evolução tecnológica e das redes sociais. Tem que existir uma garantia de proteção dos dados pessoais do trabalhador (*ex vi artigo 17.º do C.T.*), assim como uma garantia que implique que o empregador que desrespeite e “utilize manobras enganosas ou clandestinas nesta fase (...) incorre em responsabilidade pré-contratual nos termos do artigo 102.º do C.T.”<sup>60</sup>.

Como podemos observar, o mundo virtual é um mundo que apresenta vantagens, mas que pode originar atitudes desmedidas por parte da entidade empregadora, que se coloca numa verdadeira posição de *detetive do facebook privado* do eventual candidato.

#### 4.2. *O decurso da execução do contrato de trabalho*

É com o *login* nestas redes sociais que se confunde, cada vez mais, a vida privada e a vida profissional. O que por sua vez leva a que haja um risco de

<sup>58</sup> Uma pessoa com muitos amigos no facebook pode não significar que seja uma pessoa socialmente ativa, bem como o contrário. As informações são díspares da realidade e são apenas indícios.

<sup>59</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, “A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online” in *Questões Laborais*, Ano XX, N.º.41, janeiro/junho 2013, Coimbra Editora pp. 73 e ss.

<sup>60</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, “A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online” in *Questões Laborais*, Ano XX, N.º.41, janeiro/junho 2013, Coimbra Editora pp. 79 e ss.



“intromissão do empregador na privacidade do trabalhador e eventualidade de comportamentos persecutórios ou assediantes, numa tentativa de controlar todos os comportamentos dos trabalhadores dentro e fora da empresa<sup>61</sup>”.

O que implica que o controlo exercido pela entidade empregadora seja realizado somente por necessidades “de exclusiva ótica técnico-organizativa de produção”.

O conteúdo *postado, publicado* nas redes sociais só poderá originar um despedimento ou a instauração de processo disciplinar quando, como já foi *supra* mencionado, se ponderem as situações casuísticas e se analise, em específico e detalhadamente, *as definições de privacidade* de cada usuário no facebook, eventual trabalhador da empresa. Conseguir-se-ia assim proteger os seus dados pessoais, a sua reserva à intimidade à vida privada, o seu direito à privacidade, possibilitando-se um respeito pelos direitos que são inerentes à entidade empregadora.

Esta é uma realidade nova para todos nós. Contudo, o direito não é estático, nem o pode ser. E o direito laboral tem uma função protecionista do trabalhador. Colocar o empregador com total controlo de um perfil privado do trabalhador seria destruir toda a génese protecionista, assim como o ADN, do direito do trabalho.

#### 4.3. Facebook: *desativar a relação contratual*

Atendendo ao artigo 342.º do C.T, existe uma imposição de devolução imediata dos instrumentos de trabalho. Mas como se processa a devolução imediata de documentos, imagens, dados que estejam gravados num perfil privado do trabalhador? Terá ele de os devolver? Ou tem o direito a apagar os mesmos? Como se garante que os mesmos são apagados? Tendo em conta que *ninguém é esquecido*, e detendo o trabalhador, agora ex-trabalhador, toda a documentação que o liga ao empregador no seu perfil privado, como deverá solucionar-se tal conjugação? Por um lado, deve-se proteger os dados do trabalhador. Contudo, por outro, deve ser mantida a confidencialidade e segurança dos documentos que são umbilicalmente ligados à entidade empregadora.

A realidade digital é complexa. Não se resolve com um simples *desativar a minha conta de facebook*, ou com um *log off*. Ninguém é esquecido, e pior do que isso: Ninguém sabe onde se situa a *nuvem* propriamente dita.

O mundo digital veio tornar mais insegura a relação laboral, que de forma evidente e inevitável se processa no seio digital: É preciso continuar alerta.

<sup>61</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, “A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online” in *Questões Laborais*, Ano XX, N.º.41, janeiro/junho 2013, Coimbra Editora pp. 91 e ss.

Ficar alerta. Agir para evitar os perigos. Não ser esquecido é preocupante, mas viver controlado<sup>62</sup> como se de um *Big Brother* se tratasse, com repercussões em todas as esferas da nossa vida, até na vida laboral, torna-se a primordial preocupação de cada um de nós.

### III – Conclusões

O direito laboral e a relação de trabalho surgiram com um vínculo de proteção do trabalhador, entendido como a parte mais fraca da relação ora criada. O certo é que com as NTIC o mundo mudou, vivemos agora numa verdadeira aldeia global, sendo necessário uma constante adaptação do direito a estas realidades. O Direito do Trabalho, pela sua inegável importância no mundo jurídico, não pode ficar indiferente.

O Trabalhador quer em período pré, durante e pós-contratação tem direitos específicos e direitos inespecíficos. O legislador laboral teve o cuidado e a atenção de regulamentar os direitos de personalidade específicos do trabalhador nos artigos 14.º e ss. do C.T. Direitos esses que já visionaram uma evolução tecnológica existente a que não se poderia, de todo, ficar indiferente.

No entanto, esta atenção, apesar de muito importante, tem sido insuficiente. Valem-nos as orientações jurisprudenciais e as decisões verdadeiramente inovadoras no que se reporta às redes sociais. Os aplicadores do direito têm de conferir, hoje, uma atenção redobrada quando se fala da aplicação da legislação laboral em consonância com as especificidades das redes sociais.

No que se refere em específico ao *facebook*, uma rede social não profissional, é importantíssima a forma como se encontra definida a *privacidade* do perfil de cada utilizador, e como são partilhadas e manifestadas as informações, fotografias, comentários, que se geram em torno de cada perfil.

<sup>62</sup> “Over the past few years, online background checks have become popular. Employers are increasingly looking at job applicants’ social networking sites (e.g., Facebook, LinkedIn, and Twitter) as well as other rating sites such as Glassdoor.com to justify rejecting applicants [1]. Several organizational researchers have voiced their concern about the ethicality of this practice calling employers as being socially irresponsible [2]. Others (Davidson, et al.) have analyzed the risks and benefits to employers in conducting these online background checks [3]. In this editorial, I argue that these online background checks are not only unethical; but they may also put the employer in a legal jeopardy of violating Federal and State Laws. “Employer’s Use of Social Networking Sites in Applicant Screening: An Unethical and Potentially Illegal Practice NGUYEN, NHUNG T. Department of Management, Towson University, USA, disponível para consulta em: <http://www.omicsgroup.org/journals/employers-use-of-social-networking-sites-in-applicant-screening-an-unethical-and-potentially-illegal-practice-2167-0234.1000e138.pdf>.

No entanto, a *privacidade* por vezes pode ser colocada em causa quando através de *printscreen*'s e do próprio direito a *não ser esquecido* se coloca em causa, leviana e consecutivamente, a figura do empregador. Como reagir perante esta verdadeira *digital war*? Onde o trabalhador, diligente na política de privacidade do seu facebook, se serve da proteção inerente a um perfil privado para, continuamente, afetar a empresa onde labora? Cremos que a apreciação casuística, apesar de ter originado situações verdadeiramente inovadoras, pela nossa jurisprudência, por força da complexidade do tema, não é suficiente. Ecoa, portanto, a necessidade de uma regulamentação específica sobre a *privacidade*, onde se considere a existência de um verdadeiro entrave a esta privacidade: A implicação de não ser esquecido e as consequentes *pegadas digitais*.

Quanto ao trabalhador, temos ainda que nos debruçar mais profundamente. Como sabemos o trabalhador é a figura central à volta da qual orbita o direito do trabalho. Pensemos, portanto, no *futuro* trabalhador, isto é numa situação pré-contratual. Futuro trabalhador que apesar de deter um perfil privado na rede social *facebook*, tem como amigo alguém próximo do seu futuro empregador. Coloca-se a difícil questão de saber se poderão ser ou não usadas, sem mais, as informações, comentários, *likes*, opiniões, que o trabalhador detém no seu *perfil privado*. E se essas informações forem usadas não *pro*-trabalhador, mas antes contra si? A resposta não é tão fácil assim. *Apriori* diria imediatamente que não. Mas como protegeremos o trabalhador numa situação em que a *privacidade* que havia tutelado como imperativa para si foi esvaziada pela existência de amigos da sua futura entidade empregadora na sua *rede*? Os amigos de qualquer utilizador não têm a expectativa de que o seu perfil é privado. Ou se, pior, o futuro trabalhador for um *addicted user*, que adiciona, sem mais, qualquer pessoa e, no meio dos milhares de amigos se encontra a pessoa com que agora quer celebrar um vínculo laboral?

Outra questão de acrescida importância quanto à questão do ser *detentor de um private profile*: Pensemos num trabalhador que tem milhares de amigos (ou melhor, conexões, visto que a palavra *amigos* sofreu alterações com a realidade da internet) com perfis públicos que partilham as opiniões que este coloca no seu *private profile*. Opiniões que podem constituir juízos contra a sua entidade empregadora. Deverá o trabalhador incitar expressamente a uma não partilha dos conteúdos que coloca no seu perfil, para que estes não sejam fundamento de qualquer processo disciplinar ou justa causa de despedimento? Ou será que o *facebook* deveria deter um mecanismo mais evidente de “não permitir partilhas”, sendo que se fossem estas permitidas pelo utilizador, poderia haver um consentimento na violação do direito à privacidade?

Parece que, afinal, todos nós podemos estar a consentir uma violação ao nosso direito à privacidade por não nos fruir, o *facebook*, de um mecanismo que

proíba as partilhas das nossas publicações, mas que as mesmas fiquem visíveis. Parece contraditório: Queremos que as mesmas permaneçam visíveis no nosso *private space*, mas não queremos que ninguém com um *public profile* as partilhe. Não seria irrisório colocar a obrigação de, em cada post, *like*, partilha, colocarmos “*Conteúdo não suscetível de partilha e/ou divulgação, sob pena de violação do direito à privacidade do utilizador*”? No entanto, por força deste vazio legal, assim como da constante desproteção do trabalhador que advém da evolução tecnológica, parece-nos que é para esse local híbrido que caminhamos, e simultaneamente é dele que nos temos de desconectar!

Por tudo isso, o estudo das redes sociais e das problemáticas inerentes ao *facebook*, em cada situação laboral, deve ser definido e estudado casuisticamente, atendendo às circunstâncias concretas de cada situação específica. Porém, creio que seria necessário criar um ponto de partida legal para a problemática das redes sociais, onde existisse um critério de conformidade, impossibilitando decisões díspares.

A realidade *online* é uma realidade cada vez mais perigosa que precisa de ser tutelada com alguma urgência. Contudo, existirá sempre uma problemática: Onde quer que se vá, no mundo digital, nunca se é esquecido. A internet “define-nos”<sup>63</sup> atualmente.

Existem muitas outras problemáticas, questões e respostas de crucial interesse na análise e estudo deste tema que, pela limitação que nos cumpre respeitar, não nos foi possível verter nestas páginas. No entanto, esta temática convida cada um de nós a uma análise atenta das problemáticas que o *facebook* e restantes redes sociais nos podem fazer passar. Ao aderir a uma rede social estamos a contribuir para o aumento dos desafios no mundo do Direito. O direito laboral tem sofrido com todas estas evoluções tecnológicas e com a necessidade de adaptação a uma realidade digital. No entanto, louva-se o papel que a jurisprudência tem desempenhado, com apreciações casuísticas e detalhadas, atendendo sempre às especificidades de cada circunstância.

A realidade trazida pelo *facebook* é tão diferente da que conhecemos inicialmente. É uma realidade focada numa *privacidade* híbrida, onde tudo se processa com um simples *publicar, gostar, partilhar, aceitar*.

*Vivemos em função disto.*

*Dos simples clicks no teclado.*

*Do log in e log off.*

<sup>63</sup> JEFFREY COLE.

#### IV – Endereços eletrônicos consultados

[http://www.plmj.com/xms/files/noticias\\_imprensa/2015/01\\_Janeiro/20150109\\_Advocatus\\_Facebook\\_MLR.pdf](http://www.plmj.com/xms/files/noticias_imprensa/2015/01_Janeiro/20150109_Advocatus_Facebook_MLR.pdf)  
[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/meg\\_ma\\_15739.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/meg_ma_15739.pdf)  
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4747/documento/art05.pdf?id=5935>  
[http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios\\_STJ/V\\_Coloquio/int2014/prof\\_maria\\_rosario\\_ramalho.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/V_Coloquio/int2014/prof_maria_rosario_ramalho.pdf)  
[http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idsc=45841&ida=47185](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45841&ida=47185)  
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2242/documento/068apa.pdf?id=1948>  
[http://www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-force-google-to-forget.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-force-google-to-forget.html?_r=0)  
[https://citizenrights.euroalter.com/wp-content/uploads/2015/11/Right-to-be-forgotten\\_PT.pdf](https://citizenrights.euroalter.com/wp-content/uploads/2015/11/Right-to-be-forgotten_PT.pdf)  
<http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/big-data>  
<https://pt.wikipedia.org/>  
<http://www.cnil.fr/documentation/open-cnil/>  
<http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/politique-de-confidentialite-de-facebook-5-autorites-europeennes-prennent-position/>  
<http://www.omicsgroup.org/journals/employers-use-of-social-networking-sites-in-applicant-screening-an-unethical-and-potentially-illegal-practice-2167-0234.1000e138.pdf>  
[www.juriscom-net](http://www.juriscom-net)  
[www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)  
[www.pawproject.eu](http://www.pawproject.eu)  
[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)  
[www.google.com](http://www.google.com)  
<http://www.omicsgroup.org/journals/employers-use-of-social-networking-sites-in-applicant-screening-an-unethical-and-potentially-illegal-practice-2167-0234.1000e138.pdf>  
[http://www.cej.nj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Caderno\\_Direitos\\_fundamentais.pdf?id=9](http://www.cej.nj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Caderno_Direitos_fundamentais.pdf?id=9)

## **V – Jurisprudência consultada**

### ***Supremo Tribunal de Justiça***

- Acórdão do STJ de 5 de Julho de 2007

### ***Tribunal da Relação do Porto***

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de Setembro de 2014
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Fevereiro de 2010

### ***Tribunal da Relação de Évora***

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 30 de Janeiro de 2014

### ***Tribunal da Relação de Lisboa***

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de Setembro de 2014
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 Julho de 2011
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de Junho de 2008

# *Do recurso contencioso de anulação à nova acção administrativa. Em especial, a impugnação de actos administrativos. Breve excurso panorâmico*

DR. NUNO MONTEIRO AMARO

SUMÁRIO: I) Introdução. II) Desenvolvimento: A) Enquadramento histórico evolutivo do recurso contencioso de anulação no Direito português; B) A Justiça Administrativa numa encruzilhada; C) Rumo à acção administrativa especial de impugnação de actos administrativos; D) Algumas inovações que irradiaram do novo paradigma processual; E) O novo figurino da acção administrativa cristalizada no Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 02 de Outubro; em especial, a acção de impugnação de actos administrativos. III) Conclusão.

## **I) Introdução**

O novo edifício legislativo do Contencioso Administrativo que irradiou, por injunção constitucional, da Reforma protagonizada em 2002-2004 e corporizada no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro e no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro<sup>1</sup>, procurou alcançar a “*superação de todos os «complexos da infância difícil» do Contencioso Administrativo, que tinha nascido como um «recurso hierárquico jurisdicionalizado» em que os poderes do juiz eram limitados à anulação dos actos administrativos (...)»*<sup>2</sup>. Pretende-se com o presente trabalho, breve suspensão reflexiva, perceber as

<sup>1</sup> Quer um quer outro dos diplomas legislativos enunciados entraram em vigor, por força da Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, a 01 de Janeiro de 2004.

<sup>2</sup> Cfr. Vasco Pereira da Silva, “O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo”, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 213.

inovações legislativas profundas que o recurso contencioso de anulação sofreu com a Reforma de 2002<sup>3</sup>, que determinou a sua convalidação na acção administrativa especial de impugnação de actos administrativos, que por sua vez veio a desembocar na acção administrativa, na senda do Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 02 de Outubro<sup>4</sup>. Aborda-se assim, *primo*, a figura emblemática do recurso contencioso de anulação, tentando perceber a respetiva evolução histórica, os princípios vectores que lhe eram intrínsecos, e as finalidades que lhe estavam assacadas. *Secundo*, discorre-se sobre a encruzilhada em que se encontrava a justiça administrativa, em consequência da não concretização dos parâmetros constitucionais que consagravam uma tutela plena e efectiva<sup>5</sup> do cidadão em face da Administração, uma das exigências fundamentais que perpassa na concepção actual de Estado de Direito democrático<sup>6</sup>. *Tertio*, a Reforma da Justiça

<sup>3</sup> Reforma que Colaço Antunes apelidou de “*infinita*”. Veja-se “*O Acto no Contencioso Administrativo. Tradição e Reforma*” Colaço Antunes/Sáinz Moreno (Coord.), Almedina, Coimbra, 2005, p. 19.

<sup>4</sup> Tendo como matriz a Lei n.º 100/2015 de 19 de Agosto, que autorizou o Governo a rever o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o Código dos Contratos Públicos, o Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, a Lei de Participação Procedimental e de Acção Popular, o Regime Jurídico da Tutela Administrativa, a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos e a Lei de Acesso à Informação sobre Ambiente. Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de Janeiro, ao abrigo da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 42/2014, de 11 de Julho, aprovou o “novo” Código do Procedimento Administrativo (CPA).

<sup>5</sup> O princípio do acesso ao Direito e tutela jurisdicional efectiva encontra-se plasmado, em geral, no artigo 20.º, e no n.º 4 e n.º 5 do art. 268.º, no âmbito dos direitos e garantias dos administrados. Veja-se na doutrina Gomes Canotilho, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, 7.ª ed., Almedina, 2003, pp. 491-510, Gomes Canotilho/Vital Moreira, “*Constituição Anotada*”, I, pp. 408-419, Jorge Miranda/Rui Medeiros, “*Constituição Portuguesa Anotada*”, I volume, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, pp. 423-456, e Carlos Blanco de Moraes, Curso de Direito Constitucional, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2015 pp. 494-498. Vieira de Andrade assinala o consenso doutrinário no que tange à determinação dos momentos normativos que integram a garantia de uma tutela judicial efectiva dos direitos dos cidadãos. (i) Direito de acesso ao direito e aos tribunais (ii) direito a obter uma decisão judicial em prazo razoável e mediante processo equitativo (iii) direito à efectividade das sentenças proferidas. Veja-se deste insigne Autor “*A Justiça Administrativa (Lições)*”, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 153. Veja-se também Maria Fernanda Maçãs, “*A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela jurisdicional efectiva*”, 1996, p. 303 e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 444/91. Pedro Costa Gonçalves e Bernardo Azevedo assinalam em “*Impugnabilidade dos actos praticados ao abrigo do artigo 128.º, n.º 2 do CPTA e inconstitucionalidade da norma habilitante*”, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 90, Novembro/Dezembro, Braga, CEJUR, 2011 p. 7 que “*o princípio da tutela jurisdicional efectiva, nas suas múltiplas refrações, implica desde logo, como seu predicado indefectível, que todo o processo deva estar informado pelo “princípio da equitatividade”*”.

<sup>6</sup> Sobre o significado da fórmula de síntese: Estado de Direito democrático [artigos 2.º e 9.º, alínea b), Constituição da República Portuguesa (CRP)] veja-se Gomes Canotilho, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003 pp. 230-231 (e com maior desenvolvimento nas pp. 243-255), Jorge Reis Novais, “*Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*”,



Administrativa, após um longo procedimento de gestação, trouxe consigo a “consagração de novos meios processuais que, impregnando o contencioso de crescentes domínios de plena jurisdição decisória, visavam garantir uma tutela jurisdicional efectiva dos administrados”<sup>7</sup>. Surge, então, “ex novo” a acção administrativa especial que analisaremos por contraposição ao recurso contencioso de anulação. Em tempos caracterizados pela “motorização legislativa”, pela “inflação legislativa”<sup>8</sup>, em que o legislador parafraseando Santamaría Pastor se converteu num editor de normas, importa perceber o impacto das soluções legais que dimanam do novo acervo legislativo em que se alicerçou a revisão do CPTA, o citado Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 02 de Outubro, no que tange ao domínio por nós visado, a nova acção administrativa, especialmente a acção de impugnação de actos administrativos.

## II) Desenvolvimento

### A) Enquadramento histórico evolutivo do recurso contencioso de anulação no Direito português

A justiça administrativa tem a sua génese histórica e ideológica na Revolução Francesa, primordialmente com a primeira Constituição Napoleónica do ano de 1799 (Constituição do ano VIII). Tendo como matriz o princípio da separação de poderes<sup>9</sup>, e da “interpretação heterodoxa”<sup>10</sup> que desse princípio era

Coimbra Editora, 2011, pp. 15 e segs. e do mesmo Autor “Contributo para uma Teoria do Estado de Direito”, Almedina, 2006, Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional”, vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 67-69, 88, 96-98, Maria Lúcia Amaral, “A Forma da República – Uma Introdução ao Direito Constitucional”, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 127-138, Paulo Otero, “Direito Constitucional Português”, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 51-55 e José de Melo Alexandrino, “Lições de Direito Constitucional”, vol. II, AAFDL, Lisboa, 2015, pp. 77-82.

<sup>7</sup> Cfr. Paulo Otero, “Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade”, Almedina, Coimbra, 2007, p. 287.

<sup>8</sup> As expressões são de Rogério Ehrhardt Soares “Direito Público e Sociedade Técnica”, Edições Tenácitas, Coimbra, 2008, p. 134 e segs. Refere o insigne Mestre “a ânsia do legislador, em não deixar um ponto por regular”.

<sup>9</sup> Como informa García de Enterría, “o princípio capital da separação de poderes constava já do artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que plasmava que sem garantia dos direitos e separação de poderes não há Constituição”. Por outras palavras, sem um quadro que priorize a proteção dos direitos e liberdades fundamentais e assegure uma limitação efetiva do poder político nenhuma Constituição é digna desse nome. Veja-se deste notável Mestre “La Formación y el Desarrollo en Europa de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa”, p. 517. Texto disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2962/28.pdf> (acedido a 06 de Agosto de 2018). Note-se que em

feito, nos termos do qual “*julgar a administração era ainda administrar*” brota, paradoxalmente, a separação absoluta entre autoridades administrativas e judiciais. Era o império do sistema do Administrador-Juiz<sup>11</sup>. Vasco Pereira da Silva, cristalinamente, salienta, que o “*«pecado original» do Contencioso Administrativo, instituído com a Revolução francesa, é o da promiscuidade entre as tarefas de adminis-*

homenagem ao princípio da separação de poderes (artigos 2.º e 111.º n.º 1 da CRP e artigo 3.º do CPTA) os tribunais administrativos não podem administrar em lugar da Administração nem podem julgar da conveniência ou da oportunidade da actuação administrativa quando ela for discricionária. Como dilucidou o Supremo Tribunal Administrativo (STA) no acórdão de 22 de Maio de 2014 (proc. n.º 01412) “*por força do princípio da separação de poderes, a intervenção condenatória do juiz administrativo depara-se com um limite fundamental, não podendo substituir-se à Administração ou violar o núcleo essencial da sua autonomia, no âmbito da escolha discricionária dos interesses ou valorações técnicas que lhe são reservadas por lei*”. Luís Filipe Colaço Antunes, in “*A Ciência Jurídica Administrativa*”, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 288-289, refere a propósito que “*Enquanto na competência vinculada a verificação da hipótese legal implica necessariamente um determinado conteúdo do acto administrativo, o previsto na estatuição legal, no poder discricionário, ao invés, a lei deixa em aberto, em maior ou menor medida, o conteúdo da estatuição*”. Sobre a noção de poderes vinculados e poderes discricionários da administração veja-se Rogério Ehrhardt Soares, “*Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LVII, Coimbra, 1981, págs. 168 e segs., e Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 49 e segs., e 84 e segs. Merecem também ser aqui espelhadas as palavras cristalinas do acórdão do STA de 21 de Junho de 2011, Processo 011/11 “*A Administração pode actuar no exercício de poderes vinculados e no exercício de poderes discricionários. O poder é vinculado quando a lei não remete para o critério do respectivo titular a escolha da solução concreta mais adequada; é discricionário quando o seu exercício fica entregue ao critério do respectivo titular, que pode e deve escolher o procedimento a adoptar em cada caso como o mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere*.” Não deve deixar de realçar-se, em matéria de poder discricionário, o estudo seminal de Afonso Rodrigues Queiró, de 1942 “*A Teoria do Desvio do Poder em Direito Administrativo*” acessível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9571/8621>. Na doutrina italiana veja-se Massimo Severo Gianinni, “*Il potere Discrizionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*”, A. Giuffrè, 1939. Em Espanha, veja-se Fernando Sáinz Moreno, “*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*” Editorial Civitas, Madrid, 1976.

<sup>10</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández citados por Vasco Pereira da Silva, “*O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Ações no Novo Processo Administrativo*”, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 13.

<sup>11</sup> No sistema do Administrador-Juiz “*o único controlo da actividade administrativa era assegurado pelos próprios órgãos da administração activa*”. Veja-se neste sentido, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “*Direito Administrativo Geral*”, Tomo I, “*Introdução e Princípios Fundamentais*”, Dom Quixote, Lisboa, p. 105. García de Enterría assinalava nesta matéria que “*os recursos administrativos constituem uma garantia para os indivíduos afectados por decisões da Administração na medida em que asseguram a possibilidade de reagir contra elas e, eventualmente, de eliminar o prejuízo que comportam*” in “*Curso de Derecho Administrativo*”, vol. II, Madrid, 1982, p. 436. Porém, este ilustre Professor alertava (“*Curso de Derecho Administrativo*”, vol. II, Madrid, 1982, p. 438) que “*os recursos administrativos são, sem dúvida, uma garantia para os particulares, uma garantia nada desprezível, mas uma garantia limitada que em nenhum caso é lícito supervalorizar*”.

trar e julgar”<sup>12</sup>, (...) foi a criação de um juiz «doméstico» ou de «trazer por casa»<sup>13</sup>. A vigência do sistema do “Administrador–Juiz” vai ser longa e estruturar-se em diferentes matizes. Perfilhando os ensinamentos deste Autor, pode falar-se, em três fases distintas. “Um primeiro período, de 1789 a 1799, em que o julgamento é remetido para os próprios órgãos da Administração activa”<sup>14</sup>. Com o surgimento do Conseil d’État<sup>15</sup>, em 1799, na primeira Constituição Napoleónica (artigo 52.º), consagra-se o chamado sistema de “justiça reservada” (sistema que vai ter vigência de 1799 a 1872), dado a decisão final pertencer ao Imperador, ouvido o Conselho de Estado. Ou seja, e de acordo com as palavras de Napoleão, passou o Conseil d’État a erigir-se em “corpo meio-administrativo-meio judiciário”<sup>16</sup>. Seguidamente, e por interposição normativa da Lei de 24 de Maio de 1872 “atribui-se o poder de decisão ao Conselho de Estado (...). O Conseil d’État adquire então a plena jurisdicionalização. Deste sistema de justiça administrativa resultará o chamado recurso contencioso de anulação, criação nova inteiramente jurisprudencial”<sup>17</sup>. Encontrava-se em voga, então, o *régime administratif*<sup>18</sup>, que segundo Maurice Hauriou ancorava em três pontos distintivos; (i) subordinação da “Administração pública a um direito próprio, (...) o Direito Administrativo”<sup>19</sup>; (ii) criação de tribunais adminis-

<sup>12</sup> Vasco Pereira da Silva, “O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo”, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 13.

<sup>13</sup> Vasco Pereira da Silva, “O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo”, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p.14.

<sup>14</sup> Vasco Pereira da Silva, “O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo”, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 25.

<sup>15</sup> Conseil d’État que é configurado como “a mais alta instância da jurisdição administrativa francesa”. Veja-se Diogo Freitas do Amaral “Breve introdução histórica” in “O Poder de Execução Coerciva das Decisões Administrativas nos Sistemas de tipo Francês, e Inglês e em Portugal”, Coord. de Diogo Freitas do Amaral, Almedina, Coimbra, 2011, p. 24. Conselho de Estado que, numa imagem sugestiva de Prosper Weil, “segregou o Direito Administrativo como uma glândula segregadora a sua hormona”. Locução retirada de Mário Aroso de Almeida, “Manual de Processo Administrativo”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 10. Uma das atribuições cometida ao Conselho de Estado pelo artigo 52.º da Constituição Francesa de 1799 era a de “resolver as dificuldades que se revelassem em matéria administrativa”.

<sup>16</sup> Vasco Pereira da Silva, “O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo”, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 26.

<sup>17</sup> Eduardo García de Enterría, “La Formación Y el Desarrollo en Europa de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa”, p. 520.

<sup>18</sup> Por contraposição ao regime inglês da *rule of law*, de cuja personagem principal avulta o nome do constitucionalista inglês Albert Venn Dicey.

<sup>19</sup> Data de 08 de Fevereiro de 1873, em França, o paradigmático acórdão Blanco, considerado símbolo do nascimento do Direito Administrativo, na medida em que dele irradiou o princípio de que a atividade da Administração deve pautar-se por normas e princípios diferentes dos aplicáveis nas relações entre particulares. Também, de forma memorável, em 13 de Dezembro de 1889 no notável acórdão

trativos, diferentes dos tribunais comuns; (iii) e atribuição às autoridades administrativas do privilégio “da execução prévia”<sup>20</sup>”.

Como observa Vasco Pereira da Silva “este modelo de actuação, organização, e controlo da Administração que foi ensaiado pela Revolução francesa, vai ser exportado para os restantes países europeus”<sup>21</sup>. E Portugal assimilou o sistema administrativo de tipo francês ou de administração executiva<sup>22</sup>.

No dealbar da discussão pública sobre a Reforma da Justiça Administrativa, José Manuel Sérvulo Correia salientava que “a tramitação do recurso contencioso de anulação representa o fruto de uma longa evolução legislativa, iniciada com o Código Administrativo de 1842 e o Regulamento do Conselho de Estado de 1850”<sup>23</sup>. E em outra ocasião escrevia “o modelo de Contencioso Administrativo que vigorou em Portugal pelo menos até 1985, assentava num recurso contencioso meramente cassatório e em algumas ações de plena jurisdição”<sup>24</sup>. Durante longo período, por inspiração do modelo francês do recurso por excesso de poder<sup>25</sup>, o contencioso-regra repousava no recurso anulatório de actos administrativos, de pendor assumidamente objectivista<sup>26</sup>. Jean Rivero testemunhava que “o recurso por excesso de poder era um recurso de anulação pois, dirigido contra um acto, tende a fazê-lo desaparecer de modo absoluto e definitivo, mas só se destina a isso, ao contrário do recurso de pleno conten-

*Cadot*, o Conselho de Estado afirmou de forma consolidada a sua natureza de Juiz da Administração, tendo expressado ser o Tribunal comum em matéria de litígios administrativos.

<sup>20</sup> Cfr. Diogo Freitas do Amaral, “Breve introdução histórica”, in “O Poder de Execução Coerciva das Decisões Administrativas nos Sistemas de tipo Francês, e Inglês e em Portugal”, Coord. de Diogo Freitas do Amaral, Almedina, Coimbra, 2011, p. 2.

<sup>21</sup> Vasco Pereira da Silva, “O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Ações no Novo Processo Administrativo”, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 44.

<sup>22</sup> A influência do modelo francês de justiça administrativa pode verificar-se, nomeadamente, pelo facto de logo em 1832, Mouzinho da Silveira através do Decreto n.º 23, de 16 de Maio, ter imposto a proibição de os tribunais comuns julgarem a Administração, ao mesmo tempo que cria os Conselhos de Prefeitura e o Conselho de Estado. Veja-se neste sentido Vasco Pereira da Silva, in “O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Ações no Novo Processo Administrativo”, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 50.

<sup>23</sup> Sérvulo Correia, “Unidade ou Pluralidade de meios processuais principais no contencioso administrativo”, in “O Debate Universitário”, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 521.

<sup>24</sup> Cfr. Sérvulo Correia, in “Modernização do Contencioso Administrativo”, Intervenção proferida na Cidade da Praia, 06 de Dezembro de 2006. Texto disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Correia-Jose-Servulo-MODERNIZACAO-DO-CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.pdf> (acedido a 20 de Julho de 2018).

<sup>25</sup> Recurso por excesso de poder, que era configurado por Jean Rivero como “o protótipo dos recursos objectivos, e o recurso de pleno contencioso, em sentido estrito, o protótipo dos recursos subjectivos”. Cfr. deste Autor “Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 1981, p. 245.

<sup>26</sup> Marcello Caetano in “Tratado Elementar de Direito Administrativo”, p. 365, refere-se ao recurso contencioso como “meio de garantia da relação jurídico-administrativa”.

cioso que, através da anulação da decisão, tende para a condenação da pessoa pública de que ela emana<sup>27</sup>”. Em Itália, Mário Nigro, descrevia o recurso contencioso de anulação como um mero “*parêntesis intra-procedimental*”<sup>28</sup>. Léon Duguit (principal mentor da “*escola do serviço público*”) sublinhava por sua vez, que “*o juiz administrativo não tem competência para reconhecer uma situação subjectiva*”<sup>29</sup>. Outra nota característica do recurso contencioso de anulação era a de ele se ter aliçado no modelo dos recursos revisionais. Neste sentido, lapidariamente, Marcello Caetano refere que “*(...) o processo administrativo é um só, embora possa compreender duas fases, uma graciosa e outra contenciosa (...). Deste modo, o particular (...) vai recorrer, no sentido próprio do termo, de uma decisão já revestida de autoridade e de executoriedade, pedindo ao tribunal que examine de novo o problema jurídico a fim de manter ou revogar a decisão recorrida. O recurso contencioso é, pois, a continuação da fase graciosa do processo administrativo, tendente a permitir nova análise e nova decisão, por um órgão competente, da questão já anteriormente decidida*”<sup>30</sup>. Encontra-se espelhada, nestas palavras de Marcello Caetano, a ideia de que a “*jurisdição era o complemento da acção administrativa*”<sup>31</sup>.

Em França, em 1929, Gastón Jèze, notava que o recurso por excesso de poder era “*a mais maravilhosa criação dos juristas, a arma mais eficaz, a mais prática que existe no mundo para defender liberdades*”<sup>32</sup>. Laferrière fala de “*processo feito a um acto*”, expressão sugestiva que René Chapus considera “*excelente*”<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. Jean Rivero, “*Direito Administrativo*”, Almedina, Coimbra, 1981, p. 272.

<sup>28</sup> Mário Nigro, citado por Mafalda Carmona, in “*Relações jurídicas poligonais, participação de terceiros e caso julgado na anulação de actos administrativos*”, in “*Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*”, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 705.

<sup>29</sup> Léon Duguit citado por Vasco Pereira da Silva, in “*Em Busca do Acto Administrativo Perdido*”, Almedina, Coimbra, 1996, p. 64.

<sup>30</sup> “*O interesse como condição de legitimidade no recurso directo de anulação*” in “*Estudos de Direito Administrativo*”, Ática, Lisboa, 1974, p. 232.

<sup>31</sup> Bernard Pacteau citado por Vasco Pereira da Silva, in “*O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*”, 2.<sup>a</sup> ed. Almedina, Coimbra, 2009, p. 14.

<sup>32</sup> Gastón Jèze citado por García de Enterría, in “*La formación Y el desarrollo en Europa de la Jurisdicción contencioso – administrativa*”, p. 521. Texto disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2962/28.pdf> (acedido a 07 de Agosto de 2018).

<sup>33</sup> Citado, na luminosa análise, p. 47, do catedrático García de Enterría “*Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista*”. Texto disponível em <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3258/3095> (acedido a 03 de Agosto de 2018).

Hauriou e Laferrière são efectivamente os fundadores da concepção do contencioso administrativo como “*processo ao acto*”<sup>34</sup>.

Em Portugal o cenário era, portanto, de uma jurisdição administrativa, enquanto “*jurisdição limitada, quer numa dimensão substancial (restrição dos meios de acesso), quer no plano processual (tutela reduzida dos particulares), quer numa perspectiva funcional (poderes de controlo judicial diminuídos)*”<sup>35</sup>, só se podendo aceder à jurisdição administrativa através das vias processuais que, se encontravam legalmente tipificadas (“*princípio da enumeração*” na terminologia proposta por Vieira de Andrade)<sup>36/37</sup>. Admitia-se, é certo, em matérias confinadas (ações referentes a responsabilidade da Administração, acções atinentes a contratos, e alguns recursos eleitorais) um contencioso de plena jurisdição. Assim o contencioso administrativo português encontrava-se estruturado segundo uma matriz dualista; (i) recurso contencioso dos actos revestidos de autoridade da Administração (primacialmente, o acto administrativo<sup>38</sup>), (ii) contencioso das acções (que repousava em relações de paridade que envolvessem a Administração). No entanto, como de forma esclarecida se expressou Sérvulo Correia, verificou-se o “*afastamento por parte da Lei Portuguesa de um sistema de jurisdição administrativa em que os meios de processo visem tão-só a reposição da integridade do ordenamento jurídico objectivo, e apenas por arrastamento de um modo reflexo, a reintegração das*

<sup>34</sup> Diogo Freitas do Amaral, in “*Direito Administrativo*”, vol. IV, Lisboa, 1988, p. 123, realçava que no “*processo feito a um acto (...) a Administração Pública não figura no processo como parte, e muito menos como ré. O processo visa examinar o acto, não visa apreciar o comportamento da Administração que o praticou*”. Distinto do processo feito a um acto era o designado “*processo entre partes*”. Nesta última figura o processo para além da validade do acto recorrido, tinha “*igualmente por objecto as relações jurídicas subjacentes, designadamente os poderes e deveres do particular perante a Administração Pública e desta perante o particular*”. Veja-se Diogo Freitas do Amaral, in “*Direito Administrativo*”, vol. IV, Lisboa, 1988, p. 125

<sup>35</sup> Vieira de Andrade, in “*A Justiça Administrativa, Lições*”, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 32.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 32.

<sup>37</sup> As apontadas limitações decorrem da circunstância de o tribunal não se poder substituir à Administração activa no exercício da função administrativa, só podendo, obviamente, exercer a função jurisdicional; veja-se Diogo Freitas do Amaral, “*Direito Administrativo*”, Volume IV, Lisboa, p. 116, e Vasco Pereira da Silva “*Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*”, pp. 184-186 e 194-198.

<sup>38</sup> Sérvulo Correia dá conta que “*apesar de assistirmos nos dias de hoje a uma diversidade dos modos de conduta administrativa com perda de peso relativo do acto administrativo, ninguém minimamente conhecedor das realidades ousará negar que este é ainda, de longe, em Portugal como nos outros “sistemas de Direito Administrativo” a forma mais utilizada no exercício jurídico da função administrativa*”. Veja-se do Autor “*Impugnação de actos administrativos*”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 16, julho/agosto de 1999, p. 12.

situações jurídicas subjectivas<sup>39</sup>”. O Juiz Conselheiro Santos Botelho<sup>40</sup> assinalava, nesta senda, que o pedido em que se consubstancia o recurso contencioso de anulação “apenas poderá consistir na declaração de inexistência ou de nulidade do acto recorrido ou na sua anulação. Qualquer outro pedido ter-se-á de ter por legalmente inadmissível. Também não é possível pedir ao tribunal que se substitua à autoridade competente na prática do acto (...). É que, neste particular meio processual de recurso, o tribunal não têm todos os poderes habituais de um juiz, já que não pode ir além da declaração de invalidade ou à anulação do acto impugnado. Não pode incluir nas suas decisões disposições que se traduzam, em verdadeiros actos administrativos. E, isto, já que a questão que lhe é colocada é relativa à conformidade do acto em face do direito”<sup>41</sup>.

### B) A Justiça Administrativa numa encruzilhada

O contencioso de mera legalidade surgiu impregnado no ideário do Estado Liberal, na senda de uma concepção autoritária do exercício do poder administrativo, e que se manifestava através de actos administrativos discricionários e de tipo ablativo. Otto Mayer, falava a propósito de acto administrativo como “manifestação da Administração autoritária que determina o direito aplicável ao súbdito no caso concreto”<sup>42</sup>. No entanto, como bem fez notar Pacheco de Amorim “desde

<sup>39</sup> Sérvulo Correia, in “Modernização do Contencioso Administrativo”, Intervenção proferida na Cidade da Praia a 6 de Dezembro de 2006, podendo ser consultada em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Correia-Jose-Servulo-MODERNIZACAO-DO-CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.pdf> (acedido a 07 de Agosto de 2018).

<sup>40</sup> In “Contencioso Administrativo. Anotado, Comentado, Jurisprudência”, 2.ª ed., Almedina, 1999, pp. 32-33.

<sup>41</sup> No processo de recurso contencioso não se admitia em geral um pedido que se traduzisse na declaração de um direito e, isto já que, como salientava Fritz Fleiner neste meio processual não podia o particular solicitar a determinação abstracta de uma relação jurídica (veja-se “Instituciones de Derecho Administrativo”, Madrid, Labor, 1933, p. 215).

<sup>42</sup> Otto Mayer citado por Vasco Pereira da Silva, in “Em busca do acto administrativo perdido”, Almedina. Coimbra, 2003, p. 66. Aliás, a ideia do acto como exercício do poder administrativo era comum a Maurice Hauriou e Otto Mayer. Esta concepção clássica de acto administrativo vai depois influenciar Marcello Caetano. Ensinava este Autor que acto administrativo definitivo e executório era a “conduta voluntária de um órgão da Administração no exercício de um poder público que para prossecução de interesses a seu cargo, pondo termo a um processo gracioso ou dando resolução final a uma petição, defina, com força obrigatória e coerciva, situações jurídicas num caso concreto”. Veja-se “Manual de Direito Administrativo”, 10.ª ed. (2.ª reimpressão), Vol. I, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 463-464. Em Coimbra, Rogério Ehrhardt Soares falava, a propósito da figura de acto administrativo de “estatuição autoritária, praticada por um sujeito de direito administrativo no uso de poderes jurídico-administrativos, relativa a um caso concreto e destinado a produzir efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos”. Veja-se Vieira de Andrade, “Lições de Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 2011, p. 129 e segs.

meados do século XX se têm vindo a multiplicar não só os condicionamentos publicísticos às actividades privadas, mas também e ainda as actividades prestativas ou constitutivas da Administração” fazendo proliferar “(...) actos favoráveis ou ampliativos da esfera jurídicas dos seus destinatários, e os correspondentes actos de recusa” e bem assim “os actos estritamente vinculados, sobretudo no domínio dos licenciamentos urbanísticos e de actividades económicas”<sup>43</sup>. O que implicou o desfasamento do acto administrativo relativamente a estas novas realidades. Na terminologia de Vasco Pereira da Silva tal ocorre no âmbito da transição de uma Administração Agressiva, para uma Administração Prestadora e Infra-estrutural<sup>44</sup>. Escasseava assim, um meio processual adequado a uma tutela satisfatória dos direitos e interesses legítimos dos particulares, nas situações típicas de (...)”interesses dinâmicos ou pretensivos, consubstanciando-se a lesão através da recusa (expressa ou silente) em praticar o acto ampliativo”<sup>45</sup>.

Como de forma magnífica se expressou Maria da Glória Garcia “a lógica do contencioso administrativo de raiz francesa, é a lógica da norma, do direito objectivo, uma lógica que parte de um passado (violação da norma), (e pensa num futuro) evitar novas violações, a essa mesma norma. O presente, o tempo presente, é estranho à lógica da norma”<sup>46</sup>. No mesmo tom interventivo, e no dealbar da gestação de um novo paradigma de justiça administrativa João Gomes Alves salientava, que “o recurso contencioso de anulação, (...) limitando-se a anular ou declarar a nulidade ou inexistência jurídica do acto recorrido (...) não confere uma plena eficácia jurisdicional, tal como surge configurada no artigo 268.º, n.º 4, da CRP”<sup>47/48</sup>. Esta encruzilhada em que

<sup>43</sup> Cfr. “A Substituição Judicial da Administração na Prática de Actos Administrativos Devidos”, *O Debate Universitário*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 381.

<sup>44</sup> Cfr. Vasco Pereira da Silva “«Do Velho se Fez Novo». A Ação Administrativa Especial de Anulação de Acto Administrativo”, *ICJP*, 2011, p. 62.

<sup>45</sup> Veja-se “A Substituição Judicial da Administração na Prática de Actos Administrativos Devidos”, *O Debate Universitário*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 382.

<sup>46</sup> Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, “As medidas cautelares entre a correcta prossecução do interesse público e a efectividade dos direitos dos particulares”, in *O Debate Universitário*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 346.

<sup>47</sup> João Gomes Alves, “A Marcha do Processo no Contencioso Administrativo”, in *O Debate Universitário*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 275.

<sup>48</sup> Nas palavras vertidas no acórdão do STA de 14 de Março de 1989, Rec. 21.916, “Acto Administrativo definitivo e executório e como tal recorrível contenciosamente, é o acto que traduza uma conduta voluntária da Administração que, no exercício da sua autoridade, define ou afecta unilateralmente uma concreta e determinada relação jurídico-administrativa estabelecida entre ela e qualquer administrado ou que incida sobre uma coisa, constituindo a resolução final e autoritária de um processo administrativo sobre um conflito individual de interesses de natureza pública”. No aresto do STA de 14 de Novembro de 1989, Rec. 25.587, fazia-se notar que “O acto confirmativo pressupõe que o “acto confirmado” seja definitivo e executório. Não há acto confirmativo do acto opinativo”. No acórdão do STA de 27 de Abril de 1993 (veja-se Acórdãos Doutrinários 384)



se encontrava a justiça administrativa, vai ser ultrapassada, vigorosamente, com a Reforma de 2002.

### C) *Rumo à acção administrativa especial de impugnação de actos administrativos*

Pacheco de Amorim, na importante e frutuosa discussão pública que antecedeu a Reforma de 2002–2004 chamou a atenção para um aspeto axial; a peça chave do sistema de justiça administrativa, continuava a ser o recurso de anulação<sup>49</sup>. No entanto, a constatação de uma situação de manifesto “déficit” de proteção jurídica no âmbito da justiça administrativa<sup>50</sup> – ao mesmo tempo que se rememorava lapidarmente, que a justiça administrativa era, em parte, “*Direito constitucional por concretizar*”<sup>51</sup>, e se reiterava que existia uma “*inconstitucionalidade agravada por omissão*”<sup>52</sup> – impunha a premência de encontrar soluções para este problema. E essas soluções ancoravam na Constituição da República Portuguesa (CRP). Assim, no domínio particular das garantias jurisdicionais dos administrados, as sucessivas Revisões Constitucionais de 1982, 1989, e 1997, consubstanciaram alterações inarredáveis, que contribuíram para o fenómeno que Vasco Pereira da Silva apelidou de “Revolução Copernicana”<sup>53</sup>. Sendo

cristalizava-se o entendimento que “*objecto do recurso contencioso são os vícios nele imputados ao acto impugnado, independentemente de esses vícios terem ou não sido arguidos e sujeito a apreciação em decisão de recurso hierárquico*”. E no Acórdão do STA n.º 42.662, de 26 de Novembro de 1998 decidiu-se que “*I – O recurso contencioso tem por objecto a declaração de invalidade ou anulação do acto recorrido, e a sua utilidade correlaciona-se com a possibilidade de, em execução de sentença, se efectuar a reconstituição natural da situação actual hipotética, mediante a supressão dos efeitos jurídicos do acto anulado. II – Este meio processual não pode, pois ser utilizado para obter uma mera declaração de ilegalidade do acto impugnado com vista a alcançar, em ulterior acção, o ressarcimento dos prejuízos indemnizáveis.*”

<sup>49</sup> Cfr. “*A Substituição Judicial da Administração na Prática de Actos Administrativos Devidos*”, *O Debate Universitário*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 379.

<sup>50</sup> Cfr. Vasco Pereira da Silva “*La Constitución portuguesa y el contencioso administrativo*”, pág. 234. in <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=5537&path%5B%5D=5591> (acedido a 03 de Agosto de 2018).

<sup>51</sup> Vasco Pereira da Silva “*La Constitución portuguesa y el contencioso administrativo*”, pág. 234. in <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=5537&path%5B%5D=5591> (acedido a 03 de Agosto de 2018).

<sup>52</sup> Cfr. Vasco Pereira da Silva, “*O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*”, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 214.

<sup>53</sup> Cfr. Vasco Pereira da Silva, “*O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*”, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 212 e 242. São estas as palavras do Ilustre Administrativista “*(...) agora passam a ser os diferentes meios processuais que «giram» à volta do volta do princípio da tutela plena e efectiva dos direitos dos particulares e não o «contrário»*”.

certo que o n.º 2 do artigo 269.º da Constituição de 1976, consagrava apenas o tradicional recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade contra quaisquer actos administrativos “*definitivos e executórios*”<sup>54/55</sup>, seguro também foi que o artigo 20.º, e bem assim os n.ºs 4 e 5 do artigo 268.º da CRP (na redacção da Lei Constitucional n.º 1/97) passaram a conferir aos administrados uma tutela jurisdicional plena e efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos<sup>56</sup>. Na senda da concretização constitucional atrás vertida, a acção administrativa especial, na terminologia do Conselheiro Alberto Costa Reis, “*foi desenhada para solucionar os conflitos surgidos nas relações jurídicas em que a Administração se apresenta numa posição de autoridade, na veste de poder público*”<sup>57</sup>. Por

<sup>54</sup> Deve no entanto chamar-se à colação que a Revisão Constitucional de 1971 previa o princípio geral da recorribilidade dos actos administrativos definitivos e executórios, ao positivar, no elenco dos direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses (artigo 8.º) a garantia de “recurso contencioso dos actos administrativos definitivos e executórios que sejam arguidos de ilegalidade”). Esta garantia manteve posteriormente dignidade constitucional pois constava também na Constituição da República Portuguesa de 1976. Sobre a questão da recorribilidade dos actos administrativos veja-se, *verbi gratia*, os seguintes arestos: acórdão do STA de 16 de Dezembro de 2009, proc. 0140/09, o acórdão do STA de 28 de Outubro de 2010, proc. 0390/10, o acórdão do TCA Norte de 08 de Março de 2012, proc. 0117209.4BEPRT, e o acórdão do TCA Sul de 29 de Setembro de 2011, proc. 07413/11.

<sup>55</sup> Na vigência da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA) aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho, só se admitia recurso de actos administrativos definitivos e executórios (artigo 25.º n.º 1). Nos mesmos termos as normas de processo administrativo referiam-se ao incidente processual de “suspensão da executoriedade do ato administrativo”. Veja-se Fernando Alves Correia, “*Alguns Conceitos de Direito Administrativo*”, 2.ª ed., Almedina, 2001, p. 39. Com a entrada em vigor, no dia 1 de Janeiro de 2004, do CPTA, que introduziu, nas palavras do Conselheiro Políbio Henriques, a “*possibilidade de reagir contra a inércia da Administração através da dedução de um pedido de condenação à prática de acto devido (artigos 66.º e ss do CPTA), deixou de fazer depender o acesso à justiça administrativa da existência de um ato administrativo impugnável*”, in Fausto de Quadros et. al., “*Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*”, Almedina, Coimbra, 2016, p. 261.

<sup>56</sup> Como ensinou Jorge Miranda, já em 1982 a Lei Fundamental tinha clarificado a sujeição a “*recurso*” de quaisquer actos administrativos “*independentemente da sua forma*” e introduziu um “*recurso*” para “*o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido*”. E em 1989, a Lei Fundamental, eliminou a imposição de os actos a impugnar serem “*definitivos e executórios*”, consagrando como causa de pedir a lesão de direitos e interesses legalmente protegidos e passando consagrar-se ainda o direito de “*acesso à justiça administrativa*” para tutela de direitos ou interesses legalmente protegidos. Veja-se neste sentido “*Os Parâmetros Constitucionais da Reforma do Contencioso Administrativo*”, in “*Reforma do Contencioso Administrativo*”, O Debate Universitário, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 285. No mesmo sentido veja-se o Acórdão do TCA Sul de 29 de Abril de 1999, processo n.º 02580/99.

<sup>57</sup> Alberto da Costa Reis “*A Identificação dos actos susceptíveis de impugnação através da acção administrativa especial*”, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 95, Setembro/Outubro, 2012, p. 19. Já Mário Aroso de Almeida refere também como critério diferenciador da acção administrativa especial face à acção administrativa comum, o facto de o litígio em causa surgir ou não no âmbito de poderes de

sua vez a acção administrativa comum é “aplicada a qualquer das pretensões para as quais o CPTA, não estabeleça um modelo específico de tramitação”<sup>58/59</sup>.

Dispunha o artigo 51.º, n.º 1 do CPTA anterior à revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 02 de Outubro, que eram impugnáveis os actos com eficácia externa, mormente aqueles cujo conteúdo seja susceptível de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos. O conceito de acto contenciosamente impugnável assentava no estabelecido, desde logo, no artigo 120.º do CPA (na redacção do Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro), no qual se consideravam actos administrativos as decisões dos órgãos da administração que ao abrigo de normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta, enquanto actos externos, que evidenciem um qualquer segmento decisório<sup>60</sup>. A este propósito Mário Aroso de Almeida, fazia notar que “(...) decisivo para que os actos jurídicos concretos da Administração possam ser objecto de reacção contenciosa – e, portanto, de impugnação contenciosa, quando tenham conteúdo positivo – é que eles possuam conteúdo decisório, no sentido, oportunamente explicitado, de que não se esgotem na emissão de uma declaração de ciência, um juízo de valor ou uma opinião, mas exprimam uma resolução que determine o rumo de acontecimentos ou o sentido de condutas a adoptar. E isto, mesmo quando intervenham no plano de relações intra-administrativas e interorgânicas”.

autoridade da Administração. Veja-se neste sentido, Mário Aroso de Almeida, “O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos”, Coimbra, 2003, p. 72.

<sup>58</sup> Cfr. Carlos Alberto Fernandes Cadilha, “Dicionário de Contencioso Administrativo”, Almedina, Coimbra, 2006, p. 15.

<sup>59</sup> Na sugestiva fórmula do acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 27 de Novembro de 2013, proc. n.º 01421/12 : “I – A forma de processo é estabelecida pela lei, por referência aos diferentes tipos de pretensões que podem ser deduzidos em juízo. II – A propriedade ou adequação da forma de processo afere-se em função do tipo de pretensão deduzida em juízo pelo autor. III – A distinção que o CPTA estabelece entre as formas da acção administrativa comum e da acção administrativa especial assenta no critério de saber se o processo diz, ou não, respeito ao exercício de poderes de autoridade, por parte da Administração. IV – Seguem a forma de acção administrativa especial as acções nas quais sejam formulados pedidos específicos de remoção de actos de autoridade praticados pela Administração – actos administrativos ou normas regulamentares – ou de condenação da Administração à emissão desses actos de autoridade.”

<sup>60</sup> Pedro Costa Gonçalves assinala que uma das inovações do Código do Procedimento Administrativo de 2015 é a “eliminação do referencial orgânico nas noções de acto administrativo e de regulamento administrativo. (...) Ao invés do que sucedia com o CPA de 1991, o artigo 148.º do novo CPA ignora qualquer referencial orgânico na definição de acto administrativo”. Veja-se do insigne Autor “Algumas alterações e inovações “científicas” no novo Código do Procedimento Administrativo”, in “Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo”, Vol. I, Coordenação de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 4.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p. 55.

E continua o Autor defendendo que “Determinante é que se trate de actos administrativos, no sentido que decorre do artigo 120.º do CPA. Do ponto de vista estrutural, deve, pois, a nosso ver, entender-se que todos os actos administrativos podem ser objecto de reacção contenciosa – e, portanto, que, quando tenham conteúdo positivo, todos eles podem ser objeto de impugnação contenciosa, pelo que são, todos eles, actos administrativos impugnáveis”<sup>61</sup>.

Já Vieira de Andrade<sup>62</sup>, à luz da Reforma de 2002/2004 assinalava que “(...) o conceito processual de acto administrativo impugnável não coincide com o conceito de acto administrativo, sendo, por um lado, mais vasto e, por outro, mais restrito. É mais vasto apenas na dimensão orgânica, na medida em que não depende da tradicional qualidade administrativa do seu Autor ... – artigo 51.º, n.º 2. É mais restrito, na medida em que só abrange expressamente as decisões administrativas com eficácia externa, ainda que inseridas num procedimento administrativo, em especial os actos cujo conteúdo seja susceptível de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos (artigo 51.º, n.º 1) – devendo entender-se que actos com eficácia externa são os actos administrativos que produzam ou constituam (que visem constituir, que sejam capazes de constituírem) efeitos nas relações jurídicas administrativas externas (na esfera jurídica dos destinatários), independentemente da respetiva eficácia concreta”.

Característica axiológica intrínseca, da acção administrativa especial era a de conter (*ex vi* do n.º 2 do artigo 46.º do CPTA anterior à revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 02 de Outubro) pedidos atinentes à impugnação de actos administrativos, condenação na prática de actos administrativos devidos, e pedidos de declaração de ilegalidade de regulamentos ou de omissão de regulamentos devidos<sup>63</sup>.

Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, não deixando de assinalar que a impugnação de actos administrativos corresponde, grosso modo, ao antigo recurso contencioso de anulação, dão nota, ainda assim, que esta figura tinha por objecto quaisquer actos administrativos reais (expressos) ou ficcionados (como sucedia com o “acto tácito” ou “silente”), positivos ou negativos, enquanto a acção administrativa especial de impugnação tinha como escopo apenas a invalidação de actos administrativos expressos positivos (cujos efeitos jurídicos se repercutem desfavoravelmente na esfera jurídica de alguém), pois os actos de indeferimento, quaisquer uns, eram antes objecto da acção especial de condenação à prática de acto devido. Outra diferença assinalada

<sup>61</sup> Veja-se do Autor “Considerações em torno do conceito de acto administrativo impugnável”, in “Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano”, Vol. II, p. 285.

<sup>62</sup> Vieira de Andrade, “A Justiça Administrativa – Lições”, 12.ª ed., 2012, pp. 186-187.

<sup>63</sup> Cfr. João Tiago da Silveira, in “A Reforma do Contencioso Administrativo”, Revista Jurídica (AAFIDL), n.º 25, Abril de 2002, p. 452.

por estes Autores reporta-se ao facto de o recurso contencioso ter no direito anterior, além do tronco comum da Lei de Processo, um tratamento diferenciado, consoante se tratasse de actos administrativos de órgãos da administração pública regional, local ou corporativa, das entidades de utilidade pública administrativa e dos concessionários (que seguiam o disposto na Lei Orgânica e no Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo) enquanto que o regime jurídico da acção administrativa especial não apresentava, qualquer modelação em função da autoria do acto impugnado (que só relevava em termos muito limitados, para efeitos de competência dos tribunais<sup>64</sup>.

#### **D) *Algumas inovações que irradiaram do novo paradigma processual***

Colhendo o ensinamento de Diogo Freitas do Amaral, “*uma das inovações de largo espectro, da reforma do Contencioso Administrativo foi a substituição do tradicional recurso contencioso de anulação, de origem francesa (o qual perdurou entre nós, cerca de um século e meio) por uma acção impugnatória de normas e actos de direito público, de inspiração alemã*”<sup>65</sup>. Esta mudança de paradigma processual, que dimanou da convoção do recurso contencioso de anulação, em acção de impugnação, significava, segundo Vasco Pereira da Silva, a passagem de um contencioso de mera anulação para um contencioso de plena jurisdição<sup>66</sup>. Adiante-se que em sede de discussão pública da Reforma houve quem propugnasse que se devia abandonar o velho nome “*recurso contencioso*”, e avançasse que tal expressão devia “*ser reservada para a impugnação de decisões judiciais*”<sup>67</sup>. Antagonicamente, Sérvulo Correia, defendia este meio processual de forma afincada<sup>68</sup>. Retomando o fio da exposição que nos move, e na fórmula utilizada por Vasco Pereira da Silva “*a acção*

<sup>64</sup> Veja-se Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, “*Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados*”, Volume I, Almedina, Coimbra, 2006, p. 368.

<sup>65</sup> In “*Última Lição*”, Almedina, Coimbra, 2007, p. 31.

<sup>66</sup> In “*O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*”, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 324.

<sup>67</sup> António Cândido de Oliveira, “*Apontamentos sobre a reforma do direito processual administrativo*”, in “*O Debate Universitário*”, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 79.

<sup>68</sup> Nestes termos salientava o Autor “*exprimo o meu mais firme apoio à manutenção da especificidade do recurso contencioso como meio processual – que entendo ser um imperativo constitucional – e à preservação do seu nome histórico como elementar manifestação de respeito pelo nosso património jurídico cultural*”, in “*O Recurso Contencioso*”, in “*O Debate Universitário*”, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 p. 127. No mesmo sentido veja-se deste ilustre Professor “*Unidade ou Pluralidade de meios processuais principais no contencioso administrativo*”, in “*O Debate Universitário*”, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 530.

de impugnação de actos administrativos é uma subespécie – ou “subacção” – da acção administrativa especial<sup>69</sup>, através da qual se possibilita “a apreciação da integridade da relação jurídica administrativa, a propósito da impugnação de um acto administrativo lesivo”<sup>70/71</sup>. Mas quais foram as implicações mais significativas que este inovador meio processual principal fez irradiar e que o distanciam do tradicional recurso contencioso de anulação? O primeiro aspecto inovador a salientar reporta-se aos novos efeitos da sentença de anulação. Ora, como salienta Mário Nigro<sup>72</sup>, nesta matéria, há que atender desde logo aos “efeitos ultra-constitutivos da anulação do acto”. Posição similar à de Mário Nigro era a de Vasco Pereira da Silva, que defendia que a sentença de anulação do acto “(...) para além do efeito anulatório, têm também um efeito repristinatório, (...) e um efeito conformativo”<sup>73</sup>. E inovatoriamente a “reforma do Contencioso Administrativo estabelece agora que todos os pedidos necessários à tutela dos direitos das relações administrativas são admissíveis no processo declarativo”<sup>74</sup>. Ponto que merece igual relevo é o facto de com a Reforma de 2002 passar a haver lugar à determinação da “impugnabilidade dos actos administrativos em razão da lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos”<sup>75</sup>, quando se trate

<sup>69</sup> In “O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo”, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 318.

<sup>70</sup> Vasco Pereira da Silva, “O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo”, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 322.

<sup>71</sup> Rita Calçada Pires, “O Pedido de Condenação à Prática de Acto Administrativo Legalmente Devido. Desafiar a Modernização Administrativa”, Almedina, Coimbra, 2006, p. 140, dá nota que “apresentam-se distintas as funções do pedido de impugnação e do pedido de condenação à prática de acto devido. Enquanto o primeiro surge como instrumento de defesa da legalidade por excelência e dos direitos dos particulares que se bastem com a mera anulação do acto ilegal, o segundo assume-se como o meio central de defesa dos direitos e interesses protegidos dos particulares que necessitam de actos posteriores à anulação e que se vêem confrontados com a omissão administrativa”.

<sup>72</sup> Mário Nigro citado por Mafalda Carmona, “Relações jurídicas poligonais, participação de terceiros e caso julgado na anulação de actos administrativos”, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia”, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 707.

<sup>73</sup> Vasco Pereira da Silva, “Do Velho se Fez Novo. A Acção Administrativa Especial de Anulação de Acto Administrativo”, ICJP, 2011, p. 48. [http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook\\_processoadministrativoii\\_isbn\\_atualizado\\_jan2012.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_processoadministrativoii_isbn_atualizado_jan2012.pdf) (acedido a 03 de Agosto de 2018).

<sup>74</sup> Vasco Pereira da Silva, “Do Velho se Fez Novo. A Acção Administrativa Especial de Anulação de Acto Administrativo”, ICJP, 2011, p. 49. [http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook\\_processoadministrativoii\\_isbn\\_atualizado\\_jan2012.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_processoadministrativoii_isbn_atualizado_jan2012.pdf). (acedido a 03 de Agosto de 2018). Sobre o princípio da cumulação de pedidos no âmbito da acção administrativa especial veja-se, v.g., o acórdão do STA de 25 de Novembro de 2009, proc. 0923/09, o acórdão do TCA Sul de 15 de Março de 2012, proc. 05963/10, e do TCA Norte o acórdão de 27 de Setembro de 2007, proc. 00126/05.4BEPNF.

<sup>75</sup> José Carlos Vieira de Andrade acentua a autonomia do “interesse legalmente protegido” enquanto posição subjectiva diferenciada da do direito subjectivo. Veja-se deste Mestre de Coimbra “O Dever de Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos”, Coimbra, Almedina 1991, pp. 101 e ss e “Justiça Administrativa (Lições)”, 11.ª ed. Coimbra Almedina, 2011 p. 191, nota 461.

da acção para defesa de interesses próprios, ou da eficácia, quando se trate de acção pública ou popular”<sup>76/77</sup>. Outra das novidades, prende-se com as acções de impugnação que passaram a ser genericamente propostas contra as pessoas colectivas ou os Ministérios, e não especificamente contra os respectivos órgãos (*ex vi* artigo 10.º CPTA).<sup>78</sup> No pedido de impugnação de acto administrativo em sede de acção administrativa especial, o Tribunal deve, agora, conhecer de todos os vícios do acto, mesmo que não tenham sido identificados pela parte (artigo 95.º n.º 2 do CPTA)<sup>79/80</sup>. Relativamente ao prazo de impugnação de actos

<sup>76</sup> Vasco Pereira da Silva “*A Justiça Administrativa e Fiscal na hora zero da reforma*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 47, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 52. Também neste sentido vejam-se os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 9/95, 32/98 e 416/99.

<sup>77</sup> Na fórmula do Acórdão do TCA Norte, de 08 de Fevereiro de 2013, processo 01103/06.3BEPRT “*Qualquer decisão administrativa pode hoje ser impugnável, questão é que o seu conteúdo projecte efeitos jurídicos para o exterior, isto é, tenha eficácia externa, independentemente de ser lesivo ou não, face ao disposto no artigo 51.º n.º 1 do Código do Processo nos Tribunais Administrativos*”. Ou, na esteira do acórdão do TCA Norte de 03 de Maio de 2013, processo 01073/10.3BEAVR, “*O conceito legal de “acto impugnável” inserto no artigo 51.º do CPTA tem como pressuposto o estar-se em presença dum acto que encerre em si uma definição de situações jurídicas (artigo 120.º do CPA), pelo que ficam excluídos automaticamente daquele conceito todos os actos, mesmo que procedimentais, que não envolvam ou não possuam qualquer segmento decisório. No aludido conceito inserem-se assim todos os actos lesivos de direitos e interesses legalmente protegidos assim se respeitando a garantia constitucional impositiva, garantia essa que acaba, todavia, por ser estendida pelo legislador ordinário a todos aqueles actos que mesmo não sendo lesivos de direitos subjectivos e de interesses legalmente protegidos, são dotados de eficácia externa*” Nestes termos e como consequência lógica um acto confirmativo não é um acto administrativo uma vez que nada inova na esfera jurídica do destinatário que não vê alterado o *status quo ante*, limitando-se a manter uma situação (lesiva) anteriormente criada sem produzir qualquer efeito. Veja-se neste sentido Rogério Ehrhardt Soares, “*Direito Administrativo (Lições)*”, pág. 346, Sérvulo Correia, “*Noções Fundamentais de Direito Administrativo*”, p. 347, e Mário Esteves de Oliveira, “*Direito Administrativo*”, Vol. I, 1980, p. 411. “*O acto confirmativo pressupõe que o “acto confirmado” seja definitivo e executório. Não há acto confirmativo do acto opinativo*” dimanava do acórdão do STA de 14 de Novembro de 1989, Rec. 25.587.

<sup>78</sup> Neste sentido, veja-se Mário Aroso de Almeida, “*Recurso hierárquico, acto tácito e condenação à prática de acto devido*” “*Ac. do STA de 24.11.2004, P. 903/04, anotado por Mário Aroso de Almeida, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 53, Setembro/Outubro, 2005, p. 21.*

<sup>79</sup> Na senda aliás, do propugnado por António Cândido de Oliveira, in “*Apontamentos sobre a reforma do direito processual administrativo*”, in “*O Debate Universitário*”, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 79.

<sup>80</sup> O acórdão do STA de 28 de Outubro de 2009, processo 121/09, dá conta que “*só existe o dever de o juiz identificar causas de invalidade geradoras de anulação e não alegadas pelas partes se do processo constarem (no momento da decisão) todos os factos necessários para o respectivo julgamento*”. Veja-se também o acórdão do TCA Sul de 31 de Março de 2005 e os acórdãos do TCA Norte de 29 de Junho de 2006 e de 19 de Outubro de 2006; Vieira de Andrade em face da norma do artigo 95.º n.º 3 do CPTA (na versão do Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 02/10) ensina que “*o juiz tem que conhecer de todos os vícios invocados no processo, e, além disso, deve averiguar oficiosamente a existência de ilegalidades do acto impugnado, em clara derrogação do princípio da limitação do juiz pela causa de pedir*”. Acrescentando depois

administrativos, com excepção do prazo para o MP [artigo 58.º n.º 2 alínea a) CPTA], aumentou, com a Reforma de 2002, o mesmo, para três meses [artigo 58.º n.º 2 alínea b) CPTA]. Simultaneamente previa-se a suspensão do prazo de impugnação contenciosa quando tivesse sido interposto meio de impugnação administrativa, independentemente da sua natureza<sup>81/82</sup>. Mas as mudanças não ficaram por aqui. Como escreve Sérvulo Correia<sup>83</sup>, “os artigos 51.º, n.º 4, 66.º n.º 2 e 71.º n.º 1 do CPTA, vieram vedar o emprego de meio impugnatório (isto é, anulatório ou cassatório) nas situações de violação do dever de decidir por força de uma recusa de pretensão e, por maioria de razão, de inércia perante o requerimento”<sup>84</sup>. Outra

que “(...) este poder do juiz deve, pois, ser interpretado em termos restritivos. Se o conhecimento oficioso do juiz não pode limitar-se às nulidades dos actos e das normas aplicadas (esse era o regime anterior), deve, porém, ser auto-restringido a causas de invalidade que afetem direitos fundamentais ou interesses públicos ou comunitários de relevo (à semelhança das causas de oficialidade do Ministério Público)”. Veja-se “A Justiça Administrativa, Lições”, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 183-184. Também Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira propõem uma interpretação claramente restritiva. Elizabeth Fernandez, a propósito deste tema refere que “Se o dever de identificação é sempre oficioso, a possibilidade de apreciação ou julgamento da causa de invalidade judicialmente identificada só o será – não sendo esta de natureza oficiosa à partida. quando o autor tiver impugnado o ato nos termos da acção correctiva (acção de impugnação pública) ou quando, tratando-se de impugnação baseada em interesse pessoal ou directo, quiser aproveitar, ou, pelo menos não se vier a opor à apreciação daquela mesma causa de invalidade”, in “Do ‘oito ao noventa e cinco’: o enigma do dever de identificação judicial de causas de invalidade”, CJA n.º 123, p. 14. Por sua vez Mário Aroso de Almeida explana que a solução plasmada no artigo 95.º n.º 2 é “(...) determinada pelo propósito de evitar que tendo o tribunal anulado um ato administrativo por um determinado vício, a Administração possa vir renovar o acto invocando um argumento que já tinha invocado da primeira vez e cuja legalidade o interessado já da primeira vez tinha contestado, mas sem que o tribunal sobre ele se tivesse pronunciado”. Veja-se do Autor “Apontamento sobre a legitimidade particular nas acções de impugnação de actos administrativos”, in “Nos 20 anos dos CJA”, ed. CEJUR, Braga, Junho 2017, p. 290.

<sup>81</sup> João Tiago da Silveira, “A reforma do contencioso administrativo”, Revista Jurídica (AAFDL), n.º 25, Abril de 2002, p. 456.

<sup>82</sup> Como faziam notar Mário Aroso de Almeida/Carlos Alberto Fernandes Cadilha, “Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, 3.ª ed. rev., 2010 p. 401, “A suspensão do prazo apenas inutiliza o período que tenha decorrido entre o momento da interposição do meio de impugnação administrativa e o da notificação da decisão expressa que sobre ela tenha sido proferida ou o termo do prazo para decidir, caso não tenha sido emitida qualquer pronúncia expressa”. Veja-se também o acórdão do STA de 13 de Março de 2007, processo n.º 01009/06 e do TCA Sul de 18 de Janeiro de 2007, processo n.º 02156/06.

<sup>83</sup> In “O Incumprimento do dever de decidir”, CJA, n.º 54, Novembro/Dezembro, 2005, p. 16.

<sup>84</sup> Na acção administrativa de condenação à prática de acto devido, o Tribunal deve pronunciar-se sobre a pretensão material formalizada pelo Autor, rejeitando-se neste tipo de acções, a prolação de sentenças de mera anulação ou declaração de nulidade de actos administrativos. No sentido de uma certa irrelevância do pedido impugnatório formulado e de que o tribunal deve limitar-se a conhecer da pretensão material do Autor, pronunciou-se o STA (Acórdão de 28/09/10, processo n.º 0266/99) no sentido de que “(...) o facto da Autora ter instaurado um processo impugnatório, com cumulação do pedido de condenação à prática do acto devido (artigo 47.º n.º 2 alínea a) do CPTA), não justifica, porém, o convite previsto no artigo 51.º n.º 4 do referido diploma, já que, nesse caso o tribunal limitar-se-á a conhecer da pretensão



das grandes inovações carreadas pelo CPTA foi a eliminação da regra geral da necessidade do recurso hierárquico. “O CPTA não a proclama expressamente, mas o n.º 5 do artigo 59.º estabelece em termos genéricos a admissibilidade de impugnação contenciosa na pendência da impugnação administrativa”<sup>85</sup>. Solução peculiar é o facto de, sendo proposta uma acção cumulando-se pedidos incluídos no âmbito das duas acções – comum e especial – se seguirem os termos da acção administrativa especial (artigos 4.º e 5.º e 47.º do CPTA). Digno de aplauso é, por outro lado, o facto de ter merecido consagração o princípio da atipicidade dos pedidos (artigo 2.º CPTA) e do princípio da atipicidade de pronúncias (artigo 3.º n.º 1 do CPTA)<sup>86</sup>. Dando dignidade legal “ao princípio da atipicidade dos pedidos e das correspondentes pronúncias ( artigos 37.º n.º 1 e 2 e 112 n.º 1 e 2.º do CPTA), ficam preenchidos os vazios de proteção jurisdicional e garantida uma decisiva condição de efectividade da tutela jurisdicional”<sup>87</sup>. Note-se que os tribunais administrativos têm de garantir uma tutela jurisdicional efectiva aos administrados (artigos 20.º, 212.º e 268.º n.º 4 da CRP). Em breve súmula, estas algumas das principais mudanças que permitiram que “o modelo de contencioso administrativo de influência francesa, circunscrito ao recurso contencioso de anulação bem como às acções de responsabilidade por danos e ações emergentes de contratos administrativos”<sup>88</sup>, fosse ultrapassado. Também em Espanha se assistiu à subjectivização da justiça administrativa, fenómeno gerado no artigo 24.º da Constituição Espanhola, e que ao nível infra-constitucional a Lei 29/1998, de 13 de Julho, *Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)*, concretizou. Eis a Exposição de Motivos desta Lei: “Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración”.

*material da Autora (...), pois é esse o objecto da acção e não o acto impugnado, tornando-se, pois, irrelevante o pedido impugnatório*”. De igual modo, no acórdão do STA de 07/04/2010, recurso 01057/09, vincou-se que “sendo cumuladas, numa acção administrativa especial, impugnações de actos administrativos relativos ao indeferimento de uma única pretensão de ser atribuído e pago subsídio de desemprego e formulado um pedido de intimação do réu a efectuar a sua atribuição e pagamento, deve aplicar-se o regime das acções para condenação à prática de acto devido”.

<sup>85</sup> José Manuel Sérvalo Correia, “O Incumprimento do dever de decidir”, CJA, n.º 54, novembro/dezembro, 2005, p. 16.

<sup>86</sup> Neste sentido, veja-se Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, “Do Conselho de Estado ao actual Supremo Tribunal Administrativo”, 2.ª ed., 2005, p. 146.

<sup>87</sup> *Idem*, p. 146.

<sup>88</sup> *Idem*, *Ibidem*.

**E) O novo figurino da acção administrativa cristalizada no Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 02 de Outubro; em especial, a acção de impugnação de actos administrativos**

Com a mutação legislativa cristalizada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 02 de Outubro que alterou a Lei n.º 15/2002 de 22 de Fevereiro, procedeu-se à unificação das formas de processo acabando a distinção entre acção administrativa comum e acção administrativa especial<sup>89</sup>. Esta opção do Legislador foi consignada solenemente no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 02 de Outubro ao se dar conta que se escolheu “abandonar o modelo dualista que o CPTA consagrava, extinguindo-se a forma da acção administrativa comum e reconduzindo-se todos os processos não-urgentes do contencioso administrativo a uma única forma de processo, a que é dada a designação de acção administrativa”.

Mário Aroso de Almeida/Carlos Cadilha<sup>90</sup> explanam que a acção administrativa, que corresponde ao processo declarativo comum em contencioso administrativo, engloba agora nos termos do artigo 37.º, não apenas as pretensões que se reportam à prática ou omissão de actos administrativos, ou à emissão ou

<sup>89</sup> No que tange à distinção entre acção administrativa especial e acção administrativa comum veja-se o Acórdão do TCA Sul, de 12 de Julho de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 08510/12 e o Acórdão do TCA Sul, de 06 de Fevereiro de 2014, proferido no âmbito do processo n.º 10575/13; sobre a tramitação da acção administrativa especial veja-se o Acórdão do TCA Sul, de 07 de Novembro de 2013, proferido no âmbito do processo n.º 08771/12. O abandono do anterior modelo dualista (acção administrativa especial/acção administrativa comum) e a consagração de um modelo monista atinente à nova acção administrativa única constitui uma das alterações mais emblemáticas introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 02 de Outubro, como decorre desde logo do plasmado no ponto dois do citado diploma legal.

<sup>90</sup> Veja-se Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, “Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 239. Sobre o fim do dualismo das formas de processo declarativo não urgente veja-se também Ana Sofia Firmino, “O fim do regime dualista das acções administrativas no anteprojecto de revisão do CPTA”, pp. 11 e segs. e José Mário Ferreira de Almeida, “O fim do dualismo das formas de processo declarativo não urgente e outros (previsíveis) impactos da reforma da acção administrativa”, in “Anteprojecto de revisão do CPTA e do ETAF em debate”, pp. 39 e segs. Sérvulo Correia entende que em matéria da nova acção administrativa o CPTA consagrou uma solução unipolar, na medida em que se configura como único meio processual principal não urgente para dirimir quaisquer litígios jurídico administrativos, mas também conotações dualistas de ordem estrutural, como é o caso das disposições especiais aplicáveis exclusivamente ao contencioso de actos administrativos e de normas administrativas (artigos 50 e segs.) Assim, veja-se Sérvulo Correia. “Da acção administrativa especial à nova acção administrativa”, CJA n.º 106, Braga, CEJUR, p. 52. Veja-se também Esperança Mealha, “A nova acção administrativa: uma encruzilhada de acessos a um caminho processual único”, in Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (coordenadores), “Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA”, 3.ª ed., 2017, AAFDL Editora, pp. 351-374.

omissão de normas (impugnação de actos administrativos, condenação à prática de actos devidos, impugnação de normas emitidas ao abrigo de disposições de direito administrativo e condenação à emissão de normas devidas ao abrigo de disposições de direito administrativo), mas também as pretensões referentes a actuações da Administração que não envolvem o exercício de poderes de autoridade (pretensões indemnizatórias, de prestação de facto ou de reconhecimento de direitos). Inspirou-se o legislador na acção de processo comum de declaração prevista no Código de Processo Civil (aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho) nos artigos 584.º e seguintes (*ex vi* artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 02/10). Previu-se, assim, a acção administrativa como forma de processo não urgente única, passando a abranger todas as pretensões que cabiam sob as demais formas de processo não urgentes. Não deixou porém de manter as “*necessárias e relevantes adaptações exigidas pela especificidade dos litígios que integram a justiça administrativa*”<sup>91/92</sup> e de se consagrar um conjunto de disposições particulares para cada uma das principais pretensões em que se desdobra a actividade administrativa: (i) acção de impugnação de actos administrativos [artigos 37.º n.º 1 alínea *a*), e 50.º a 65.º do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro]; (ii) acção de condenação à prática de acto devido – devido nos termos de injunção legal ou de vínculo contratualmente assumido – [artigos 37.º n.º 1 alínea *b*) e 66.º a 71.º do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro]; (iii) acção de impugnação e normas e de condenação à emissão de normas<sup>93</sup> [artigos 37.º n.º 1 alíneas *d*) e *e*) e artigos 72.º a 77.º do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro]; (iv) acção relativa à validade e execução de contratos [artigo 37.º n.º 1 alínea *l*) e artigos 77.º-A e 77.º-B do Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 02 de Outubro]. Destacam-se nesta matéria e em contraposição ao quadro legal consignado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, as seguintes alterações no que resultou no alargamento da jurisdição administrativa a novos litígios: (i) acção de condenação à adopção ou à abstenção de comportamentos da Administração e também a condenação de particulares [artigo 37.º n.º 1 alínea *h*) do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro]; (ii) acção de condenação à adopção das condutas necessárias

<sup>91</sup> José Carlos Vieira de Andrade, “*A Justiça Administrativa, Lições*”, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 306.

<sup>92</sup> Veja-se do Conselheiro Carlos Cadilha, “*A revisão do Código do Processo nos Tribunais Administrativos: aspectos inovatórios*”, in Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (coordenadores), “*Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*”, 3.ª ed., 2017, AAFDL Editora, pp. 19-22.

<sup>93</sup> Também em Espanha a Lei n.º 29/1998 de 13/07 (Ley 29/1998, de 13 de Julho, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) na norma do seu artigo 19.º n.º 1 alínea *a*) distingue entre a impugnação de actos e de normas.

ao restabelecimento de direitos ou interesses violados, incluindo em situações de via de facto, desprovidas de título que as legitime [artigo 37.º n.º 1 alínea i) do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro]<sup>94</sup>; (iii) acção de impugnação de decisões que apliquem coimas em matéria urbanística (Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, republicada e com as alterações introduzidas pela Lei n.º 114/2015, de 28 de Agosto); na continuação deste percurso indagatório que nos vêm movendo questiona-se: o que subjaz à impugnação de actos administrativos<sup>95</sup>?

Mário Aroso de Almeida<sup>96</sup> explana, de forma magistral, que “*É atributo dos actos administrativos que qualquer pessoa ou autoridade – com excepção dos sujeitos que disponham do poder de promover e dos tribunais que disponham do poder de determinar a respectiva anulação*” – *está obrigada a reconhecer e aceitar as definições jurídicas por eles introduzidas no mundo jurídico, sem poderem por em causa a sua existência; (A doutrina alemã fala a este propósito à produção de um Tatbestandswirkung do ato administrativo)*”. Mas, mais do que isso, a obrigatoriedade dos actos administrativos implica que eles se impõem aos seus destinatários, tal como à própria Administração que os pratica, obrigando, tanto a uns como a outra, a acatar os respectivos efeitos, se ou enquanto eles não forem removidos ou modificados. É isto que explica o ónus de impugnação dos actos administrativos<sup>97</sup>. Vejamos pois, o enquadramento da acção de impug-

<sup>94</sup> Negando a competência dos Tribunais Administrativos veja-se o Acórdão do TCA Sul de 22 de Dezembro de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 5515/09. Veja-se também do Professor José Carlos Vieira de Andrade, “*A via de facto perante o juiz administrativo*”, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 104. Veja-se também Carla Amado Gomes, “*Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*”, Coimbra Editora, Coimbra, 1999 pp. 298 a 345. E ainda “*Pistas de investigação para o estudo do controlo jurisdicional das operações materiais da Administração*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano XXXVII, n.º 2, Lex, 1996, pp. 476 a 503. O Tribunal de Conflitos francês nos Acórdãos *Société Schneider* (4 de Junho de 1940) e *Perrin* (11 de Fevereiro de 1947) densificou o conceito de “*via de facto*” nos termos do qual abrangeria a prática de actos pela Administração que se caracterizavam por serem “*manifestamente insusceptíveis de se relacionarem com a aplicação de normas legais ou regulamentares*”.

<sup>95</sup> Na substância do acto administrativo, e na síntese de Pedro Costa Gonçalves e Bernardo Azevedo, “*está sempre, em última instância e no fundo, a definição unilateral, autoritária e inovadora, por um sujeito de direito administrativo e ao abrigo de normas de direito público (essencialmente normas de competência), dos efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos, relativos a uma determinada situação individual e concreta*”. Veja-se também, dos mesmos Autores, “*Impugnabilidade dos actos praticados ao abrigo do artigo 128.º, n.º 2 do CPTA e inconstitucionalidade da norma habilitante*”, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 90, Novembro/Dezembro 2011, p. 5.

<sup>96</sup> In “*Atos de Aplicação de Sanções Contratuais; Sua Natureza Jurídica e Regime Processual*”. Comentário ao Acórdão do TCA Sul de 11 de Fevereiro de 2016, Rec. 11777/15, *Católica Law Review*, Volume I, n.º 1, Janeiro 2017, p. 95.

<sup>97</sup> Ademais, como dá conta Vieira de Andrade, diferentemente do que sucede no sistema alemão onde a suspensão é a regra “*A impugnação de um ato administrativo em regra não suspende automaticamente*

nação de actos administrativos à luz da arquitectura gizada no Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 02 de Outubro. Chamando à colação os ensinamentos de Mário Aroso de Almeida, e consolidando o que já atrás ficou expendido, não obstante a consagração do novo figurino legal, a acção administrativa única, *“nem por isso deixou no entanto, de ter relevância não só no plano substantivo, mas também no plano processual, distribuir as pretensões relativas a actos administrativos (...) na medida em que, mesmo após a revisão de 2015, o CPTA, não deixou como é natural, de fazer depender a dedução dessas pretensões de pressupostos processuais específicos, ou em todo o caso, com um regime próprio, que não se aplica aos demais tipos de pretensões”*<sup>98</sup>.

No que especialmente se refere à acção de impugnação de actos administrativos [artigos 37.º n.º 1 alínea a), e 50.º a 65.º do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro] cumpre, em síntese referir que *“a função da impugnação de actos administrativos é, nos termos mais amplos, a do controlo da sua invalidade”*<sup>99</sup>. Note-se que nos termos da nova regulação vertida no CPTA com o Decreto-Lei 214-G/2015, de 02 de Outubro, a declaração de inexistência jurídica<sup>100</sup>

*a eficácia do acto , o qual se não for nulo continua a produzir os seus efeitos e a obrigar os respectivos destinatários , sendo inclusivamente se for caso disso, susceptível de execução coactiva pela Administração (...). A suspensão da eficácia como efeito automático da impugnação judicial só se verifica nos casos excepcionais previstos na lei”.* *“A Justiça Administrativa, Lições”*, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 189.

<sup>98</sup> Mário Aroso de Almeida, *“Manual de Processo Administrativo”*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 73-74.

<sup>99</sup> Para o Professor Vieira de Andrade, *“A Justiça Administrativa, Lições”*, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 183, a questão axial a resolver no processo *“é, em qualquer caso, nos termos da lei , a da sua “ilegalidade” (ilegitimidade jurídica) do acto impugnado”*. Ensina depois este Mestre de Coimbra que *“As ilegitimidades decorrem do incumprimento de quaisquer normas jurídicas; normas e princípios constitucionais, normas de direito europeu ou de direito internacional, actos legislativos, regulamentos ou normas contratuais – um caso de anulação de um acto por violação de uma directiva comunitária, à qual o STA reconheceu efeito directo, pode ver-se no Acórdão de 22/06/99, P. 44140”*. Este último ponto de que nos dá conta o ilustre Autor assume importância axial. Não se deve olvidar a relevância do princípio do primado e bem assim do efeito directo do Direito da União Europeia sobre as jurisdições nacionais. Veja-se, na jurisprudência europeia, o paradigmático acórdão Van Gend & Loos de 5 de Fevereiro de 1963, processo 26/62. E, entre muitos outros, o acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Março de 1978, processo 92/78 (Simmenthal), o aresto de 22 de Junho de 1989, proc. 103/88 proferido no caso Fratelli Costanzo, ou o acórdão proferido em 29 de Abril de 1999, proc. C-224/97 a propósito do caso Ciola. A propósito do princípio da responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares pelas violações do direito comunitário veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Setembro de 2003, processo C-224/01 (Köbler contra a República Austríaca) e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de setembro de 2015, processo C-160/14, (João Filipe Ferreira da Silva e Brito e o. contra Estado português).

<sup>100</sup> No Acórdão do TCA Norte de 08 de Janeiro de 2016, processo 00902/134BECBR, decidiu-se que *“A inexistência de acto administrativo não se confunde com o acto administrativo inexistente; no primeiro*

do acto administrativo configura uma acção de simples apreciação *ex vi* artigos 39.º e 50.º/4. Com o novo quadro legal gizado, passou a vincar-se a identidade entre a noção material (artigo 148.º CPA) e processual (artigo 51.º/1 CPTA) de acto administrativo, numa total simbiose entre a lei substantiva e a lei processual<sup>101</sup>, sendo que no que tange a prazos de impugnação tem aplicação o artigo 58.º do CPTA que reitera os prazos já anteriormente tipificados de um ano para o Ministério Público e três meses para os particulares. Alteração de relevo a ter em conta reporta-se ao modo de contagem do prazo: passa a ser feita nos termos do artigo 279.º do Código Civil, no que configurou uma alteração de prazo processual para prazo substantivo<sup>102</sup>. No que tange ao início

*caso há a omissão da prática de um acto administrativo, no segundo verifica-se a prática de um acto a que falta elementos estruturais que não permitem identificar sequer o tipo legal de acto que foi praticado*. Mário Aroso de Almeida sublinha que “O que não existe, não pode ser válido, nem inválido”. Veja-se, do Autor, “Teoria Geral do Direito Administrativo. O novo Regime do Código do Procedimento Administrativo”, Almedina, Coimbra, 2016, 3.ª ed., p. 267. Marco Caldeira ensina que uma das mutações de relevo que emergiu da revisão do CPTA com o Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 02 de Outubro, foi a “afirmação de que as acções para a declaração da inexistência de um acto administrativo não são, verdadeiramente acções impugnatórias (como o são as acções deduzidas para a anulação ou a declaração de nulidade de um acto administrativo), embora o respectivo regime processual tenha depois algumas semelhanças”. Veja-se Marco Caldeira, “A impugnação de actos no novo CPTA: âmbito, delimitação e pressupostos”, in Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão coordenadores, “Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA”, 3.ª ed., 2017, AAFDL Editora, p. 606.

<sup>101</sup> Veja-se também, neste sentido Marco Caldeira, “A impugnação de actos no novo CPTA: âmbito, delimitação e pressupostos”, in Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão coordenadores, “Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA”, 3.ª ed., 2017, AAFDL Editora, p. 606.

<sup>102</sup> Marco Caldeira assinala esta alteração como uma principais novidades do regime do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, no que tange à impugnação de actos administrativos, precisamente a alteração do modo de contagem dos prazos de propositura da acção, os quais passando a contar-se nos termos do Código Civil deixam portanto de se suspender durante as férias judiciais. Outras novidades de relevo para este Autor são: a limitação da legitimidade activa para a impugnação de decisões proferidas por outros órgãos da mesma pessoa coletiva. A previsão de que a aceitação do acto só é relevante (para efeitos de constituir um obstáculo à pretensão impugnatória) quando se trate da impugnação de actos anuláveis, sendo que aceitação de actos nulos não preclude a sua posterior impugnação com fundamento na respetiva nulidade. A reformulação dos casos em que a apresentação da acção de impugnação é admitida mesmo depois de decorrido o prazo de três meses. A alteração e clarificação da data de início dos prazos de impugnação, nomeadamente reforçando-se a ideia de que o momento relevante é o da produção de efeitos do ato impugnado e prevendo-se que a notificação ao mandatário do interessado também releva para desencadear o prazo para a impugnação do ato notificado. E a maior exaustividade na regulamentação dos trâmites processuais a observar em caso de modificação objectiva da instância, por força da prática de um novo ato administrativo (acompanhado ou não de nova regulação da situação jurídica em causa) por parte da Administração, durante a pendência do processo impugnatório. Veja-se, deste Autor, “A impugnação de actos no novo CPTA: âmbito, delimitação e pressupostos”, in Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e

da contagem do prazo de impugnação, impera o artigo 59.º do CPTA, tendo havido um esforço de clarificação em face da redacção anterior, na medida em que positivou a possibilidade de contagem do prazo a contar da notificação ao mandatário; Ademais, desde 2015 consagrou-se expressamente *ex vi* artigo 66.º n.º 3 CPTA, que sempre que o acto não satisfaça, “*in totum*”, a pretensão do interessado, haverá possibilidade de opção por um pedido de impugnação em alternativa ao pedido de condenação à prática do acto devido<sup>103</sup>. Outrossim, o particular tem também o direito de impugnação visando a declaração de nulidade, ainda que tenham transcorridos dois anos sobre a prática do acto, apesar de a acção de condenação à prática de acto devido estar subordinada a esse prazo de caducidade (artigo 69.º n.º 3 CPTA)<sup>104</sup>. Como já se deixou expandido, a unificação das formas de processo não significou a unificação dos meios processuais. Para esse efeito mantém relevância, em termos gerais, o n.º 3 do artigo 193.º do CPC, ou, por exemplo, regras especiais como a que resulta do n.º 4 do artigo 51.º do CPTA. Por sua vez a unificação dos ritos processuais sofre desvios: mesmo no conjunto dos artigos 76.º e ss do CPTA, subsistem regras exclusivamente aplicáveis aos meios processuais da antiga acção administrativa especial, *verbi gratia* [artigo 78.º n.º 2 alínea e) e 79.º n.º 3] atinente à instrução da petição inicial, artigo 81.º n.º 3 e 6 (citação de contra-interessados), artigo 83.º n.º 4 (inexistência de ónus de impugnação especificada nos pedidos de acção administrativa especial), artigo 84.º (envio do Processo Administrativo quando exista) artigo 85.º n.º 3 (intervenção do Ministério Público nas impugnações de actos), artigo 90.º n.º 4 (antecipação da decisão do pedido principal impugnatório) artigo 95.º n.º 3 a 7 (efeitos das sentenças).

Tiago Serrão coordenadores, “*Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*”, 3.ª ed., 2017, AAFDL Editora, pp. 606-607.

<sup>103</sup> Os actos de indeferimento expresso ou de recusa de apreciação de requerimento, são, quanto a Vieira de Andrade verdadeiros actos administrativos e como tal suscetíveis de impugnação na mesma medida em que têm eficácia externa. Não obstante o Legislador quando estejam em causa actos de pura recusa, formal ou substancial, prefere que o particular utilize o pedido de condenação da Administração à prática de ato devido obrigando o Juiz a convidar o autor a substituir, com esse sentido, a petição apresentada quando tiver sido pedida a anulação e não tiver sido deduzido o pedido de condenação (artigo 51.º n.º 4 CPTA). Veja-se “*A Justiça Administrativa, Lições*”, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017 p. 181.

<sup>104</sup> José Carlos Vieira de Andrade, “*A Justiça Administrativa, Lições*”, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 183.

### III) Conclusão

No domínio anterior à Reforma, o Contencioso Administrativo era dirigido, primordialmente ao acto administrativo. Pontificava a “*Concepção Actocêntrica da Justiça Administrativa*”<sup>105</sup>.

Por isso, Maria da Glória Garcia assinalava que “o Contencioso Administrativo tinha até há bem pouco tempo, um parente pobre: o particular que recorre”<sup>106</sup>. Com a Reforma operada em 2002–2004, deixou de existir um meio processual específico para a impugnação de actos administrativos<sup>107</sup>. Dois grandes blocos de meios processuais emergiram: a acção administrativa comum, e a acção administrativa especial. Ao abandono do clássico recurso de anulação seguiu-se a adopção da acção administrativa especial, em que o juiz administrativo goza de poderes de plena jurisdição. Dá-se a superação definitiva dos “traumas de infância” da Justiça Administrativa, que estiveram na origem da concepção do recurso de anulação como “*processo ao acto*”<sup>108</sup>. Em conformidade com as directrizes constitucionais, a impugnação de actos administrativos passou a ser configurada como uma das vertentes por que pode passar a efectivação da tutela jurisdicional dos particulares perante a Administração Pública, garantindo-se “a todo aquele que se veja afectado nos seus direitos ou interesses por um acto administrativo ilegal a possibilidade de fazer valer a invalidade desse acto”<sup>109</sup>. Por outro lado, em conformidade com o artigo 268.º n.º 4 da CRP, o nosso modelo de contencioso administrativo, decorrente da Reforma protagonizada em 2002–2004, passou a estabelecer “que a garantia de impugnação de actos administrativos se estende a todos os actos que impliquem, de alguma forma, a lesa de direitos ou interesses, porque deve ser esse o conteúdo material da impugnabilidade dos actos administrativos”<sup>110</sup>. Tal como em outros ordenamentos jurídicos, seguiu-se, utilizando as palavras de

<sup>105</sup> José Carlos Vieira de Andrade, “O Novo Modelo de Impugnação Judicial dos Actos Administrativos. Tradição e Reforma”, in “Colóquio Luso-Espanhol. O Acto no Contencioso Administrativo. Tradição e Reforma”, Coord. de Colaço Antunes e Sáinz Moreno, Almedina, 2005, p. 190.

<sup>106</sup> In “As medidas cautelares entre a correcta prossecução do interesse público e a efetividade dos direitos dos particulares”.

<sup>107</sup> Acto administrativo que o Professor Luís Fábria reputa como “a verdadeira figura chave do CPA”. Veja-se, do ilustre Autor, “Comentário ao projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo”, in Direito e Política, n.º 4, julho-outubro de 2013, p. 165.

<sup>108</sup> Vasco Pereira da Silva, “«Do Velho se Fez Novo». A Acção Administrativa Especial de Anulação de Acto Administrativo”, ICJP, 2011, p. 62.

<sup>109</sup> Cfr. Jorge Miranda/Rui Medeiros, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 612.

<sup>110</sup> Cfr. Jorge Miranda/Rui Medeiros, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 613.



García Enterría, um caminho de evolução, “*de uma justiça administrativa de cariz objectivo, meio de ordem pública de protecção da legalidade da administração, para um sistema de «tutela ou protecção dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos»*”<sup>111</sup>. E por isso este Autor considera, de forma laudatória, que “*El nuevo texto viene a hacer prácticamente tabla rasa de todos los precedentes del sistema portugués de justicia administrativa y establece, con encomiable esfuerzo y con una seguridad técnica verdaderamente notable, todo un régimen contencioso-administrativo plenario y nuevo, que ha pasado a ser en este momento uno de los más avanzados y perfilados de todo el continente europeo*”<sup>112</sup>. Na redacção do CPTA vertida no Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02/10, mantendo-se embora, em matéria de impugnação de actos administrativos, um lastro significativo de soluções consagradas na Reforma de 2002–2004, não deixou de positivar-se um conjunto de alterações legislativas que, aqui se procuraram assinalar, afastando definitivamente o contencioso administrativo balizado nos “processos feitos a um acto”. Note-se, com Ana Raquel Gonçalves Moniz<sup>113</sup>, que a figura do acto administrativo é configurado como um “*importante factor de racionalização do Estado, sobretudo enquanto forma de protecção dos cidadãos contra o arbítrio dos poderes públicos*”.

<sup>111</sup> Cf. “*Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista*”, p. 58

<sup>112</sup> Eduardo García de Enterría, “*El nuevo código portugués del Proceso de los tribunales administrativos*”, Revista de Administración Pública, setembro–dezembro de 2003, p. 421 e ss.

<sup>113</sup> Ana Raquel Gonçalves Moniz, in “*O direito de impugnação judicial de actos administrativos na Constituição de 1976 e na jurisprudência do Tribunal Constitucional*”, p. 49.



# POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS



## Critérios de Publicação

### n' *O Direito*

1. A publicação de textos na revista *O Direito* depende de parecer prévio favorável da Comissão de Revisão, para verificação do cumprimento dos correspondentes critérios de publicação.

2. Os artigos a publicar n' *O Direito* devem:

- (i) Cumprir os critérios de elevada qualidade científica, incluindo rigor, clareza e fundamentação científica, fixados no Estatuto Editorial da Revista;
- (ii) Ser inéditos;
- (iii) Cumprir o limite de 90.000 caracteres (cerca de 30 páginas), incluindo espaços e notas de rodapé;
- (iv) Incluir os nomes dos autores no corpo do texto em caracteres normais e os referidos em notas de pé-de-página em versalete;
- (v) Incluir os títulos de monografias, obras coletivas e revistas em itálico e os de textos inseridos em revistas e em obras coletivas entre aspas, em caracteres normais;
- (vi) Incluir resumos em português e em inglês, com 500 caracteres cada.

3. Os textos a incluir na secção “Breves Comentários”, incluindo breves anotações de jurisprudência e resenhas devem cumprir os critérios definidos para os artigos, salvo quanto ao limite de caracteres, que é de 25.000, e à extensão dos resumos, de 150 caracteres cada.

4. Os textos devem ser submetidos em versão final. Só há umas provas antes da publicação, na qual se admitem correções de gralhas, mas não a introdução de texto novo.

