

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Doutrina

Paulo de Pitta e Cunha: "*A INTEGRAÇÃO EUROPEIA E A CRISE DO EURO*"
Pág. 965

António Santos Abrantes Geraldès: "*O MEMORANDO DE ENTENDIMENTO
E A REFORMA DO PROCESSO CIVIL*" Pág. 977

Jorge Bacelar Gouveia: "*MACAU NO DIREITO CONSTITUCIONAL DE LÍN-
GUA PORTUGUESA*" Pág. 993

Conceição Soares Fatela: "*A TRANSMISSÃO POR MORTE NA LOCAÇÃO FI-
NANCEIRA*" Pág. 1081

Gonçalo Meneses: "*RESPONSABILIDADE SÓLIDÁRIA DOS MEMBROS
DOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO POR ACTOS E OMISSÕES DOS GESTORES
DAS SOCIEDADES COMERCIAIS*" Pág. 1095

Tiago Viana Barra: "*A RESPONSABILIDADE DOS PODERES PÚBLICOS
PELA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS*" Pág. 1157

Jurisprudência Crítica

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: "*ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRI-
BUNAL CONSTITUCIONAL, N.º 396/2011*" Pág. 1225

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer CS n.º 196/2010-CS/R: *“Publicidade; Divulgação da actividade profissional em website; Medidas cautelares em jurisdição disciplinar; Penas de censura e de multa”* Pág. 1287
- Parecer CG n.º 2/PP/2011-G, de 29 de Março de 2011: *“Concessão de Patrocínio por parte da Ordem dos Advogados”* Pág. 1301

A INTEGRAÇÃO EUROPEIA E A CRISE DO EURO

Pelo Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha

1. A força das convicções dos federalistas concentrou-se sobretudo em correntes que tiveram notoriedade no final dos anos 40 e na primeira metade dos 50, até sobrevir a queda da Comunidade Europeia de Defesa. Em anos subsequentes, esteve subjacente ao avanço da construção europeia uma espécie de federalismo de sector (também qualificado como supranacionalismo); mas o fervor e a mística da Europa Federal tinham-se apagado.

O federalismo manifestou-se, a partir do Tratado de Maastricht, em realizações particulares (a união económica e monetária; a Constituição Europeia e, por forma consideravelmente atenuada, o “Ersatz” desta, o Tratado de Lisboa), que se mostraram desprovidas de força impulsora.

A moeda única, pela cedência por parte dos países da União de um atributo central da soberania, tinha, sem dúvida, virtualidades federais. Mas, mais de dez anos decorridos, continuam excluídos da zona euro dez países membros, além de que esta zona vem atravessando, de há ano e meio a esta parte, uma crise que ameaça a sua subsistência, caso não se introduzam elementos de federalismo financeiro na construção.

2. Quando o euro foi constituído, já em certos sectores era sentida a necessidade de se darem novos passos em frente no processo de integração. Os promotores da união económica e monetária

ria confiaram nos mecanismos contidos no Pacto de estabilidade para se assegurar a contenção, no plano dos Estados-Membros, do desequilíbrio das contas públicas, mas, em matéria de união económica, não foram mais longe do que isso. Os orçamentos nacionais permaneceram na esfera da governação nacional.

E mesmo o Pacto veio a perder credibilidade, sobretudo a contar do momento em que dois dos maiores países — a Alemanha e a França — se eximiram ao processo sancionatório que os atingia. Ao concentrar toda a atenção na moeda única, ou seja, na integração monetária, os Estados descuraram a via paralela da integração orçamental e fiscal — provavelmente por esta envolver substanciais perdas de soberania, que não estavam dispostos a aceitar. Tratava-se, na verdade, de avançar para soluções de federalismo fiscal e financeiro, que poderiam colocar a Europa no limiar da federação política.

Esta perspectiva constitui um anátema para o Reino Unido e, sendo tradicionalmente bem acolhida pela Alemanha (pelo menos até um passado recente), não parece corresponder à sempre pouco clara visão francesa da integração.

3. As instâncias europeias parecem estar finalmente interessadas no reforço da união económica. Mas, neste ponto, é de advertir que se turvou a visão alemã da integração europeia, por forma a se lhe antepor crescentemente a afirmação de interesses nacionais, tal como reflectidos pelo eleitorado. A Alemanha não é já um Estado predisposto à integração política e à solidariedade intra-europeia sem restrições, como foi durante tantos anos no passado. E daí as suas hesitações a propósito de medidas para enfrentar a crise.

É agora, quando o problema grego atinge a máxima gravidade, e as dificuldades assumem expressão sistémica, que se equacionam medidas como a responsabilização colectiva pelas emissões, a introdução de regras constitucionais sobre o equilíbrio orçamental e a dívida externa, a supervisão supranacional dos orçamentos nacionais. E isto, paradoxalmente, contra o pano de fundo actual de evidente desinteresse quanto à opção pela via da integração política, eventualmente marcada por um destino fede-

ral. Terão os Estados-Membros de escolher entre a desagregação da União e uma acumulação, por si mesma porventura hoje não desejada, de elementos supranacionais?

A verdade é que, se houve, no passado, fases em que as correntes favoráveis ao federalismo europeu gozaram de inegável voga, o avanço da integração da Europa é hoje visto com desconfiança, como se viu com clareza quando da rejeição da projectada Constituição europeia por parte de dois países centrais — a França e a Holanda.

4. Como é sabido, a união monetária retira aos países que adoptaram o euro a possibilidade de utilização dos tradicionais instrumentos da política monetária e cambial nacional. Passando a deter uma moeda apoiada num leque de países envolvendo economias poderosas, os Estados-Membros economicamente mais fracos experimentaram o conforto de se apoiarem naquela moeda — e convenceram-se prematuramente, de que, pelo milagre da união monetária, teriam deixado de existir problemas de desequilíbrio e endividamento em relação ao exterior.

Mas, tal endividamento choca-se, a partir de certo ponto, com a recusa dos credores em conceder empréstimos ao sector público ou ao sector privado dos países “esbanjadores”, ou com a reacção dos mercados, exigindo juros crescentes, a breve trecho insuportáveis, e das agências de “rating”, degradando a respectiva notação.

Foi assim que a crise das dívidas soberanas se desencadeou, visando inicialmente a Grécia, que foi objecto, em Maio de 2010, de um auxílio financeiro por parte da Comissão Europeia, do Fundo Monetário Internacional e do Banco Central Europeu, acompanhado de um programa visando a recuperação e estabilidade orçamental e compreendendo medidas dotadas de muito forte condicionalidade.

Entretanto, a situação grega veio a sofrer profundo agravamento, revelado na não consecução das metas acordadas para 2011.

Já antes da recente acentuação da crise da Grécia os mercados haviam visado vários outros países, dando a entender que a crise tende a alastrar, em lugar de se confinar a pequenas economias periféricas. Produz-se o conhecido “efeito de contágio” de econo-

mias em situação mais crítica para as que estão na linha imediata do problema.

Até agora, as experiências de Portugal e da Irlanda, que, tal como a Grécia, já recorreram ao auxílio financeiro do exterior, envolvem um comportamento mais responsável nos respectivos processos de consolidação financeira.

5. A defesa da zona euro passa pela acentuação dos controlos dos orçamentos nacionais e pelo reforço dos mecanismos de auxílio financeiro aos países em dívida. A este propósito, tem-se falado na necessidade de criação de um “governo económico europeu”, realidade dotada de ingredientes supranacionais. Ora, se é certo que a intensificação da integração política não deixa de ter traços federais, não se trata obviamente da instituição dos “Estados Unidos da Europa”, como o propugnam os fervorosos adeptos do federalismo europeu puro e duro. As mudanças ora propostas situam-se muito aquém de um passo decisivo desse sentido.

A moeda comum, mesmo sob o impulso pragmático traduzido pela conhecida expressão “one market, one money”, era, na realidade, em si mesma, um forte catalizador da solução federal. Nela coexistiam a perspectiva instrumental da integração dos mercados e, por forma menos confessada, a visão existencial da fusão de soberanias. Mas a realização da última não foi sequer entrevista, em face da aparente suficiência da adopção do euro e do Pacto de estabilidade que a acompanhou.

6. Cedo se afirmaram, a propósito da política monetária, as críticas em torno da característica “one size fits all”, de que se revestia a política do Banco Central Europeu.

Apesar de tudo, a inadequação que aquela política revelava em relação a certas economias desajustadas do comportamento médio da zona euro não parece ter assumido particular gravidade. É que os mercados absorveram — prematuramente, como se viu — a ideia da uniformidade de condições das economias da zona euro, revelada na prática inexistência, durante anos, de um “spread” nas emissões da dívida pública dos países mais fracos em relação às da Alemanha.

A demarcação entre os Estados “gastadores” e o bloco dos países apegados ao rigor financeiro tornou-se manifesta com as dificuldades da Grécia, a contaminação afectando a Irlanda e Portugal. E a incredulidade dos mercados quanto à eficácia e à suficiência das medidas acordadas no seio da zona euro amplificou a crise, tendo-se suscitado dúvidas sobre a capacidade e a vontade dos Estados-Membros de lhe porem termo e evitarem a desagregação da zona.

7. Em escritos que datam de há mais de uma década, advertimos para as dificuldades que representaria à acessão do país à união monetária, nessa altura em fase preparatória, e para o desafio que tal acessão constituía, exigindo reformas estruturais orientadas para a produtividade e a competitividade.

E avisámos dos perigos que adviriam se o endividamento em relação ao exterior atingisse um peso tal que embatesse na barreira da recusa dos potenciais credores em concederem mais empréstimos.

Os problemas do défice em relação ao exterior não desapareceram magicamente pela circunstância de um país se rodear da comodidade de partilhar uma moeda forte e internacionalmente prestigiada. Se as crises cambiais, como tais, deixariam de se fazer sentir, passariam a assumir significativa expressão os momentos de aflição decorrentes de um excessivo endividamento, ligados precisamente a perdas de competitividade.

8. Como o demonstra o facto de uma dezena de países da União Europeia ainda hoje se encontrar fora da zona euro, mantendo a moeda própria e as funções tradicionais da banca central, a moeda única não era indispensável para se fazer funcionar o mercado interno.

Vista agora a mais de dez anos de distância, e contando já com um ano e meio de crise das dívidas soberanas, afigura-se que a união monetária foi uma construção incompleta e possivelmente prematura — prematura porque quando se lançou não tinha sido atingido um grau aceitável de homogeneidade das economias participantes e dos seus comportamentos, incompleta porque o federa-

lismo monetário não se fez acompanhar da dose mínima de regulação financeira supranacional.

9. É manifesta a relativa inutilidade do Tratado de Lisboa em face da actual crise. Não cabe aqui enunciar os seus vícios e as suas insuficiências. O Tratado constituiu uma tentativa de fazer ressuscitar o dispositivo institucional da Constituição europeia sem submissão a referendos nacionais, e com a eliminação dos símbolos que apelavam à visão de uma construção federal. Infelizmente, perdeu-se a oportunidade de se dar desenvolvimento à caracterização e funcionamento da união económica e monetária. E passou-se ao lado de uma afirmação clara de solidariedade intra-europeia

O desinteresse da opinião pública dos países membros em face do Tratado de Lisboa foi evidente. Mas também já a entrada em circulação do euro tinha sido acolhida, alguns anos depois de Maastricht, com benigna indiferença (para não falar de certas reacções favoráveis à moeda nacional, como se observou precisamente no caso da Alemanha).

10. A crise financeira de 2008, nascida nos Estados Unidos, e cuja marco introdutório terá sido a falência do Lehman Brothers, teve importantes reflexos na situação da Europa. Os países foram incitados, inclusivamente pelas instituições europeias, a seguir políticas expansionistas para sustentar o emprego e prevenir os riscos de recessão. E alguns deles, como foi o caso de Portugal, da Irlanda e da Grécia, acumularam dívidas em relação ao exterior, sobretudo nos anos recentes, que suscitaram interrogações sobre a respectiva solvência.

Assim se deu, desencadeada pela Grécia, a crise das dívidas soberanas — situação que não se antevira quando da concepção da união monetária.

No interior da zona euro, composta por dezassete dos Estados-Membros da União Europeia, existiam — e continuam a existir — grandes diferenças, havendo países com a marca de apreciável rigor financeiro e outros considerados esbanjadores. Esta clivagem não pode senão ser acentuada em presença da visível falta de controlos, a nível central, dos orçamentos nacionais.

11. Tem-se verificado uma lenta evolução — lenta, pois os mercados e as agências de “rating” não esperam — no sentido da compreensão, por parte dos decisores políticos europeus, da necessidade de ultrapassar as intenções punitivas dos programas de austeridade, tendendo a assumir-se uma visão mais ampla e mais solidária, em que ao auxílio externo é conferida a específica função de apoiar o crescimento económico.

Recorde-se que a Ajuda Marshall, definida não no âmbito concentrado de uma união monetária com forte intensidade de integração, mas no domínio da cooperação intercontinental, comportava precisamente medidas que, essas, constituíam um autêntico “bail-out”, como as que se consubstanciavam em donativos (ou, quando muito, em empréstimos com muito reduzidas taxas de juro e prazos de reembolso excepcionalmente amplos).

Infelizmente, a Alemanha continuou a não se aperceber de que para tranquilizar os mercados não basta aprovar um plano envolvendo sanções gravosas para os países que ultrapassem certos “plafonds” de dívida soberana e introduzir regras com valor constitucional sobre o equilíbrio das contas públicas. A perspectiva penalizadora não é suficiente: tem de ser completada pelo estabelecimento de compromissos firmes e apoios solidários, incluindo a emissão de “eurobonds”, e pela assunção de uma óptica de crescimento visando particularmente os países em dificuldade.

A Alemanha tem chamado a si, perante o relativo apagamento da França e da Comissão europeia, a abordagem dos problemas na zona euro.

Um dos pontos que criticámos em relação à Constituição europeia, e depois ao Tratado de Lisboa, foi a tendência para a afirmação de um directório dos grandes países — Alemanha, França e Reino Unido.

Dado o alheamento britânico em relação à temática da moeda única, aquele directório tem-se resumido, na presente fase de crise, aos dois outros. Mas a relativa fraqueza da França, sublinhada pela dúvida que ameaça o seu “rating” de AAA, leva a que, na realidade, a chave das decisões resida na Alemanha. Ainda recentemente, “The Economist” caricaturava as figuras da Chanceler Merkel e do

Presidente Sarkozy, aquela conduzindo uma poderosa motocicleta, o último acompanhando-a passivamente no “side car”...

Ora, não é saudável, nem representa nada de bom para a afirmação das soberanias nacionais, que os destinos da União Europeia recaiam nas mãos de um único país.

12. É agora equacionada a necessidade de revisão dos Tratados, designadamente no sentido de se consagrarem, em sede de união económica, ingredientes do que foi atrás referido como o “governo económico europeu”.

Advirta-se, no entanto, que a revisão, consubstanciada na recente proposta de um Tratado intergovernamental (de que o Reino Unido à partida se excluiu), constitui um processo moroso e não isento de riscos. E sublinhe-se que o êxito desta progressão da integração depende da retomada de um espírito de solidariedade, o qual esteve bem vivo nos primórdios da construção europeia, mas que hoje, infelizmente, se encontra ofuscado pela reafirmação de egoísmos nacionais.

13. O que se mostra particularmente desconfortável é a circunstância de, contrariamente às experiências de países como a Espanha, a Irlanda e a própria Grécia, a economia portuguesa não ter crescido - nem sequer a 1% ao ano - na década que se seguiu ao lançamento do euro. Note-se que esta quase estagnação abrange os próprios anos em que se processou o impulso da procura proporcionado pela adopção das taxas baixas dimanadas do Banco Central Europeu: como o mostra o persistente e muito grave desequilíbrio da balança corrente, grande parte do aumento do consumo e do investimento ter-se-á filtrado para o exterior sob a forma de importações.

14. A austeridade tem limites de tolerância político-social e provoca efeitos recessivos, que tendem a perpetuar-se. Daí que seja indispensável um programa suplementar visando impulsionar o crescimento, conter o desequilíbrio da balança de pagamentos e reduzir o desemprego — programa que deveria comportar significativa componente de auxílio externo, definido em termos não punitivos, configurada, de algum modo, como uma compensação

da perda do instrumento cambial por efeito da participação na união monetária. Sem este programa suplementar, o país que, por forma insustentável e prematura, se envolveu nas benesses de um modelo social avançado, corre o risco de resvalar para o subdesenvolvimento e para a baixa permanente dos níveis de vida.

O cumprimento rigoroso do plano de austeridade, que foi condição de outorga do auxílio externo inicial, permite colocar o país numa posição credível com vista a nova negociação, desta vez visando fundamentalmente o retorno do crescimento.

15. As sucessivas (e sempre insuficientes) Cimeiras situam a Europa numa encruzilhada, altamente perigosa. Ou se tomam as decisões necessárias para superar por forma credível a presente crise das dívidas soberanas, ou se evidencia uma incapacidade de obter as soluções convenientes, deixando porventura aberto o caminho para a desintegração.

Neste segundo cenário, profundamente pessimista, poderia assistir-se ao estilhaçamento da zona euro, à convulsão do mercado interno e, porventura, à extinção da própria União Europeia, pelo menos na configuração de integração intensa que hoje possui.

16. São de sinal positivo as medidas aprovadas no final de Outubro de 2011, as quais envolvem a redução da dívida soberana da Grécia para nível considerado sustentável, certa ampliação da capacidade do Fundo Europeu de Estabilização Financeira (visando-se aqui contrariar o “efeito de contágio” a países grandes), e a recapitalização dos bancos atingidos pelas perdas sofridas com a reestruturação da dívida grega. Tudo isto não parece, porém, bastar para acalmar os mercados de modo duradouro. Além de a crise se tender a propagar à Itália e à Espanha, perfilam-se no horizonte dificuldades para a Bélgica, a Áustria e a própria França. Até a Alemanha foi atingida, sob a forma de não consecução da colocação de parte substancial da sua própria dívida nos mercados.

A crise tende, assim, como atrás se referiu, a assumir carácter sistémico, alastrando da periferia para o coração da zona euro e tendendo a afectar o sistema no seu todo. É já a subsistência da própria união monetária que está ameaçada.

17. Ora, enfrentados, pelo menos por agora, os problemas mais instantes da estabilidade do euro e da dívida soberana da Grécia, as dificuldades não se dissiparam em relação a Portugal, parecendo provável que se venha a formular um segundo pedido de auxílio, alicerçado na demonstração da capacidade de se atingir a consolidação orçamental.

Embora o volume da sua dívida soberana seja consideravelmente inferior ao da Grécia, não é crível que Portugal possa retornar, já em 2013, o acesso normal aos mercados.

18. O “Memorando de Entendimento”, que está na base do auxílio externo a Portugal, enuncia medidas de política económica e financeira que configuram basicamente um programa de austeridade, só por forma marginal contemplando o objectivo de crescimento. Até a proposta de “desvalorização fiscal”, que era o “flagship” das providências visando a competitividade, acabou por ser posta de lado pelo Governo, por não se encontrarem contrapartidas adequadas do lado das receitas, que assegurassem a neutralidade financeira da operação.

Ora, o volume do presente auxílio (78 mil milhões de euros) não parece suficiente, sendo, aliás, os prazos definidos demasiado curtos e o nível das taxas praticadas excessivamente alto. Estes dois últimos aspectos terão, é certo, sido melhorados pela prevista aplicação, a Portugal e à Irlanda, das condições mais favoráveis recentemente concedidas à Grécia. Portugal precisa de mais tempo e de mais apoio para regressar aos mercados e para poder entrar numa trajectória de crescimento.

19. O ano de 2011 chega ao fim carregado de dúvidas e de incertezas.

Entre nós, as medidas de austeridade tardam a produzir resultados palpáveis, como revela a circunstância de a prevista meta do défice de 2011 só ser alcançável pelo contributo da receita extraordinária e não recorrente da transferência dos fundos de pensões da banca.

A recessão está instalada, agravando-se naturalmente, em função disso, o problema do retorno ao crescimento económico.

Depois, pairam sombras não só sobre o futuro do euro em geral, como, especificamente, sobre a continuação da presença portuguesa na zona. Por seu turno, a economia europeia estagna, o que estava longe de antever-se meses atrás. Há, além do mais, uma perspectiva de cisão na Europa, manifestando o Reino Unido o seu afastamento do já referido acordo intergovernamental, este mesmo já de si desfocado problemas essenciais da crise e fazendo prevalecer sobre a visão do crescimento uma obsessiva preocupação de austeridade.

20. Tudo isto se passa numa altura em que o mundo assiste ao crescimento, aparentemente imparável, da China, cuja economia, segundo análises recentes, poderá ultrapassar a dos Estados Unidos antes de 2020, e também de outros países emergentes de forte progressão populacional, o que constitui um alerta para o reforço da união de uma Europa enfraquecida pelo declínio demográfico. Não é crível que venha a aceitar-se a extinção da presença internacional dos Estados e a atingir-se o estágio de uma federação típica, mas a salvação da união monetária comporta acrescidos elementos de carácter supranacional, que assegurem o funcionamento eficaz da vertente económica. Tais elementos serão, assim, introduzidos por razões pragmáticas, e não propriamente para fazer renascer a magia de um “sonho europeu” ...

Lisboa, 26 de Dezembro de 2011

O MEMORANDO DE ENTENDIMENTO E A REFORMA DO PROCESSO CIVIL

Pelo Juiz Conselheiro Dr. António Santos Abrantes Gerales

1. O “*Memorando de Entendimento sobre as Condiçionalidades de Política Económica*” que Portugal subscreveu com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional tem como objectivo prioritário o de garantir, durante um período determinado, o financiamento externo necessário, corporizando importantes cedências em matéria de soberania, com especial destaque para o conjunto de medidas que implicam com a área da Justiça⁽¹⁾.

Aquele Memorando abarca todas as áreas de intervenção do Estado, com especial destaque para o sector da Saúde com larga quota de responsabilidade na elevação da despesa pública e no desequilíbrio orçamental.

São diversos os pontos de contacto entre as áreas da Justiça e da Saúde, destacando-se a grande autonomia técnica dos diversos profissionais, a dispersão de meios humanos e materiais, a constante interpelação e apreciação crítica dos destinatários ou o facto de incidirem sobre realidades onde se conjugam o dramatismo, a ansiedade e a imprevisibilidade dos resultados.

(1) Segundo NUNO GAROUPA “o Memorando de Entendimento não pretende reforçar a justiça porque isso não corresponde a qualquer preocupação do F.M.I. ou da União Europeia. As medidas impostas pela chamada *troika* pretendem apenas resolver ou suavizar aspectos fundamentalmente processuais e de gestão dos tribunais que afectam directamente as grandes empresas e os escritórios de advogados” (“*O Governo da Justiça*”, pág. 83).

São também comuns alguns dos objectivos previstos: ao aumento da “*eficiência e da eficácia do sistema nacional de saúde, induzindo uma utilização mais racional dos serviços e controlo de despesas*” corresponde, na área da Justiça, a melhoria do “*funcionamento do sistema judicial que é essencial para o funcionamento correcto e justo da economia*”, o aumento da “*eficiência através da reestruturação do sistema judicial*”, a adopção de “*novos modelos de gestão dos tribunais*” ou a redução “*do sistema da eliminação de pendências*” (o equivalente às listas de espera no sector da Saúde).

Existem, porém, diferenças essenciais que interferem de forma diversa nos resultados.

Ao sistema de saúde é estranha a contraposição de interesses. Todos, sem excepção, lutam pelo mesmo objectivo - a cura do doente - com a colaboração espontânea ou a conjugação de esforços de todos os intervenientes, desde os utentes e respectivos familiares, a cada um dos elementos dos diversos corpos profissionais. Por outro lado, ainda que se mantenha nos quadros da Constituição a existência e a sustentabilidade de um Serviço Nacional de Saúde, existe, em regra, a alternativa de recurso à medicina privada, possibilidade que se vem generalizando através da celebração de seguros de saúde. Daí que em numerosas situações em que a resposta dos serviços públicos se revela inadequada ou morosa ou quando, porventura, se suscita alguma desconfiança quanto ao seu funcionamento ou resultados, as pretensões ou expectativas dos interessados podem ser resolvidas através de meios alternativos, ainda que isso comporte custos adicionais.

É diverso o panorama com que nos deparamos na área do contencioso judiciário. Destaca-se a generalizada contrariedade inerente à existência de um conflito de interesses que se traduz não apenas na apresentação de versões antagónicas como na adopção de estratégias que, consoante o posicionamento na lide, ora apostam na celeridade da tramitação processual, ora no seu retardamento. Contraposição e antagonismo que acompanham todo o percurso processual, desde a exposição dos factos com que se pretende retratar cada uma das versões, passando pelas regras de distribuição do ónus de prova dos factos relevantes e pela apresen-

tação e produção de meios de prova, culminando no confronto com o resultado declarado pelo tribunal que pode motivar ainda a interpelação de uma instância superior.

Por outro lado, a tutela dos direitos está submetida, em larguíssima escala, à intervenção monopolista dos tribunais estaduais, factor que é insuficientemente superado pela possibilidade de recurso à arbitragem, já que esta, em regra, apenas abarca os litígios marginais: os de pequeno valor e de baixa litigiosidade ou os de elevadíssimo valor, em que os maiores custos da demanda são compensados pela maior rapidez ou pela maior especialização da resposta.

Outras diferenças fundamentais se observam ainda: à informalidade que rodeia o processo médico contrapõe-se o formalismo ou o ritual característico dos processos judiciais; à universalidade do conhecimento ou dos métodos de trabalho tão característica das áreas técnico-científicas opõem-se as rotinas ou as ideossincrasias de cada país.

Enfim, enquanto na área da Saúde todos, em regra, cooperam espontaneamente com vista a alcançar um objectivo comum, o mais cedo possível, ainda assim com a garantia de uma via alternativa, no contencioso judiciário, com destaque para a jurisdição cível, é matricial a contraposição de interesses, a falta de colaboração espontânea ou a adopção de estratégias diversas que acabam por influir nos resultados, sendo, por vezes, meramente virtual o poder de direcção que a lei atribui ao juiz.

Chamo à colação estas diferenças para que melhor se notem as dificuldades em alcançar os objectivos inscritos no Memorando de Entendimento referentes ao sector da Justiça. Se existem alguns que podem ser alcançados mediante a mera intervenção potestativa das autoridades competentes, *maxime* através de actos legislativos (v.g. “*conferir aos juízes poderes para despachar processos de forma célere*” ou “*reduzir a carga administrativa dos juízes*”), outros exigem um envolvimento de diversas instituições e respectivos profissionais que é bem mais difícil de alcançar (“*umentar a eficiência através da reestruturação do sistema judicial e adopção de novos modelos de gestão judicial*” ou “*acelerar a resolução das pendências*”).

Destacando o objectivo apontado para a jurisdição civil de “*eliminar as pendências nos tribunais até ao 2.º trimestre de 2013*”, é evidente que a sua prossecução não se bastará com a alteração, mais ou menos virtuosa, das leis de processo ou da orgânica judiciária, exigindo um envolvimento institucional e um nível de cooperação inter-profissional que, na actual conjuntura, me parece difícil de obter.

2. Sem embargo dos aspectos ligados à aplicação das leis processuais por parte dos diversos intervenientes processuais, é seguro que existem circunstâncias que interferem negativamente nos objectivos da celeridade e da eficácia dos instrumentos processuais civis. A sua enunciação extraída da prática judiciária é um mero pretexto para que se possa notar a necessidade de uma mudança de comportamentos que, não encontrando efectiva justificação nos textos legais, apenas podem ser imputados a uma visão desenquadrada dos reais objectivos das normas processuais e dos verdadeiros limites da actuação de cada um dos intervenientes.

Atentemos em algumas:

- Articulados com deficiente alegação da matéria de facto (v.g. insuficiência de alegação, alegações meramente conclusivas), prolixos ou repetitivos;
- Falta de clara separação, na contestação, do que constitui matéria de impugnação e de excepção, dificultando a estratégia da parte contrária e a delimitação dos temas controvertidos;
- Recusa de prolação de despachos de convite ao aperfeiçoamento dos articulados ou de correcção de aspectos de natureza processual, com posterior extracção de efeitos das deficiências verificadas;
- Falta de efectiva direcção do processo em casos em que se impõe a recusa do que é impertinente ou dilatatório;
- Dispensa de audiência preliminar fora dos casos em que a lei o admite, impedindo a exercitação das suas potencialidades, designadamente no que concerne à aproximação das partes e à efectiva percepção das divergências essenciais;

- Falta de efectiva colaboração dos advogados na audiência preliminar;
- Utilização abusiva da faculdade de suspensão da instância por alegado “acordo das partes”, sem consideração pelos efeitos negativos que isso causa aos demais intervenientes processuais e ao agendamento das audiências de julgamento;
- Falta de contacto entre os mandatários de ambas as partes até à audiência de julgamento;
- Falta de uso de princípios gerais do processo civil, como o da adequação formal;
- Falta de diligência na prática de actos processuais que competem à secretaria, com prejuízo para a tramitação do processo ou para os intervenientes;
- Adiamento de audiências de julgamento por motivos fúteis, apesar de o seu agendamento ter tido em consideração a compatibilização de agendas;
- Apresentação de documentos na audiência de julgamento que já estavam disponíveis na fase dos articulados, tendo em vista extrair proveito do efeito-surpresa, sem consideração pela demora do processo;
- Adiamento de audiências de julgamento a pretexto da junção de documentos, sem esgotamento das possibilidades de aproveitamento das mesmas para a produção de outras provas;
- Falta de calendarização das audiências em várias sessões e de distribuição das testemunhas pelos diversos dias;
- Não uso pelas partes da faculdade de apresentação de depoimentos testemunhais prestados por escrito;
- Hipervalorização da prova testemunhal quer pelas partes, quer pelos juízes, com efeitos no arrastamento excessivo da audiência de julgamento;
- Não uso de presunções judiciais emergentes das regras de experiência para efeitos de formação da convicção acerca dos factos provados ou não provados;

- Falta de condenação como litigante de má fé em casos em que manifestamente existem comportamentos processuais reprováveis;
- Abusiva apresentação de requerimentos de arguição de nulidade ou de esclarecimento de sentença com o único objetivo de dilatar o seu trânsito em julgado;
- Excessiva tendência para a arguição de nulidades da sentença em sede de alegações de recurso, em vez da concentração de esforços na impugnação da decisão;
- Generalizada insatisfação do ónus de formulação de verdadeiras conclusões nos recursos, a exigir a sintetização das questões e a identificação das normas jurídicas violadas ou a indicação do sentido que lhes deve ser atribuído;
- Deficiente cumprimento das regras de impugnação da decisão da matéria de facto sustentada em provas oralmente produzidas e gravadas;
- Falta de efectivo poder de direcção da secretaria judicial por parte do juiz;
- Em tribunais de competência genérica ou mista, subvalorização dos processos cíveis em comparação com os processos criminais;
- Frequentes situações de deficiências na gravação dos depoimentos prestados na audiência de julgamento, originando escusadas repetições de julgamentos;
- Não envio para a Relação das gravações das audiências ou de elementos extraídos do processo electrónico necessários para apreciar o recurso.

3. A todas estas disfunções poderíamos adicionar outras que especificamente respeitam à acção executiva.

A situação deficitária que se verificava antes da reforma de 2003 em termos de celeridade e de eficácia agravou-se ainda mais com a externalização da prática dos actos executivos cuja competência foi atribuída a um novo corpo profissional tecnicamente

impreparado e com deficiente controlo por parte dos órgãos disciplinares.

No âmbito de um Colóquio realizado na Universidade Nova de Lisboa em Outubro de 2003, tive a oportunidade de me debruçar sobre a Reforma da Acção Executiva que acabara de entrar em vigor, centrando-me na secundarização do papel atribuído ao juiz e no relevo que foi conferido ao solicitador de execução.

Tal intervenção esteve na base de um texto publicado na Revista *Thémis*, n.º 7, de onde extractei o seguinte:

«...

Pelos frutos que forem colhidos se verá a qualidade da árvore agora plantada. Não me é possível avaliar antecipadamente os resultados que com o novo sistema serão obtidos, os quais dependerão, em boa parte, do profissionalismo, do dinamismo e da confiança revelados pelos solicitadores de execução, a par da ausência de bloqueios que possam imputar-se às secretaria judicial ou aos juizes. Mas existem três aspectos que poderão ser desde já assinalados:

...

c) Mas o aspecto que antecipadamente me causa mais perplexidade emerge da constatação de que a criação da figura do solicitador de execução, com a conseqüente transferência de competências anteriormente distribuídas pelo juiz e pela secretaria, não foi acompanhada das devidas salvaguardas destinadas a permitir um efectivo controlo por parte do Estado.

...

Ora, sem pôr em causa o modo como o sistema irá concretamente funcionar, do que se trata é verificar se o mesmo acautela, antecipada e abstractamente, a possibilidade de o Estado intervir naquilo que sai dos estritos quadros do exercício de uma profissão liberal e envolve, como agora acontece, tarefas que, sendo originariamente do mesmo Estado, foram transferidas para agentes externos que, assim, passaram a desempenhar também funções próprias de oficiais públicos.

...

É verdade que singularmente e dentro de cada processo cada um deles está sujeito ao “controlo do juiz”. E que, nos termos do n.º 4 do art. 808.º, “pode ser destituído por decisão do juiz de execução ... com fundamento em actuação dolosa ou negligente ou violação grave do dever que lhe seja imposto pelo respectivo estatuto ...”. Também se constata que tal decisão de destituição, uma vez comunicada à secção regional deontológica, nos termos do art. 130.º, n.º 1, do Estatuto, dará lugar à instauração de um processo disciplinar.

Todavia, a intervenção do juiz é meramente casuística, reportando-se apenas à actuação do visado no âmbito de uma específica acção executiva, não deixando margem para qualquer avaliação global do seu comportamento.

...

Construído deste modo o edifício jurídico, fácil é verificar que não ficou suficientemente salvaguardada a possibilidade de o Estado sindicar quer o processo disciplinar, quer os respectivos efeitos que continuam a ser exclusivamente dominados por órgãos internos.

Ora, tendo em conta a referida hibridez do estatuto dos solicitadores de execução, misto de profissionais liberais e de oficiais públicos, nem sequer existia qualquer razão de princípio que impedisse diversa alternativa, designadamente, a integração nos respectivos órgãos executivos ou fiscalizadores de elementos externos, designados por outras entidades (v.g. pelo Ministério da Justiça ou pelo Conselho Superior da Magistratura). Um determinado nível de controlo externo encontraria perfeita explicação no facto de o sector específico de solicitadores de execução não constituir rigorosamente um corpo de profissionais liberais, integrando ainda funções que constituíam atribuição originária do Estado. Tal controlo externo encontrava ainda justificação no facto de os solicitadores de execução poderem ser chamados a realizar citações (art. 233.º, n.º 2, al. b), do CPC), sendo certo que em qualquer das intervenções processuais podem surgir litígios que demandem a responsabilização do Estado pelo exercício de qualquer das funções que foram objecto de transferência.

Mas estes são aspectos que, porventura, serão abordados daqui a alguns anos num eventual colóquio submetido ao tema “*Avaliação da Reforma da Acção Executiva*”. Oxalá que, em tal ocasião, os resultados sejam bem melhores do que aqueles que podem ser colhidos da aplicação do regime anterior, sob pena de nos esperar a discussão da “*Contra-Reforma da Acção executiva*”».

Os resultados produzidos comprovaram os receios que então manifestei. Pelos mais diversos motivos, o novo modelo da acção executiva não trouxe benefícios dignos de registo. Para além dos problemas ligados à implantação no terreno do novo modelo da acção executiva, a exigir a criação de uma rede de juízos de execução que cobrisse todo o território nacional e a criação de estruturas capazes de dinamizar e agilizar a acção executiva e tornar eficaz a tutela coerciva de direitos de crédito, os resultados foram prejudicados pela demora na regulamentação de certos aspectos de que dependia a eficácia da acção executiva.

A situação agravou-se ainda mais com as modificações introduzidas em 2008. Numa altura em que se justificava uma avaliação dos resultados e a adopção de medidas susceptíveis de inverter os péssimos resultados até então obtidos, apostou-se no esbatimento ainda maior da função do juiz no processo que foi praticamente entregue aos solicitadores de execução.

Os desenvolvimentos posteriores apenas vieram confirmar a errada opção. Não tendo cessado de aumentar o número de acções executivas pendentes, igualmente se agravaram os factores de desconfiança relativamente a um sistema que não se encontrava nem se encontra suficientemente apetrechado de mecanismos de controlo.

4. É comum dizer-se que o actual CPC não comporta qualquer outra modificação, tanto mais que a experiência vem demonstrando que determinadas intervenções que são orientadas no sentido da simplificação acabam por adicionar maiores dificuldades de aplicação.

Em termos puramente teóricos, impunha-se a elaboração de um novo CPC desenhado a partir de um largo consenso quanto aos seus objectivos e quanto aos mecanismos que permitissem alcançá-los, ao qual fosse fixada uma alargada *vacatio legis* para interiorização do novo modelo processual.

Porém, nem os diplomas legislativos nascem por geração espontânea, nem as pressas na aprovação de novos modelos se revelam correctas. Assim, ultrapassando o que idealmente seria defensável, a consecução dos objectivos fixados no Memorando de Entendimento de aumentar a eficiência dos meios processuais, a celeridade na resolução dos litígios e o saneamento do passivo acumulado apenas é viável mediante (mais) uma modificação no actual CPC.

É unânime a opinião de que o actual CPC, em larguíssima parte submetido ainda ao modelo criado em 1939, ligeiramente retocado em 1961, não corresponde às necessidades de um sistema moderno. Não existe sector algum da sociedade que não eleja as normas processuais ou o modo como são aplicadas como principal

foco da responsabilidade pelos sofríveis resultados no campo da celeridade e da eficácia.

É nesta conjuntura de elevado criticismo que se inscrevem as intenções do Executivo de alterar o paradigma da acção declarativa, com larga implicação no modelo do processo civil vigente⁽²⁾.

O modelo processual civil que nos rege já foi alvo de diversas modificações, a mais importante das quais inscrita na Reforma de 1995/96, a que se sucedeu a reforma da acção executiva de 2003 (com posteriores modificações em 2008) e a reforma do regime dos recursos cíveis de 2007.

Muito se conseguiu em termos de simplificação processual na reforma de 1995/96 essencialmente no que respeita à acção declarativa. Depois de alguma resistência inicial tanto na parte em que modificou a estrutura do processo, como naquela em que pretendeu valorizar o recurso aos princípios gerais, começaram a sentir-se efeitos positivos que se traduziram na efectiva subvalorização de aspectos formais, com prevalência para as decisões de mérito, e na qualidade formal e substancial das decisões da 1.^a instância. Qualidade essa que também é visível na motivação das decisões da matéria de facto, com efectiva apreciação crítica dos meios de prova. Correspondentemente sofreram forte redução as decisões de pendor formal que frequentemente ocorriam no despacho saneador, a pretexto da falta de determinados pressupostos processuais sanáveis, tal como se observa uma acentuada redução dos casos em que o resultado da sentença é afectado pela insuficiente ou deficiente alegação de cada um dos diversos requisitos legais.

Todavia, a situação não parece inteiramente consolidada, começando a pressentir-se, aqui e ali, um certo retrocesso em relação ao entendimento correcto da função desempenhada pelos

(2) Ainda que integre a Comissão de Reforma do Processo Civil constituída por despacho do anterior Ministro da Justiça e reconduzida pela actual titular da pasta, tal não me impede de expressar um elevado grau de cepticismo quanto às virtualidades das reformas processuais. A experiência vem demonstrando, muitas vezes com elevados custos, quão difícil se torna inverter o sentido de rotinas instaladas ao longo de décadas e a facilidade com que certas reformas legislativas bem intencionadas acabam por fracassar perante a persistência de determinados comportamentos.

mecanismos processuais. Com uma frequência superior à que os antecedentes legislativos e as exigências do sistema podem tolerar, detectam-se situações em que os processos parecem constituir um fim em si mesmo, enveredando-se por decisões de pendor formal, com recusa de utilização dos mecanismos que visam privilegiar o mérito e a justiça substancial. Igualmente vem persistindo a adopção de estratégias processuais que, longe do princípio da cooperação, privilegiam manobras de cariz dilatatório impeditivas da celeridade processual e da descoberta da justiça material.

Por certo que nenhum sistema poderá estar imune a tais fenómenos. Mas não deixa de ser importante que nos confrontemos com esta realidade a fim de se impedir um retrocesso, numa altura em que cada vez mais se reclama contra a deficiente concretização dos objectivos de eficácia, de celeridade e de economia de meios e de processos.

Deixando de fazer sentido invocar obstáculos ou impedimentos sustentados numa determinada visão formalista do processo civil - que até o Prof. Alberto dos Reis rejeitaria -, não faltam instrumentos ou mecanismos que, devidamente conjugados, confluem para a valorização dos aspectos de ordem substantiva, em detrimento de soluções formais de pendor burocrático, assim (cor)respondendo melhor aos objectivos do sistema de Administração da Justiça e às necessidades da sociedade civil.

5. Importa que o sistema evolua e que a evolução se dê acima dos interesses ou das ideossincrasias deste ou daquele grupo profissional. Centrados na função instrumental do processo civil e nos objectivos que são constitucionalmente projectados relativamente aos tribunais, a actual conjuntura propicia a adopção de medidas que efectivamente ponham o processo ao serviço da justiça material, permitindo que, com mais desenvoltura e segurança, se alcance a justa composição dos litígios.

Sem pretender escarpelizar cada um dos aspectos que, em meu entender, poderiam ser modificados e tendo sempre presente que nesta ocasião decorrem os trabalhos da Comissão de Revisão do CPC, enuncio aqueles que me parecem mais relevantes.

No campo dos princípios, importa que se consagre inequivocamente que a direcção do processo compete ao juiz, equidistante das partes e delas independente. Com efeito, no actual modelo processual verifica-se que por detrás de um tal princípio geral, não deixa de se revelar uma constante desconfiança relativamente ao uso dos poderes de direcção. Praticamente não existe decisão alguma que não seja passível de impugnação, o que gera o natural retraimento quanto ao uso daqueles poderes e potencia uma atitude de inércia do juiz e a entrega do ritmo processual à iniciativa das partes, *maxime* à estratégia daquela a quem favoreça o arrastamento da lide e a dilação do trânsito em julgado da decisão final.

Em oposição a um sistema em que a atribuição ao juiz de um poder-dever de direcção do processo (ou poder de gestão processual, como se refere no art. 2.º do regime do processo experimental) convive com a manutenção do dispositivo do art. 679.º do CPC, segundo o qual é impugnável toda e qualquer decisão que não seja de natureza puramente discricionária ou de expediente, importa que ao juiz sejam conferidos efectivos poderes de direcção que lhe permitam conduzir o processo ao seu objectivo final, reservando o direito de interposição de recursos apenas para decisões que conflituem com outros princípios de semelhante valor, como o do contraditório ou o da igualdade das partes.

É tempo, pois, de tornar eficaz aquele poder, passo fundamental para que se interiorize, em moldes razoáveis, uma postura activa do juiz que permita controlar de forma mais eficaz comportamentos dilatatórios e assegurar maior celeridade.

Deve ainda assumir-se de vez que o objectivo central do processo se traduz na obtenção de uma decisão de mérito que, na medida do possível, integre a realidade material, secundarizando efectivamente os aspectos de natureza eminentemente procedimental. Sem olvidar que cada um dos intervenientes no processo deve agir com competência no exercício das respectivas funções, devem ser relegadas para um plano nitidamente secundário questões de natureza eminentemente formal, o que passa pela não atribuição de efeitos negativos a certas opções não essenciais e pela sanabilidade de aspectos de natureza eminentemente formal.

Não se compreende efectivamente que em pleno Século XXI os direitos que as partes pretendem fazer valer no processo estejam dependentes não da transposição da verdade material, mas de actuações de natureza secundária a que as partes (sujeitos diversos dos respectivos mandatários) são totalmente alheios.

Impõe-se também uma efectiva cooperação dos sujeitos processuais. Para além das tradicionais dificuldades de encontro de posições entre as partes ou entre os respectivos mandatários potenciadas por um sistema em que se privilegia a prática de actos escritos (sabendo-se como é difícil recuar depois de determinada posição ficar registada nos autos), conviria que se aumentasse o grau de proximidade entre as partes e entres estas e o juiz. Antes que o processo possa estar em condições de se realizar a audiência de julgamento, o local ou a plataforma processual em que se pode activar essa cooperação é a audiência preliminar.

Para o efeito, sem ceder às atitudes que levaram ao completo esvaziamento desta diligência processual desenhada na reforma de 1995/96 (através do abandono do princípio da concentração dos actos), nas acções em que se discutem os interesses de maior relevo ou de maior valor (acções que seguem a forma ordinária), a mesma deve realizar-se de modo a que nela confluam os actos fundamentais: identificação das linhas de confronto entre as partes, selecção dos temas de prova que deverão ser submetidos a julgamento e programação do processado posterior.

Noutro campo, a experiência vem demonstrando à exaustão que determinados instrumentos cuja aplicação deveria ser excepcional acabam por se transformar em regra, sem que haja mecanismos que, com eficácia, permitam evitar o seu uso abusivo, importando que sejam introduzidas alterações que inequivocamente contrariem essa tendência.

É claro que estas e outras linhas de força de um modelo processual civil moderno são incompatíveis com certos hábitos (ou vícios) sustentados em determinadas normas ou fundadas em determinadas concepções do processo civil.

Tal exige, por exemplo, as seguintes soluções:

- Obrigatoriedade de apresentação dos meios de prova juntamente com os articulados (sem embargo de posterior

alteração), motivando as partes, quando alegam os factos, a terem de confrontar-se de imediato com os meios de prova disponíveis;

- Vedar praticamente em absoluto a possibilidade de serem adiadas audiências de julgamento que tenham sido convocadas por compatibilização de agendas;
- Impedir o adiamento das audiências através de um intitulado “acordo das partes” para suspensão da instância que mais não é, em regra, do que um acordo de cavalheiros (advogados) por necessidades ou conveniências de agenda;
- Alegação das partes de forma mais objectiva, sem repetições e sem prolixidade, centrada nos factos essenciais;
- Interiorização da necessidade de uma efectiva preparação da audiência preliminar tanto por parte dos advogados como do juiz, por forma a conferir-lhe utilidade e eficácia;
- Condensação da matéria de facto controvertida centrada nos factos essenciais e que verdadeiramente importem para a integração do direito invocado pelo autor ou da excepção suscitada pelo réu, sem dispersão por factos periféricos;
- Penalização tributária da parte que actue processualmente de forma imprudente ou sem diligência devida;
- Secundarização do relevo da prova testemunhal, o que a montante (advogados) supõe a necessidade de se privilegiarem meios de prova objectivos e a jusante (tribunal) a atendibilidade de outros meios de prova sujeitos a livre apreciação, *maxime* a prova documental, em conjugação com as regras da experiência;
- Interiorização da excepcionalidade dos casos de adiamento das audiências de julgamento, de modo que sejam inquiridas todas as pessoas convocadas.

6. Para além destes aspectos, interessa que seja valorizada a actuação do juiz decorrente não apenas do reforço dos poderes de direcção, mas também da sua concentração na resolução das questões que verdadeiramente colidem com os direitos das partes.

Toda a prática anterior de várias décadas vem sustentada numa actuação do juiz em todos os aspectos, sem exclusão dos de natureza instrumental ou até puramente burocrática. Uma parte substancial do tempo e do esforço despendido por cada juiz passa pela realização de tarefas materiais, sem qualquer interesse substancial, com resultados ao nível da produtividade e do aumento da despesa pública. Tarefas que, com redução de custos e com melhor aproveitamento dos recursos humanos, poderiam ser desempenhadas por funcionários adstritos ao gabinete do juiz ou, noutra perspectiva, poderiam integrar-se nos estágios de ingresso em profissões forenses (juizes, magistrados do Ministério Público, advogados, etc.).

O Estado também não poderá ficar indiferente ao aumento exponencial do número de acções que visam unicamente a cobrança de dívidas sem efectiva litigiosidade. O recurso excessivo e mesmo abusivo aos tribunais tem constituído um dos motivos de insatisfação face aos resultados. Atulhados em litígios de baixa densidade, os tribunais não são motivados a tratar de modo conveniente outros processos em que verdadeiramente circulam interesses dignos de protecção e que de facto merecem ou exigem a intervenção jurisdicional.

Neste contexto, as circunstâncias legitimam que se penalizem os credores que adoptam campanhas ou estratégias comerciais agressivas sem as necessárias cautelas quanto à outorga de contratos, repercutindo na sua esfera os efeitos da sua actuação, em vez de serem transferidos para o sistema de justiça. Tal pode traduzir-se no adiantamento imediato dos custos reais da mobilização dos meios judiciais em quantitativo pré-estabelecido, constituindo este um mecanismo indirecto que, para além de impulsionar a adopção de maiores cautelas na contratação, potenciará o controlo do fluxo processual de litígios massificados e evitaria que, como pura estratégia comercial, um reduzido número de empresas continue a servir-se dos tribunais como *longa manus* dos seus interesses comerciais.

Atenuar-se-ia, assim, a situação em que se encontram os tribunais cuja resposta adequada às solicitações dos demais credores não frequentes ou credores esporádicos acaba por ser prejudicada pela avalanche de processos apresentados por um reduzido número de empresas.

MACAU NO DIREITO CONSTITUCIONAL DE LÍNGUA PORTUGUESA⁽¹⁾

Pelo Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia⁽²⁾

SUMÁRIO:

I — INTRODUÇÃO — 1. Tema da conferência; 2. Sequência da exposição. **II — O DIREITO CONSTITUCIONAL DE LÍNGUA PORTUGUESA EM GERAL — § 1.º — O sentido do Direito Constitucional Comparado de Língua Portuguesa.** 3. O Direito Constitucional Comparado de Língua Portuguesa como meso-comparação; 4. A grelha comparatística do Direito Constitucional Comparado de Língua Portuguesa; 5. Os Nove Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa como objeto da comparação; 6. Existe um modelo de Direito Constitucional de Língua Portuguesa? 7. A Constituição Portuguesa de 1976 como ponto de partida. **§ 2.º — A primeira vaga dos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa: o Brasil.** 8. A independência do Brasil e os diversos textos constitucionais; 9. A atual Constituição Brasileira de 1988. **§ 3.º — A segunda vaga dos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa: os Estados Africanos Lusófonos.** 10. A evolução político-constitucional: do Socialismo à Democracia; 11. A caracterização político-constitucional geral da atual II República; 12. Descrição breve dos Direitos Constitucionais Afri-

⁽¹⁾ Versão integral do texto da conferência de abertura das III Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau, subordinada ao tema geral “Sentido e importância do Direito Comparado no âmbito do princípio «Um País, Dois Sistemas»”, proferida em Macau, em 20 de Janeiro de 2011. Texto redigido segundo as normas do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, em 16 de dezembro de 1990, e já em vigor em Portugal.

⁽²⁾ Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa. Doutor e Agregado em Direito. Antigo Deputado à Assembleia da República de Portugal. Website: www.jorgebacelargouveia.com. E-mail: jbg@fd.unl.pt.

canos de Língua Portuguesa. § 4.º — **A terceira vaga dos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa: Timor-Leste.** 13. O novo Estado de Timor-Leste; 14. A Constituição de Timor-Leste de 2002; 15. Os princípios fundamentais e as fontes do Direito; 16. O sistema de direitos fundamentais; 17. O sistema de organização política. § 5.º — **A configuração geral do Constitucionalismo de Língua Portuguesa.** 18. Pontos de convergência da Constituição Portuguesa; 19. Pontos de divergência da Constituição Portuguesa; 20. Um modelo de Constitucionalismo de Língua Portuguesa. **III — A POSIÇÃO SINGULAR DE MACAU NO DIREITO CONSTITUCIONAL DE LÍNGUA PORTUGUESA.** § 6.º — **A definição político-constitucional de Macau.** 21. A Lei Básica de Macau; 22. A Região Administrativa Especial de Macau. § 7.º — **Os direitos fundamentais de Macau.** 23. A diversidade das fontes jurídico-normativas dos direitos fundamentais; 24. As opções de conteúdo na construção do catálogo dos direitos fundamentais. § 8.º — **A organização do poder público de Macau.** 25. O sistema de governo; 26. A fiscalização da constitucionalidade. § 9.º — **Macau no Constitucionalismo de Língua Portuguesa.** 27. Convergências: um Direito Constitucional legislado, codificado e estável, e um sistema de direitos fundamentais abrangente e efetivo; 28. Divergências: um sistema de governo presidencial atípico e uma fiscalização mista da constitucionalidade.

I — INTRODUÇÃO

1. Tema da conferência

I. Antes de versar o tema que decidi escolher, permitam-me fazer, a título inicial, alguns cumprimentos, assim testemunhando o valor do evento em que estamos participando.

Quero exprimir, desde já, o gosto de aqui retornar, agradecendo aos organizadores desta iniciativa o convite que me endereçaram e a honra que me dão de proferir esta conferência no momento da abertura dos trabalhos, possibilitando-me de novo contactar uma realidade que me diz muito como português e como professor de Direito.

Do mesmo modo gostaria de sublinhar o prazer desta discussão científica com os restantes colegas deste painel, com isso se evidenciando a alta relevância das matérias selecionadas.

II. O assunto da presente reflexão insere-se bem no tema geral destas Jornadas, que versa a problemática da *importância do Direito Comparado em geral, bem como o seu interesse no Direito da China e no Direito de Macau em especial.*

Dentro dos vários tópicos, optei pela matéria do *Direito Constitucional Comparado de Língua Portuguesa*, fazendo nele a apreciação da posição singular que Macau ocupa.

Contrariamente ao esforço realizado noutras ocasiões anteriores em que estive em Macau, desta feita entendi que seria útil uma *indagação comparatística*, ao nível mais geral da comparação entre os Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa, culminando esse estudo com algumas considerações a respeito da relação do Direito de Macau dentro desse contexto.

2. Sequência da exposição

I. A delimitação do tema da presente comunicação já antecipa a sequência das questões que importa versar, a fim de se apresentar um panorama tão completo quanto possível do que está em causa.

Quer isso dizer que serão duas as partes fundamentais que importa considerar:

- uma primeira parte, sobre *o Direito Constitucional de Língua Portuguesa em geral*;
- uma outra parte, sobre *as conexões do Direito Constitucional de Macau no seio desse universo do Direito Constitucional de Língua Portuguesa.*

II. Na primeira parte, a abrir, haverá a ocasião de traçar as opções fundamentais que definem a autonomia científica do Direito Comparado, assim como enaltecer as suas funções e modalidades de operacionalização, sem ainda esquecer os critérios que demarcam os sistemas constitucionais que devem fazer parte dessa análise.

Feita essa introdução metodológica geral, dentro do Direito Constitucional Comparado de Língua Portuguesa, cumpre descre-

ver as realidades político-constitucionais dos diversos países lusófonos que dela fazem parte, numa apresentação sucinta, mas nem por isso simplificada dos seus meandros e vicissitudes de formação e evolução.

Essa primeira parte terminará com a apresentação dos traços de divergência e de convergência com que é possível deparar nessa tarefa comparativa, em grande medida tomando a Constituição Portuguesa como referencial.

III. A outra parte — segunda — será especificamente reservada ao Direito Constitucional de Macau, com a finalidade de o relacionar com a comparação que o Direito Constitucional de Língua Portuguesa suscita, sendo certo que há uma matriz linguístico-cultural evidente, facilmente confirmada por o português ser uma das línguas oficiais deste território jurídico-político⁽³⁾.

Neste outro momento, são três os núcleos do Direito Constitucional de Macau suscetíveis de traçarem a sua identidade e que é de avaliar, mas apenas com o propósito de obter os elementos mínimos que permitam aquela análise comparativa no seio dos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa:

- a definição político-constitucional;
- os direitos fundamentais; e
- a organização do poder público.

Exposta essa descrição, será viável depois deduzir algumas conclusões quanto ao tipo de conexão — convergente e divergente — que o Direito Constitucional de Macau mantém com o Direito Constitucional de Língua Portuguesa.

⁽³⁾ O art. 9.º da Lei Básica de Macau dispõe que “Além da língua chinesa, pode usar-se também a língua portuguesa nos órgãos executivo, legislativo e judiciais da Região Administrativa Especial de Macau, sendo também o português língua oficial”.

II — O DIREITO CONSTITUCIONAL DE LÍNGUA PORTUGUESA EM GERAL

§ 1.º — O sentido do Direito Constitucional Comparado de Língua Portuguesa

3. O Direito Constitucional Comparado de Língua Portuguesa como meso-comparação

I. O primeiro tópico fundamental a considerar é o do *âmbito* do Direito Constitucional de Língua Portuguesa, sendo certo que a atividade comparatística⁽⁴⁾ se pode apresentar sob diferentes ângulos, cada um deles com as suas funcionalidades próprias⁽⁵⁾.

(4) Sobre o Direito Constitucional Comparado, v. JORGE MIRANDA, *Notas para uma introdução ao Direito Constitucional Comparado*, Lisboa, 1970, pp. 5 e ss.; *Sobre o Direito Constitucional Comparado*, in *Direito e Justiça*, II, 1981-1986, pp. 201 e ss., e *Manual de Direito Constitucional*, I, 7.ª ed., Coimbra, 2003, p. 26; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional*, Braga, 1979, p. 13; ARMANDO M. MARQUES GUEDES, *Ideologias e Sistemas Políticos*, Lisboa, 1984, pp. 316 e ss.; GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *La comparazione nel Diritto Costituzionale*, in *Diritto e Società*, 1986, pp. 165 e ss., e *Diritto Costituzionale Comparato*, 3.ª ed., Padova, 1991, pp. 1 e ss.; MARCELLO CAETANO, *Direito Constitucional — Direito Comparado, Teoria Geral do Estado e da Constituição, As Constituições do Brasil*, I, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1987, pp. 62 e 63; PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*, 6.ª ed., Milano, 1988, pp. 3 e ss.; PABLO LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, I, 2.ª ed., Madrid, 1992, pp. 405 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, Lisboa, 1995, pp. 25 e 26, *Considerações sobre as Constituições Fiscais da União Europeia*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 381, Janeiro-Março de 1996, pp. 37 e ss., e *Manual de Direito Constitucional*, I, 3.ª ed., Coimbra, 2009, pp. 253 e ss.

(5) Quanto ao Direito Comparado em geral, v. JOSÉ HERMANO SARAIVA, *Lições de Introdução ao Direito*, Lisboa, 1962-1963, pp. 68 e ss.; ANGEL LATORRE, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 1978, pp. 254 e 255; RUBEN RODRIGUES NOGUEIRA, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, 1979, pp. 23 e ss.; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Comparado*, Lisboa, 1982-1983, pp. 7 e ss., e pp. 48 e ss.; LÉONTIN-JEAN CONSTANTINSCO, *Traité de Droit Comparé*, III, Paris, 1983, pp. 19 e ss.; PAULO DOURADO DE GUSMÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 14.ª ed., Rio de Janeiro, 1990, pp. 29 e ss.; KONRAD ZWEIGERT e HEIN KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 2.ª ed., Oxford, 1992, pp. 2 e ss.; MARCELO REBELO DE SOUSA e SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., Lisboa, 1993, pp. 239 e ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*, 2.ª ed., Coimbra, 1998, pp. 9 e ss., e *Direito Comparado — ensino e método*, Lisboa, 2000, pp. 61 e ss.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, II, 10.ª ed., Lisboa, 2000, pp. 227 e ss.; MICHEL FROMONT, *Grands systèmes de Droit étrangers*, 4.ª ed.,

Essa é, pois, uma resposta que não é unívoca, na medida em que se deve frisar *os possíveis âmbitos da comparação*, já que esta tem assentado na radical dissociação entre⁽⁶⁾:

- a *macro-comparação*, quando se pretende comparar blocos ou ordenamentos jurídicos, num prisma estrutural; e
- a *micro-comparação*, quando se compara um instituto ou um problema mais específico, numa ótica funcional⁽⁷⁾.

Qualquer uma delas se mostra muito útil no Direito Constitucional, que facilmente absorve as vantagens que ficaram assinaladas. Mas a tarefa comparativa a empreender pode ainda ficar a meio caminho entre a macro-comparação e a micro-comparação, podendo ser apelidada de *meso-comparação constitucional*⁽⁸⁾, ao desejar-se a comparação, não de sistemas jurídicos globais, nem de institutos, mas de sistemas jurídico-constitucionais nos seus traços fundamentais.

II. No plano em que nos encontramos, *na tentativa de se conhecer o desenvolvimento do Direito Constitucional Comparado de Língua Portuguesa*, só parece interessar a *meso-comparação constitucional*.

O que está em causa é a observação conjunta e organizada dos Direitos Constitucionais que determinaram influências recíprocas noutros Direitos Constitucionais.

Não se trata tanto de apreciar soluções específicas para certos institutos jurídicos, por mais importantes que sejam, antes dar

Paris, 2001, pp. 1 e ss.; RENÉ DAVID e CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de Droit Contemporains*, 11.^a ed., Paris, 2002, pp. 1 e ss.; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Sistemas Jurídicos Comparados — sumários desenvolvidos*, Lisboa, 2004, pp. 2 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Coimbra, 2005, pp. 141 e ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, Coimbra, 2008, pp. 19 e ss.

⁽⁶⁾ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução...*, pp. 20 e ss.; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Sistemas...*, pp. 47 e ss.

⁽⁷⁾ Bom exemplo deste esforço é o *trust*, no Direito Anglo-Saxónico e no Direito Continental: MARIA JOÃO TOMÉ e DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A propriedade fiduciária (Trust) — estudo para a sua consagração no Direito Português*, Coimbra, 1999, pp. 13 e ss.

Nós próprios já ensaiámos uma comparação constitucional desta natureza em relação às Constituições Fiscais Europeias: JORGE BACELAR GOUVEIA, *Considerações...*, pp. 43 e ss.

⁽⁸⁾ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução...*, p. 12.

atenção às grandes coordenadas que podem caracterizar o Direito Constitucional de Língua Portuguesa, apreciando como as diversas questões que se colocaram à respetiva regulação foram resolvidas, a partir da afirmação global e extensiva do Estado Constitucional Contemporâneo.

III. A explicitação do sentido do Direito Constitucional de Língua Portuguesa não ficaria completa se não pudéssemos alinhar as diversas vantagens que a atividade comparativa no Direito Constitucional — como, de resto, no Direito em geral — pode proporcionar àqueles que se abalançam ao estudo deste apaixonante modo de ver o Direito⁽⁹⁾:

- *uma função pedagógica*, possibilitando melhor conhecer as soluções próprias;
- *uma função hermenêutica*, oferecendo contributos para a interpretação e a integração de lacunas;
- *uma função prospetiva*, dando pistas para alterações legislativas no futuro;
- *uma função formativa*, contribuindo para a elevação cultural dos juristas.

4. A grelha comparatística do Direito Constitucional Comparado de Língua Portuguesa

I. O *segundo tópico* determinante na contextualização da atividade comparatística no seio dos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa diz respeito ao *método* que se deve seguir.

Obviamente que seria estulto pensar que tal estudo se poderia fazer sem uma metodologia específica, que é a *metodologia comparatística*, com a qual se pretende evitar que a apresentação das

⁽⁹⁾ Realçando estas e outras funções do Direito Comparado, KONRAD ZWIEGERT e HEIN KÖTZ, *An Introduction...*, pp. 13 e ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução...*, pp. 15 e ss., e *Direito Comparado...*, pp. 66 e ss.; RENÉ DAVID e CAMILLE JAUFFRET-SPI-
NOSI, *Les grands systèmes...*, pp. 2 e ss.; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Sistemas...*, pp. 33 e
ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, pp. 141 e ss.

diversas instituições constitucionais possa cair num destes condenáveis erros⁽¹⁰⁾:

- *numa amálgama e mistura sem nexos*, em que não se sabe o que procurar e o que apreciar;
- *num conjunto de soluções apresentadas em razão de critérios desprovidos de relevância científica*, como os critérios cronológicos ou territoriais.

Bem pelo contrário: *a metodologia comparatística, hoje já bastante afinada, quer melhor observar os sistemas constitucionais, sem se perder com a ausência de critérios ou com a adoção de falsos critérios.*

II. No plano da comparação de Direito Constitucional que envolve o estudo dos sistemas constitucionais determinantes para a formação do Direito Constitucional Contemporâneo, tem sido prática a escolha daqueles sistemas constitucionais que são considerados pioneiros na evolução do Direito Constitucional nestes duzentos anos que tem de história.

A este propósito, é habitual a formação de *famílias constitucionais*, em que os diversos sistemas se encaixam em função da sua filiação e em função das influências recebidas, deles depois ressaltando os respetivos contributos originais.

Eis um modo de ver o Direito Constitucional Comparado que apresenta dificuldades, pois que o papel dos sistemas jurídico-constitucionais é variável e nem sempre pode ser calibrado ao nível macroscópico da importância de uma família a que tenham dado origem: pode haver um sistema constitucional profundamente original, mas que por si não pôde reproduzir-se na influência projetada sobre outros sistemas constitucionais.

(10) A respeito da metodologia comparatística, v. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Comparado*, pp. 24 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 25 e 26, e *Considerações...*, pp. 41 e ss.; KONRAD ZWIEGERT e HEIN KÖTZ, *An Introduction...*, pp. 29 e ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução...*, pp. 19 e ss., e *Direito Comparado...*, pp. 113 e ss.; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Sistemas...*, pp. 2 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, pp. 143 e ss.

III. Sem menoscabo para a importância das famílias constitucionais, se entendida a sua organização de um modo menos radical, quer parecer-nos que urge matizar esse critério puramente material com a adoção de outros critérios que permitem obter uma panorâmica mais real dos diversos sistemas constitucionais, sem que tal possa obliterar a preponderância de algumas das suas instituições, fazendo aplicar também uma grelha comparativa.

É assim que, ao lado de um critério puramente comparatístico, se devem adicionar outros critérios, como o geográfico-cultural ou o histórico-político, nos seguintes termos:

- *um critério normativo-sistemático*, pois que a apresentação dos resultados da comparação não se pode descarnar de cada sistema constitucional como um ordenamento, em que muitas das soluções plasmadas podem não assumir qualquer relevância no plano das originalidades dos sistemas apreciados, mas cujo estudo é necessário para a compreensão daquelas;
- *um critério geográfico-cultural*, uma vez que os sistemas constitucionais não se podem apresentar desinseridos das suas circunstâncias espaciais e das ideias que estiveram na sua gênese e que determinaram a sua evolução, que em grande medida explicam as realidades atuais;
- *um critério histórico-político*, dado que os sistemas constitucionais igualmente se singularizam nos acontecimentos políticos, económicos e sociais que impuseram um certo curso dos acontecimentos, numa óbvia interação com a configuração do poder político.

IV. No que ao Direito Constitucional Comparado de Língua Portuguesa tange diretamente, podemos propor a seguinte grelha das questões constitucionais a estudar:

- *o enquadramento histórico-geográfico dos sistemas constitucionais*, com particular relevo para os sistemas constitucionais da atualidade;
- *a configuração, conteúdo e função da Constituição* na formação do Direito Constitucional, assim como o seu desenvolvimento contínuo;

- *a consagração dos direitos fundamentais*, no seu papel limitador do poder político e em articulação com o poder judicial;
- *a modelação do sistema económico, designadamente o grau de liberdade das entidades privadas no funcionamento do mercado e a intensidade da intervenção pública na economia;*
- *a modelação das formas e dos regimes políticos*, frisando-se a repartição de atribuições e competências entre o Estado e outras entidades políticas, bem como *a formatação dos sistemas de governo dos órgãos de soberania.*

5. Os Nove Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa como objeto da comparação

I. Definidos o âmbito e a grelha que devem orientar aquele referido estudo, até para que o mesmo se apresente minimamente útil, *cumpra ainda fazer a seleção dos sistemas constitucionais a incluir na comparação a empreender*, além de também sustentar a sua justificação científica.

A título preliminar, recorde-se que a aproximação entre sistemas constitucionais objeto desta tarefa de comparação se afigura como um ponto de partida, e não como um ponto de chegada: o facto de eles serem escolhidos para esta análise conjunta é apenas por serem versados numa mesma língua, o que por si só nada garante do ponto de vista da homologia das soluções jurídico-constitucionais que venham a ser encontradas.

II. Se o critério é de natureza linguística, é natural que surja a exigência comum de todos esses ordenamentos jurídico-constitucionais a comparar se exprimirem na língua portuguesa, a qual aparece sempre como a língua oficial correspondente.

Mas importa referir que essa circunstância não anula a possibilidade de nesses sistemas jurídico-constitucionais o português coexistir com outras línguas oficiais do mesmo modo obrigatórias, sendo até comum nalguns destes Estados o reconhecimento do pluralismo linguístico.

Por maioria de razão se dirá o mesmo do facto de em muitas destas sociedades o português coexistir com outras línguas nacionais, que são promovidas e defendidas junto dos cidadãos, sem que elas sejam línguas oficiais de expressão no plano do poder público, ainda que com relevância jurídico-constitucional.

III. Numa perspetiva de subjetividade política, a procura dos Direitos Constitucionais falantes do português não coincide necessariamente com as entidades jurídico-políticas de cunho estadual, as quais se apresentam como determinantes na própria conceção do Direito Constitucional enquanto setor jurídico por excelência do Estado⁽¹¹⁾.

É irrecusável que o Direito Constitucional, nos seus pressupostos teórico-políticos, em grande medida reflete a própria estadualidade, assim afirmada ao longo destes anos de Estado Constitucional Contemporâneo.

Simplemente, é forçoso admitir, na atividade comparativa que parte do critério linguístico, a existência de outros Direitos Constitucionais, que o podem ser em sentido amplo, sem que estejam vinculados a uma realidade jurídico-política estadual.

Vem esse a ser o caso de Macau, que representa no universo do Direito de Língua Portuguesa uma realidade autónoma a muitos títulos e também no plano do Direito Constitucional, a despeito de esse território não ostentar as características da estadualidade.

6. Existe um modelo de Direito Constitucional de Língua Portuguesa?

I. Podiam ser várias as perguntas a formular no contexto de um esforço de Direito Constitucional Comparado de Língua Portuguesa, que se vai desenrolar numa tarefa de *meso-comparação*, mas a nossa atenção focaliza-se especificamente na seguinte: *existe um modelo de Direito Constitucional de Língua Portuguesa?*

⁽¹¹⁾ Sobre o conceito e âmbito do Direito Constitucional, v., por todos, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, I, pp. 29 e ss.

Eis uma procura que nos tem acompanhado há já alguns anos a esta parte e para qual temos oscilado, às vezes em função da variedade dos métodos utilizados, às vezes em função das multiformes experiências que as sociedades políticas em causa proporcionam⁽¹²⁾.

II. Para que não subsistam dificuldades acrescidas, é de densificar a ideia de *modelo*, em torno da qual girará o esforço de resposta à pergunta formulada.

Esta conceção de modelo deve ser ampla, nela se incluindo os conjuntos das identidades estruturadoras do Direito Constitucional de cada um daqueles Direitos Constitucionais analisados.

Significa isto que a partir daqueles traços dominantes se faculta um juízo comparativo entre eles, depois se finalizando com a comparação que se torne possível a partir da análise da Constituição de 1976 e o Direito Constitucional Democrático e Social que fundaria a mais recente evolução do Estado Português.

A procura de um modelo equivale bastante à procura de um *modelo comum*, depurado das suas particularidades, que tendo sido cunhado uma primeira vez se possa vir a replicar em cada um dos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa, não obstante as diferenças existenciais que se assinalam não apenas entre eles, mas sobretudo em relação ao Direito Constitucional Português.

Simplesmente, não é a identidade que se procura, mas as semelhanças fundamentais visíveis nesses sistemas jurídico-constitucionais, nalguns casos simetricamente comprovadas pela existência de diferenças profundas, que fazem o contraponto das semelhanças encontradas.

7. A Constituição Portuguesa de 1976 como ponto de partida

I. Não se afigura viável falar de um modelo de Direito Constitucional de Língua Portuguesa, apesar das necessárias reduções que

⁽¹²⁾ Cfr., por todos, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma?*, in AAVV, *30 Anos da Constituição Portuguesa* (org. de JORGE BACELAR GOUVEIA *et alli*), Lisboa, 2006, pp. 119 e ss.

foi necessário conceder, sem sabermos o que encontrar no texto constitucional português que nele se possa oferecer de paradigmático.

Ainda que pouco estudado, ou pelo menos não tão estudado quanto o mereceria, o certo é que se pode assentar na existência de alguns pontos centrais do Constitucionalismo Português Democrático e Social nascido a partir da Constituição de 1976 e que podem ser sintetizados em três aspetos centrais:

- *na aprovação do texto constitucional por um parlamento constituinte, em contexto pluripartidário e democrático, após um período constitucional revolucionário e provisório;*
- *na vigência contínua do texto constitucional por mais de 30 anos, o qual não tem assistido a ruturas ou a quaisquer quebras materiais na sua identidade;*
- *na consagração dos princípios constitucionais do Estado de Direito, Republicano, Unitário, Democrático e Social.*

II. O atual Direito Constitucional Português consubstancia-se na Constituição da República Portuguesa (CRP), aprovada em 2 de Abril de 1976, e que entrou em vigor em 25 de Abril de 1976.

Esta lei constitucional suprema do Estado Português surgiu como corolário da Revolução de 25 de Abril de 1974 — a Revolução dos Cravos — que pôs termo a um regime autoritário de direita, de inspiração nacionalista, corporativa e fascizante, designado como “Estado Novo”, fortemente influenciado pelo regime fascista italiano.

Até que a CRP tivesse sido aprovada, neste período intercalar de dois anos, para além do trabalho da Assembleia Constituinte, democraticamente eleita, viveu-se um regime constitucional provisório, colocando-se simultaneamente em ação um conjunto de medidas urgentes, segundo os três objetivos de (i) descolonizar, (ii) democratizar e (iii) desenvolver o país.

O texto da CRP atualmente contém 296 artigos, que se distribuem por quatro partes, algumas delas repartidas por capítulos, antecedida por uma parte introdutória e com uma parte final, nos seguintes termos:

- *Princípios gerais* (artigos 1.º a 11.º)

- Parte I — *Direitos e deveres fundamentais* (artigos 12.º a 79.º)
- Parte II — *Organização económica* (artigos 80.º a 107.º)
- Parte III — *Organização do poder político* (artigos 108.º a 276.º)
- Parte IV — *Garantia e revisão da Constituição* (artigos 277.º a 289.º)
- *Disposições finais e transitórias* (artigos 290.º a 296.º)

A aprovação do texto constitucional por um parlamento pluripartidário — a Assembleia Constituinte, eleita em 25 de Abril de 1975 — representou uma específica escolha de legitimação do novo texto constitucional, arredando outros esquemas possíveis de formalização do poder constituinte.

III. Será com base na centralidade que o texto da CRP ocupa que se procederá à apresentação sumária dos diversos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa, sendo viável a sua organização em três sucessivas vagas:

- *a primeira vaga corresponde ao texto da Constituição brasileira*, o primeiro texto constitucional lusófono feito logo a seguir à aprovação da CRP que se mantém vigente;
- *a segunda vaga é representada pelo nascimento das Constituições dos Estados Africanos lusófonos no período da II República*, a qual surge depois da queda do Muro de Berlim, com as transições para regimes constitucionais de Estado de Direito; e
- *a terceira vaga é singularmente preenchida pela Constituição de Timor-Leste*, que também coincide com a formação desse novo Estado, após um longo período de ocupação indonésia.

O reconhecimento de cada uma destas três vagas é muito relevante não apenas para a comprovação daquela centralidade como para se aferir o tipo de influência, recebida ou rejeitada, em cada um dos outros Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa, na cer-

teza de que o seu aparecimento se prolongou no tempo e ao sabor das vicissitudes histórico-políticas próprias dos Estados Lusófonos.

§ 2.º — A primeira vaga dos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa: o Brasil

8. A independência do Brasil e os diversos textos constitucionais

I. A evolução histórica do Brasil, desde que ganhou a independência até aos dias de hoje, mostra uma sucessão de acontecimentos e de textos constitucionais bem reveladora das grandes questões que ocuparam a Humanidade nestes dois séculos XIX e XX que já vivemos.

A História Político-Constitucional do Brasil costuma ser repartida, acima das várias Constituições, entre o período antigo e o período moderno, sendo a Revolução de 1930 o momento de viragem⁽¹³⁾ da república velha para a república nova⁽¹⁴⁾.

II. Já em matéria de regime institucional, o Brasil, desde cedo obtendo a independência política em 7 de Setembro de 1822, subdivide-se em duas grandes eras:

— *a era monárquica*, desde a fundação até à revolução republicana de 15 de Novembro de 1889; e

⁽¹³⁾ Quanto à evolução histórico-constitucional do Brasil, v. MARCELLO CAETANO, *Direito Constitucional...*, I, pp. 469 e ss., e *Direito Constitucional — Direito Constitucional Brasileiro*, II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1987, pp. 1 e ss.; MIGUEL GALVÃO TELES, *Constituição*, in *Verbo — Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, 5.º vol., Lisboa, s. d., pp. 1501 e ss.; J. CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição de 1988 — artigos 1.º a 5.º, LXVII*, Rio de Janeiro/São Paulo, 1989, pp. 3 e ss.; JORGE MIGUEL, *Curso de Direito Constitucional*, 2.ª ed., São Paulo, 1995, pp. 35 e ss.; ANTÔNIO CARLOS POJO DO REGO e JOÃO PAULO MACHADO PEIXOTO, *A política das reformas econômicas no Brasil*, Rio de Janeiro, 1998, pp. 53 e ss.; CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 22.ª ed., São Paulo, 2001, pp. 103 e ss.; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20.ª ed., São Paulo, 2002, pp. 69 e ss.; LUÍS CÉSAR AMAD COSTA e LEONEL ITAUSSU A. MELLO, *História do Brasil*, 11.ª ed., São Paulo, 2002, pp. 137 e ss.

⁽¹⁴⁾ Numa perspectiva histórica predominantemente internacional, v. LUIZ ALBERTO MONIZ BANDEIRA, *Brasil, Argentina e Estados Unidos — da Triplice Aliança ao Mercosul (1870-2003)*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 2003, pp. 43 e ss.

— *a era republicana*, desde esta revolução até aos nossos dias.

Não deixam de ser impressionantes as grandes diferenças que caracterizam cada uma destas eras de evolução político-constitucional: enquanto a primeira apenas se estruturou com uma única Carta Constitucional, a outra ficou marcada pela sucessão de seis textos constitucionais.

III. O Brasil, até ao momento, já viveu sete textos constitucionais, que sinteticamente assim se apresentam:

- *a Carta Constitucional de 1824*: foi a primeira Constituição Brasileira, outorgada pelo fundador e libertador do Estado, D. Pedro I (D. Pedro IV, em Portugal), consagrando uma monarquia constitucional e imperial;
- *a Constituição de 1891*: foi a primeira Constituição da era republicana, iniciada pela Revolução de 15 de Novembro de 1889, importando várias instituições jurídico-constitucionais já experimentadas nos Estados Unidos da América, como o federalismo, o presidencialismo e a fiscalização judicial difusa da constitucionalidade;
- *a Constituição de 1934*: foi um texto constitucional progressista, de cariz socializante, derrubando a chamada “República Velha”, na sequência da Revolução de 1930, de que foi mentor Getúlio Vargas;
- *a Constituição de 1937*: foi um texto constitucional autoritário de direita, criando um Estado Novo, inspirado na Constituição Polaca, restringindo os direitos e as liberdades individuais;
- *a Constituição de 1946*: foi um texto constitucional democratizante, de suavização do regime do Estado Novo;
- *a Constituição de 1967-69*: foi um texto constitucional de cariz autoritário de direita, estabelecendo um regime de preponderância militar⁽¹⁵⁾;

⁽¹⁵⁾ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Direito Constitucional...*, II, pp. 499 e ss.; ELIO GASPARI, *A ditadura escancarada*, São Paulo, 2002, pp. 17 e ss.

- *a Constituição de 1988*: é o texto constitucional em vigor, de pendor democrático e social.

9. A atual Constituição Brasileira de 1988

I. O atual texto constitucional do Brasil (CB) é a Constituição de 1988, aprovada em 5 de Outubro de 1988⁽¹⁶⁾, inaugurando uma nova fase na História do Direito Constitucional Brasileiro, com a seguinte sistematização⁽¹⁷⁾, num total de 250 artigos, mais os 94 artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Título I — *Dos princípios fundamentais*

Título II — *Dos direitos e garantias fundamentais*

Título III — *Da organização do Estado*

Título IV — *Da organização dos poderes*

Título V — *Da defesa do Estado e das instituições democráticas*

Título VI — *Da tributação e do orçamento*

Título VII — *Da ordem económica e financeira*

Título VIII — *Da ordem social*

Título IX — *Das disposições constitucionais gerais*

⁽¹⁶⁾ Sobre o atual Direito Constitucional brasileiro, moldado a partir da CB, v. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 22.^a ed., São Paulo, 2001, pp. 161 e ss.; PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 8.^a ed., São Paulo, 1999, pp. 327 e ss.; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 28.^a ed., São Paulo, 2002, pp. 56 e ss., e *Aspetos do Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo, 2002, pp. 129 e ss.; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso...*, pp. 91 e ss.; AAVV, *Seminário dos 15 Anos da Constituição de 1988* (org. do Senado Federal — Instituto Legislativo Brasileiro), Brasília, 2004, *passim*; JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, pp. 223 e ss.; ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, 16.^a ed., São Paulo, 2004, pp. 52 e ss.; ZULMAR FACHIM, *Teoria Geral do Direito Constitucional*, 2.^a ed., Londrina, 2006, pp. 1 e ss.; LUÍS ROBERTO BARROSO, *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegámos*, in *Revista do Direito e do Estado*, Ano 3, n.º 10, Abril/Junho de 2008, pp. 25 e ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. o respetivo texto em JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*, 2.^a ed., Coimbra, 2006, pp. 111 e ss.

A recente CB significou, assim, um marco importantíssimo na evolução constitucional do Brasil⁽¹⁸⁾, assinalando, em definitivo, a transição para uma democracia representativa e sem tutela militar⁽¹⁹⁾.

Na sua elaboração, foram visíveis algumas influências de textos constitucionais europeus, naturalmente nelas se evidenciando a relevância da CRP. Esses marcantes contributos — meramente de normas ou também de institutos — podem mesmo justificar para alguns, como se tem afirmado com maior ou menor ênfase, a construção, em termos mais vastos⁽²⁰⁾, de uma família lusófona de Direito Constitucional⁽²¹⁾.

(18) As ligações entre o Direito Constitucional Português e o Direito Constitucional Brasileiro não são de hoje, bastando lembrar a circunstância de a nossa segunda Constituição (a C1826) e a primeira Constituição Brasileira (a Carta Constitucional de 1824) terem sido outorgadas pela mesma pessoa — D. Pedro IV em Portugal e D. Pedro I no Brasil — para cimentar uma ligação verdadeiramente umbilical que já vinha de longe.

Essa foi uma influência que não se perderia com o tempo, pois a Constituição de 1911, por exemplo, acolheria o instituto fundamental da fiscalização difusa da constitucionalidade, consagrado pela Constituição Brasileira de 1891.

Agora, com os dois últimos textos constitucionais democráticos em ambos os países, essa tradição reforçou-se e são vários os elementos da CRP que influenciaram a Constituição Brasileira de 1988.

(19) Quanto à influência da CRP sobre a CB, v. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *A Constituição Brasileira de 1988 — aspetos gerais*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, 1989, pp. 947 e ss., *Sobre a Constituição de 1988*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXXI, 1990, pp. 71 e 72, e *Constitucionalismo português e constitucionalismo brasileiro*, in AAVV, *Perspetivas Constitucionais*, I, Coimbra, 1996, pp. 59 e ss.; PAULO BONAVIDES, *Constitucionalismo Luso-Brasileiro: influências recíprocas*, in AAVV, *Perspetivas Constitucionais*, I, Coimbra, 1996, pp. 51 e ss.; OSCAR DIAS CORRÊA, *Breves observações sobre a influência da Constituição Portuguesa na Constituição Brasileira de 1988*, in AAVV, *Perspetivas Constitucionais*, I, Coimbra, 1996, pp. 73 e ss.; NAILÊ RUSSOMANO, *Influências da Constituição da República Portuguesa de 1976 na Constituição Brasileira de 1988 — da defesa do consumidor*, in AAVV, *Perspetivas Constitucionais*, III, Coimbra, 1998, pp. 428 e ss.; LUÍS ROBERTO BARROSO, *Influência da reconstitucionalização de Portugal sobre a experiência constitucional brasileira*, in AAVV, *30 Anos da Constituição Portuguesa* (org. de JORGE BACELAR GOUVEIA et alii), Lisboa, 2006, pp. 71 e ss.; JOSÉ JÚNIOR FLORENTINO DOS SANTOS MENDONÇA, *A abertura do Direito Constitucional Brasileiro ao Constitucionalismo Português*, in *Revista de Direito Público*, Ano I, n.º 1, Lisboa, Janeiro/Junho de 2009, pp. 139 e ss.

(20) Sobre este ponto, sem contudo conclusões muito afirmativas, JORGE MIRANDA, *As novas Constituições de Cabo Verde, São Tomé e Príncipe e Moçambique — nota prévia*, Lisboa, 1991, pp. 5 e ss., e *Manual...*, I, pp. 242 e 243 (= *Os sistemas constitucionais do Brasil e dos Países Africanos de Língua Portuguesa*, in *Revista Luso-Afri-*

II. No plano dos direitos fundamentais, verifica-se uma forte profusão de posições subjetivas, nas mais variadas áreas da atividade humana, sem mesmo esquecer a importância de novos direitos, como em matéria ambiental, social e informática⁽²²⁾.

É também de sublinhar a abertura a novos direitos fundamentais, com a grande importância atribuída aos direitos sociais, assim como o olhar dirigido aos mecanismos de efetividade⁽²³⁾ desses mesmos direitos⁽²⁴⁾.

Está neste caso a força que se atribuiu ao *habeas-data* como novo mecanismo de proteção do cidadão contra a utilização da informática⁽²⁵⁾.

cana de Direito, I, Lisboa, 1997, pp. 165 e 166); JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados Lusófonos — introdução*, 1.^a ed., Lisboa, 1993, pp. 7 e ss., e, mais difusamente, *Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa*, Coimbra, 2004, *passim*, ou *Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma?*, pp. 121 e ss.; ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO, *Dinheiros públicos, julgamento de contas e controlo financeiro institucional*, in *Revista Luso-Africana de Direito*, I, Lisboa, 1997, p. 151; PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Em demanda dos fundamentos de uma comunidade constitucional lusófona*, in AAVV, *Perspetivas Constitucionais*, II, Coimbra, 1997, pp. 11 e ss.

⁽²¹⁾ Numa visão mais radicalmente cética, de teor mais político do que propriamente jurídico-constitucional, em que inclusivamente se duvida do caráter democrático de alguns Estados Africanos de Língua Portuguesa, ao afirmar-se que “Nos Estados africanos, com especial relevo para os que foram dilacerados por guerras civis, ainda não completamente saradas, não existem ainda condições materiais para uma democracia praticada» (p. 61)”, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona*, in AAVV, *75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, pp. 55 e ss.

⁽²²⁾ Sobre os direitos fundamentais da CB, v. ODACIR SOARES, *A nova Constituição — comentários*, Brasília, 1988, pp. XII e ss.; J. CRETTELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição de 1988*, I, São Paulo, 1989, pp. 178 e ss.; PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, I, São Paulo, 1989, pp. 59 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 245 e ss.; CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso...*, pp. 173 e ss.; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso...*, pp. 287 e ss.; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso...*, pp. 189 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, pp. 235 e 236; ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, pp. 60 e ss.; INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9.^a ed., Porto Alegre, 2007, pp. 73 e ss.; GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 3.^a ed., São Paulo, 2008, pp. 231 e ss.

⁽²³⁾ Como sucede com a regra da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, nos termos do art. 5.^o, § 1.^o, da CB.

⁽²⁴⁾ Cumpre, a este propósito, realçar a importância do Título II, que nos seus arts. 5.^o e ss. estabelece os diversos preceitos sobre a matéria.

⁽²⁵⁾ O art. 5.^o, inciso LXXII, prescreve que “conceder-se-á *habeas-data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de

III. Em matéria de organização do Estado, é mantido o modelo federal, adotado logo com o segundo texto constitucional republicano, estabelecendo-se quatro categorias de entidades⁽²⁶⁾ dotadas de poder político⁽²⁷⁾:

- a *União* (Estado Federal ou Federação), que é a entidade política suprema, titular do poder constituinte máximo e federal;
- os *Estados* (federados), que são 26 e com as respectivas Constituições;
- o *Distrito Federal* (equiparado a Estado federado), que é uma entidade político-administrativa autónoma com vista a assegurar a neutralidade da sede dos órgãos federais;
- os *Municípios*, que são uma espécie de regiões, com amplos poderes administrativos, mas igualmente político-legislativos.

Há uma rigorosa separação entre as competências estaduais e as competências federais, ainda que com a proeminência da componente do poder federal, num federalismo que tem muito de centralista⁽²⁸⁾.

IV. No tocante à organização dos poderes do Estado, é seguida de perto a tripartição norte-americana, de tipo orgânico-funcional⁽²⁹⁾:

registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de carácter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

⁽²⁶⁾ Ainda que a CB admita a existência de Territórios Federais, os quais, nos termos do art. 18.º, § 2.º, da CB, “...integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar”, tendo o respetivo regime constitucional fixado no art. 33.º da CB.

⁽²⁷⁾ Dizendo-se no prómio do art. 18.º da CB que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autónomos, nos termos desta Constituição”.

⁽²⁸⁾ Discutindo a questão do federalismo, v. MARCELLO CAETANO, *Direito Constitucional...*, II, pp. 43 e ss.; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Organização do Estado brasileiro e as tendências do federalismo: simetria e assimetria*, in *O Direito*, ano 136.º, 2004, I, pp. 35 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, p. 237; ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, pp. 268 e ss.

⁽²⁹⁾ Sobre o sistema de governo na CB, sem esquecer o lastro histórico do presidencialismo brasileiro, v. MARCELLO CAETANO, *Direito Constitucional...*, II, pp. 154 e ss.;

- *o poder legislativo*: o Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal;
- *o poder executivo*: o Presidente, o Vice-Presidente e o Governo Federal;
- *o poder judiciário*: os diversos tribunais superiores, de entre eles se salientando o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

O poder legislativo é atribuído ao *Congresso Nacional*, um Parlamento de cunho bicameral, com dois órgãos, com competências próprias, mas principalmente com competências conjuntas, sendo a legislatura de quatro anos: a *Câmara dos Deputados*, constituída por Deputados em número proporcional aos cidadãos eleitores de cada Estado federado e do Distrito Federal onde decorre a respetiva eleição, com um mandato de quatro anos e não podendo ser superior a 513; e o *Senado Federal*, constituído por três senadores por cada Estado e pelo Distrito Federal, com um mandato de oito anos, num total de 81 senadores⁽³⁰⁾.

O poder executivo é protagonizado pelo *Presidente da República*, auxiliado pelos Ministros de Estado⁽³¹⁾. O Presidente da República é eleito, juntamente com o Vice-Presidente, para um mandato de 4 anos, sem possibilidade de segunda re-eleição. A CB prevê a existência de um Governo Federal, composto pelos Ministros, livremente escolhidos e demitidos pelo Presidente.

O poder judiciário, visto na lógica de uma estrutura federal, inclui as instâncias supremas do poder judiciário que se exerce acima do poder judiciário dos Estados federados, assim como outros tribunais que absorvem a totalidade da competência especializada que lhes é atribuída⁽³²⁾.

OMAR SEIXO KADRI, *O executivo legislador: o caso brasileiro*, Coimbra, 2004, pp. 63 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, pp. 237 e 238; ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, pp. 382 e ss. GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso...*, pp. 855 e ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. os arts. 44.º e ss. da CB.

⁽³¹⁾ Cfr. os arts. 76.º e ss. da CB.

⁽³²⁾ Cfr. os arts. 92.º e ss. da CB.

V. O sistema de governo brasileiro corresponde a um *presidencialismo imperfeito*, fortemente influenciado pelo texto constitucional norte-americano, mas sofrendo alguns desvios, que devem ser interpretados como suas relevantes atualizações.

Os traços fundamentais deste sistema de governo presidencial não são difíceis de identificar:

- a junção na mesma pessoa dos cargos de Chefe de Estado e de Chefe de Governo;
- a eleição por sufrágio universal e direto do Chefe de Estado;
- a subsistência independente dos poderes legislativo e executivo, não obstante os múltiplos pontos de contacto e de colaboração.

O caráter imperfeito do presidencialismo brasileiro cifra-se na figura, constitucionalmente autónoma, do Governo Federal, composto pelos Ministros de Estado, a quem o Presidente da República pode deferir competências executivas.

§ 3.º — A segunda vaga dos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa: os Estados Africanos Lusófonos

10. A evolução político-constitucional: do Socialismo à Democracia

I. Um dos principais objetivos da III República Democrática, implantada em Portugal a partir da Revolução de 25 de Abril de 1974, foi o da descolonização dos povos e territórios de África, durante vários séculos e até então colónias de Portugal, assim ganhando a sua legítima independência política, nas seguintes datas históricas⁽³³⁾:

⁽³³⁾ Sobre a evolução e caracterização geral dos sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa, v. JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, pp. 239 e ss.; ANTÓNIO ALBERTO NETO, *Instituições políticas e sistemas constitucionais nos países africanos de expressão portuguesa*, Luanda, 2003; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os sistemas político-constitucionais dos Estados Africanos de Língua Portuguesa*, in *Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa*, Coimbra, 2004, pp. 288 e ss., e *Sistemas constitucionais africanos de língua*

- Angola: 11 de Novembro de 1975;
- Cabo Verde: 5 de Julho de 1975;
- Guiné-Bissau: 24 de Setembro de 1973;
- Moçambique: 25 de Junho de 1975;
- São Tomé e Príncipe: 12 de Julho de 1975.

Essa é uma evolução político-constitucional que não permite surpreender uma única tendência, antes dois períodos bem distintos para a respetiva compreensão⁽³⁴⁾:

- *uma primeira era constitucional de I República Socialista (1975-1990)*; e
- *uma segunda era constitucional de II República Democrática (1990-....)*.

II. O contexto da descolonização portuguesa, no terreno da luta de libertação nacional e nos anos que se seguiram à Revolução dos Cravos de Portugal⁽³⁵⁾, foi politicamente dominada pela emer-

portuguesa: a caminho de um paradigma?, pp. 123 e ss.; FILIPE FALCÃO OLIVEIRA, *Direito Público Guineense*, Coimbra, 2005, pp. 95 e ss.; NUNO PIÇARRA, *A evolução do sistema de garantia da Constituição em Cabo Verde*, in *Direito e Cidadania*, ano VII, n.º 22, Praia, 2005, pp. 211 e ss.; CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, «*Missão civilizacional*» e *codificação de usos e costumes na doutrina colonial portuguesa (séculos XIX-XX)*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 33-34 (2004-2005), Milano, 2005, pp. 899 e ss.; LUÍSA NETO, *Trajectos de independência e consolidação da estrutura estadual nos países africanos de língua oficial portuguesa*, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Coimbra, 2005, pp. 563 e ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Unidade e diversidade nos actuais sistema jurídicos africanos*, in AAVV, *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos — Homenagem da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 2007, pp. 317 e ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os sistemas político-constitucionais...*, pp. 292 e ss.

⁽³⁵⁾ Quanto à importância da formação das elites africanas que levariam as colónias à independência política, v. BRAZÃO MAZULA, *Educação, cultura e ideologia em Moçambique: 1975-1985*, Porto, 1995, pp. 65 e ss.; DALILA CABRITA MATEUS, *A luta pela independência — a formação das elites fundadoras da FRELIMO, MPLA e PAIGC*, Mem Martins, 1999, pp. 43 e ss.; KENNETH MAXWELL, *A construção da Democracia em Portugal*, Lisboa, 1999, pp. 115 e ss.; GEORGE WRIGHT, *A destruição de um país — a política dos Estados Unidos para Angola desde 1945*, Lisboa, 2000, pp. 79 e ss.; ARISTIDES PEREIRA, *Uma luta, um partido, dois países*, 2.^a ed., Lisboa, 2002, pp. 73 e ss.; CARLOS VEIGA, *Cabral e a construção do Estado em Cabo Verde — uma apreciação crítica*, in *Direito e*

gência de formações partidárias e de ideologias marxistas, de direta inspiração soviética⁽³⁶⁾.

A esmagadora maioria dos movimentos de libertação nacional, que nas colónias combatiam as Forças Armadas Portuguesas que aguentavam, a custo, o domínio português na vigência da ditadura do Estado Novo, foi doutrinalmente influenciada pelos ideais comunistas, tal como eles foram desenvolvidos na antiga União Soviética (URSS), ainda que se assinalassem algumas originalidades ou outras proveniências, em qualquer caso com pesos sempre marginais.

Afora tudo o que essa motivação decerto representava de fé numa nova organização política e social, era verdade que, por detrás desses apoios, se encavalitava um escondido desejo de a URSS se expandir para os territórios que, em breve, deixariam de pertencer a Portugal.

No fervor dos acontecimentos revolucionários, em que dominava o Movimento das Forças Armadas, tendo sido a Revolução de Abril um golpe de Estado com a participação decisiva dos militares, até à legitimação dos novos órgãos de poder político por eleições democráticas, os ideais comunistas eram também prevaletentes, pelo que se facilitou uma conexão interna na concessão do poder, dentro dos novos Estados independentes, aos grupos de libertação que estavam afinados pelo mesmo diapasão do socialismo científico.

III. A análise comparada dos diversos sistemas constitucionais dos novos Estados Africanos de Língua Portuguesa revela tra-

Cidadania, ano VI, n.º 19, Janeiro a Abril de 2004, pp. 67 e ss.; FILIPE FALCÃO OLIVEIRA, *Direito Público...*, pp. 82 e ss.; PEDRO BORGES GRAÇA, *A construção da Nação em África*, Coimbra, 2005, pp. 175 e ss.

⁽³⁶⁾ Ainda que com a manutenção, até hoje, de importantes traves-mestras do Direito Privado, que se mantêm comuns a Portugal e aos Estados Africanos de Língua Portuguesa.

Cfr. o exemplo de Moçambique em relação aos Códigos Civil, Penal e Comercial, embora o segundo só até certo ponto: JORGE BACELAR GOUVEIA, SUSANA BRASIL DE BRITO e ARÃO FEIJÃO MASSANGAI, *Código Civil e Legislação Complementar*, 2.ª ed., Maputo, 2000; JORGE BACELAR GOUVEIA e EMÍDIO RICARDO NHAMISSITANE, *Código Penal e Legislação Penal*, 2.ª ed., Maputo, 2000; JORGE BACELAR GOUVEIA e LÚCIA DA LUZ RIBEIRO, *Código Comercial e Legislação Comercial*, 2.ª ed., Maputo, 2000.

ços comuns, dentro daquela única fonte de inspiração, tanto político-ideológica como jurídico-constitucional:

- *o sistema social*: a prevalência dos direitos económicos e sociais, como instrumentos de “desalienação do homem”, em detrimento dos direitos e liberdades políticos e civis, num forte monismo ideológico e partidário;
- *o sistema económico*: a apropriação dos meios de produção, com a coletivização da terra, que passou a ser propriedade do Estado, e a planificação imperativa da economia;
- *o sistema político*: a concentração de poderes no órgão parlamentar de cúpula, com a omnipresença do partido único e a sua localização paralela em todas as estruturas do Estado.

IV. *A primeira fase* na evolução político-constitucional dos Estados africanos de língua portuguesa durou cerca de uma década e meia, sendo ainda possível nela divisar períodos diferenciados⁽³⁷⁾:

- *1.º período*: o período inicial de implantação das estruturas dos Estados agora independentes, com o retorno de muitos portugueses e a sua reorganização interna;
- *2.º período*: o período intermédio de organização política e social segundo o modelo de inspiração soviética, com a intensificação da cooperação com os países do bloco comunista, principalmente a URSS, Cuba e a República Democrática Alemã; e
- *3.º período*: o período final de progressiva crise económica, com o recrudescimento dos conflitos políticos inter-

⁽³⁷⁾ Período que não ocorreu sem que se sentissem também inúmeras dificuldades de natureza jurídica, na transição do Direito Português, colonialmente aplicável, para o novo Direito dos Estados Independentes. V., a este propósito, o problema do regime jurídico aplicável ao casamento nestes novos Estados, tanto na sua aceção religiosa, como na sua aceção civil.

Para o caso moçambicano, cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A relevância civil do casamento católico*, in *Africana*, n.º 14, Porto, 1994, pp. 155 e ss.

nos, nalguns casos — Angola e Moçambique — degenerando em sangrentas guerras civis.

V. Esta primeira onda de textos constitucionais de inspiração soviética, com base na doutrina do marxismo-leninismo, não resistiria à queda dos regimes comunistas, um pouco por toda a parte, simbolizado e iniciado pelo derrube do Muro de Berlim, em Dezembro de 1989.

Naturalmente que esse fenómeno — de certa sorte há muito tempo larvar e apenas esperando um momento de rastilho político e social — se projetaria nos Estados africanos em questão, praticamente desde o seu início. É mesmo impressionante a facilidade com que os respetivos sistemas políticos se organizaram com vista à superação do paradigma soviético.

Também se pode dizer que a avaliação das economias e das sociedades desses Estados de Língua Portuguesa revelava já um elevado mal-estar com a aplicação do modelo soviético, que fracassaria, pelo menos, por duas razões fundamentais:

- *pelo carácter informal das sociedades africanas*, até certo ponto incompatível e avesso à rigidez e disciplina conatu-rais à antiga estruturação burocrática soviética;
- *pelo centralismo político-ideológico que decorria das doutrinas administrativas soviéticas*, abafando as comunidades locais e, na cúpula, combatendo as suas mais diversas expressões, como os Direitos consuetudinários locais.

VI. Do ponto de vista constitucional, a substituição dos antigos textos constitucionais fez-se através de *transições constitucionais*, que consistiram na criação de novos textos, mas aproveitando os procedimentos de revisão constitucional anteriormente estabelecidos. A passagem às novas ordens constitucionais em todos estes Estados fez-se sempre de uma forma pacífica, sem revoluções ou ruturas formais.

Por outra parte, igualmente sucedeu que na maioria dos Estados a aprovação de novos documentos constitucionais se ficou a dever aos parlamentos monopartidários que tinham sido escolhidos no tempo da I República totalitária, quase não tendo havido textos

constitucionais fruto de uma discussão pluripartidária nos novos parlamentos eleitos.

A principal exceção que importa referir é a de Cabo Verde, que aprovaria uma nova Constituição, em 1992, já em sistema pluripartidário. Nos outros casos, as novas Constituições foram depois pontualmente revistas, para se adequarem aos processos de pacificação interna, em contexto pluripartidário.

VII. Em alguns dos Estados africanos de língua portuguesa registaram-se ainda conflitos armados internos, guerras civis já no período da independência, que opuseram os governos constituídos, bem como os respetivos partidos únicos, às oposições armadas, numa confrontação nítida do ponto de vista político-ideológico a respeito da opção constitucional adotada.

A situação de Angola foi a que se prolongaria mais tempo, continuando mesmo depois de implantada uma nova ordem constitucional democrática, só tendo terminado em 2002.

Em Moçambique, a situação de guerra civil duraria menos tempo e terminaria em 4 de Outubro de 1992, data da assinatura, em Roma, do Acordo Geral de Paz entre o Governo/Frelimo e a Renamo.

11. A caracterização político-constitucional geral da atual II República

I. Feito este breve percurso acerca da evolução jurídico-constitucional dos Estados Africanos de Língua Portuguesa, importa agora deles extrair um conjunto de traços distintivos, cumprindo referir estes tópicos fundamentais:

- *as fontes constitucionais;*
- *os princípios fundamentais;*
- *os direitos fundamentais;*
- *a organização económica;*
- *a organização política; e*
- *a revisão da Constituição.*

II. De um prisma geral, pode afirmar-se, sem qualquer reboço, que os atuais textos constitucionais dos Estados Africanos de Língua Portuguesa espelham a influência da CRP, tanto no estilo adotado quanto na sistematização seguida.

Essa influência é extensível a algumas das instituições jurídico-constitucionais que foram escolhidas, o que se compreende dada a presença de jurisconsultos portugueses na respetiva elaboração, bem como a proximidade cultural de muitos dos juristas destes novos Estados, que entretanto se foram formando nas Faculdades de Direito de Portugal.

Este facto desvenda outra nota bem mais impressiva: é que foi com a II República que se reatou uma ligação interrompida nos tempos das independências, afastamento relativamente ao Direito Português que determinou a adesão a um outro sistema de Direito, de inspiração soviética.

III. Ao nível das opções gerais de Direito Constitucional, verifica-se uma grande comunhão em torno dos *grandes princípios constitucionais*:

- o *princípio republicano*, sendo a república a forma institucional de governo preferida, com a eleição direta do Chefe de Estado;
- o *princípio do Estado de Direito*, de acordo com todas as suas exigências de certeza e segurança, de igualdade e de separação de poderes;
- o *princípio democrático*, com a existência de eleições periódicas, nas quais participam os cidadãos, num sufrágio que é universal, direto e secreto;
- o *princípio do Estado unitário*, uma vez que os Estados são unitários, tendo sido rejeitados os esquemas propostos de federalismo, embora atenuado por alternativas de regionalismo político-legislativo, ainda que de índole parcial;
- o *princípio social*, reconhecendo ao Estado um papel de intervenção na prestação de direitos económicos e sociais;

- o *princípio internacional*, em que a soberania estadual não impede a inserção externa dos Estados, ao nível de diversas organizações internacionais.

IV. Em matéria de *direitos fundamentais*, é de frisar que todos os textos constitucionais contêm extensas listagens de direitos fundamentais, que ficam assim a integrar as primeiras partes das respetivas Constituições.

Só que essa conceção de direitos fundamentais é heterogénea porque não bebe apenas da teoria liberal, antes reflete a presença de outras conceções de direitos fundamentais, como as teorias social e democrática.

O elenco dos direitos fundamentais consagrado é reforçado pela presença de importantes regras que orientam os termos da intervenção do legislador ordinário, subordinando efetivamente os outros poderes públicos — o legislativo, o executivo e o judicial — aos respetivos comandos.

O sistema constitucional de direitos fundamentais nem sequer se pode considerar um sistema fechado, mas antes aberto: quer pelo apelo a direitos fundamentais atípicos, quer pelo apelo à Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), esclarece-se que a respetiva tipologia é unicamente exemplificativa, e não taxativa.

V. Relativamente à organização económica, beneficiando de importantes normas constitucionais, acolhe-se um *sistema capitalista de mercado* e definitivamente se abandonaria a planificação imperativa da economia.

Simplemente, a passagem à II República nos Estados Africanos de Língua Portuguesa não se faria sem que algumas das instituições da I República se conservassem, num debate que está longe de terminar:

- *conservou-se a propriedade pública da terra*, globalmente nacionalizada aquando da independência, embora o Estado possa conceder o direito de uso da mesma;
- *limitou-se o investimento estrangeiro*, numa tendência que tem vindo a atenuar-se, à medida que a capacidade de

intervenção e os interesses de grupos económicos estrangeiros tem vindo a aumentar.

VI. Na sua leitura formal, todos os sistemas políticos africanos de língua portuguesa partem de uma visão dinâmica dos órgãos do poder público, com a intervenção efetiva do Chefe de Estado, do Parlamento e do Executivo.

No entanto, não só por ligeiras diferenças textuais quanto sobretudo por divergências interpretativas, a evolução desses sistemas tem apontado em direções distintas:

- *numa direção parlamentarizante*, sendo hoje já um parlamentarismo racionalizado, em Cabo Verde;
- *numa direção presidencializante*, em Angola, Guiné-Bissau e Moçambique, sendo o Presidente da República o chefe efetivo do Governo, apesar de existir, mas com escassa autonomia política, a figura do Primeiro-Ministro;
- *numa direção semipresidencial*, São Tomé e Príncipe, ainda que ironicamente aqui o Chefe de Estado detenha competências executivas em matéria de defesa e de relações externas⁽³⁸⁾.

VII. A revisão dos textos constitucionais corresponde a uma característica comum, que é a da hiper-rigidez das Constituições dos Estados Africanos de Língua Portuguesa.

Na sua alteração, os textos constitucionais submetem-se a regras próprias, que afastam o respetivo procedimento dos esquemas gerais de aprovação da legislação ordinária:

- *os limites orgânicos*: concentrando a aprovação exclusivamente nos órgãos parlamentares, poder legislativo não partilhado com outros órgãos legislativos;
- *os limites procedimentais*: exigindo a aprovação das alterações constitucionais por maioria de 2/3 dos Depu-

⁽³⁸⁾ Cfr. os diversos textos publicados em AAVV, *O Semi-Presidencialismo e o Controlo da Constitucionalidade na África Lusófona* (ed. de ARMANDO MARQUES GUEDES), in *Negócios Estrangeiros*, número especial 11.4, Outubro de 2007, pp. 6 e ss.

tados, assim obrigando a um maior empenhamento democrático;

- *os limites temporais*: impondo que a revisão constitucional só possa ser feita de cinco em cinco anos;
- *os limites materiais*: forçando a que a revisão constitucional não ponha em causa certas matérias, valores ou princípios, considerados como o “bilhete de identidade” dos textos constitucionais;
- *os limites circunstanciais*: proibindo a revisão constitucional durante a vigência do estado de exceção.

12. Descrição breve dos Direitos Constitucionais Africanos de Língua Portuguesa

I. Mas interessa focar de perto as características que é possível encontrar em cada um dos Direito Constitucionais dos Estados Africanos de Língua Portuguesa, afigurando-se útil que possamos vislumbrar cada um deles, assinalando as suas particularidades.

São eles:

- Angola;
- Cabo Verde;
- Guiné-Bissau;
- Moçambique; e
- São Tomé e Príncipe.

II. De todos estes Estados, foi Angola o último a alcançar uma situação de paz, real desde 2002, aquando da cessação de hostilidades por parte do grupo rebelde UNITA, na sequência da morte do seu líder⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ Sobre o Direito Constitucional de Angola em geral, v. RUI FERREIRA, *A democratização dos poderes públicos nos países da África Austral*, Coimbra, 1995; RAUL ARAÚJO, *Os sistemas de governo de transição nos PALOP*, Coimbra, 1996, e *O Presidente da República no Sistema Político de Angola*, Luanda, 2009; ADÉRITO CORREIA e BORNITO

O certo é que o novo sistema constitucional angolano foi edificado há mais de uma década, na altura em que se conseguiu um outro cessar-fogo, depois dos Acordos de Bicesse, e foi possível realizar as primeiras eleições gerais no país, presidenciais e legislativas.

O advento desse período foi marcado pela aprovação de uma nova Lei Constitucional em 1992 (LCA)⁽⁴⁰⁾, precisamente destinada a acomodar o novo regime democrático emergente, bem como pela elaboração de numerosas leis ordinárias, destinadas a garantir um ambiente de pluripartidarismo.

Contudo, este clima político não vigoraria mais do que algumas semanas após a realização das eleições de Setembro de 1992, pois que se reiniciaria a guerra civil, nunca a UNITA tendo aceitado os resultados eleitorais.

Em Fevereiro de 2010, e depois de várias vicissitudes, seria finalmente aprovada a Constituição de Angola, texto definitivo que veio substituir a Lei Constitucional de 1992⁽⁴¹⁾.

III. Cabo Verde tem a singularidade de ter sido o Estado que mais rapidamente transitaria para a democracia e onde, no plano prático, mais se tem registado a alternância democrática, já tendo os seus dois grandes partidos formado maiorias parlamentares e governamentais.

A sua primeira Constituição, de cunho provisório, seria aprovada em 1975, com o nome de Lei da Organização Política do Estado, e, em 1980, adotar-se-ia um texto constitucional defini-

DE SOUSA, *Angola — História Constitucional*, Coimbra, 1996, pp. 11 e ss.; CARLOS MARIA FEIJÓ, *Problemas actuais de Direito Público Angolano — contributo para a sua compreensão*, Lisboa, 2001, pp. 13 e ss., e *O Novo Direito da Economia de Angola — Legislação Básica*, Coimbra, 2005, pp. 7 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Introdução ao Direito Constitucional de Angola*, Luanda, 2002, pp. 48 e ss., e *Segredo de Estado e Lei Constitucional em Angola*, in *Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa*, Coimbra, 2004, pp. 237 e ss.; AAVV, *A descentralização em Angola*, Luanda, 2002; WLADIMIR BRITO, *O presidencialismo como sistema de governo adequado para Angola*, in *Direito e Cidadania*, ano V, n.º 18, Setembro a Dezembro de 2003, pp. 153 e ss.; FILIPE FALCÃO OLIVEIRA, *Direito Público...*, pp. 99 e ss.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. o respetivo texto em JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados de Língua...*, pp. 363 e ss.

⁽⁴¹⁾ Cfr. o respetivo texto publicado no *Diário da República* de Angola, de 5 de Fevereiro de 2010.

tivo, numa inspiração no modelo soviético, que seria a Constituição de 5 de Setembro de 1980⁽⁴²⁾.

A atual Constituição, de 25 de Setembro de 1992 (CCV), só seria aprovada depois de um período de abertura política, no qual a respetiva redação se realizou em clima de efetivo pluripartidarismo⁽⁴³⁾, amplamente efetivada pela LC n.º 2/III/90, de 28 de Setembro.

Este documento não se conserva mais na sua versão original e já foi objeto de diversas alterações, as quais se destinaram a aperfeiçoar o parlamentarismo e a intervenção dos cidadãos nos referendos e nas iniciativas legislativas populares⁽⁴⁴⁾, assim como a melhorar o sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade então introduzido⁽⁴⁵⁾.

IV. A Guiné-Bissau tem vivido, nos últimos anos, sucessivos momentos de agitação e de instabilidade, motivados por alguns golpes de Estado.

A evolução político-institucional da Guiné-Bissau tem a particularidade de ter antecedido o resultado da Revolução Portuguesa de 25 de Abril de 1974, porquanto a sua independência chegou a ser proclamada em 24 de Setembro de 1973, em Madina de Boé, texto constitucional que depois seria retomado com a concessão da independência formal⁽⁴⁶⁾.

(42) Cfr. MÁRIO RAMOS PEREIRA DA SILVA, *O regime dos direitos sociais na Constituição Cabo-Verdiana de 1992*, Coimbra, 2002, pp. 71 e ss.; NUNO PIÇARRA, *A evolução do sistema...*, pp. 2 e ss.

(43) Cfr. o respetivo texto em JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados de Língua...*, pp. 283 e ss.

(44) Sobre o Direito Constitucional de Cabo Verde em geral, v. LUÍS MENDONÇA, *O regime político de Cabo Verde*, in *Revista de Direito Público*, II, n.º 3, Janeiro de 1988, pp. 7 e ss.; JORGE CARLOS FONSECA, *O sistema de governo na Constituição Cabo-Verdiana*, Lisboa, 1990, pp. 41 e ss.; WLADIMIR BRITO, *A revisão da Constituição de 1992*, in *Direito e Cidadania*, n.º 9, pp. 165 e ss.; MÁRIO RAMOS PEREIRA DA SILVA, *O regime dos direitos sociais...*, pp. 83 e ss.; JOEL HASSE FERREIRA, *Funcionamento e evolução do sistema político-constitucional de Cabo Verde*, in *Direito e Cidadania*, ano V, n.º 18, Setembro de Dezembro de 2003, pp. 145 e ss.; CARLOS VEIGA, *Cabral e a construção...*, pp. 84 e ss.; FILIPE FALCÃO OLIVEIRA, *Direito Público...*, pp. 95 e ss.; NUNO PIÇARRA, *A evolução do sistema...*, pp. 212 e ss.

(45) Cfr. NUNO PIÇARRA, *A evolução do sistema...*, pp. 222 e ss.

(46) Com importantes contributos sobre a evolução constitucional da Guiné-Bissau, desde esta fase dos primórdios da sua independência, v. ANTÓNIO E. DUARTE SILVA,

O atual texto constitucional (CGB), alcançado depois de uma revisão profunda ocorrida entre 1991 e 1993, é o terceiro da história deste Estado porque em 1980 haveria um golpe de Estado e, após um interregno revolucionário de 4 anos, se elaboraria uma nova Constituição, em 1984⁽⁴⁷⁾, sem que a nova Constituição de 1980 tivesse chegado a vigorar⁽⁴⁸⁾.

A Constituição de 1993⁽⁴⁹⁾, apenas pontualmente revista em aspetos secundários, já contou com inúmeras tentativas de revisão geral, mas todas naufragaram, quer pela ausência de acordo parlamentar, quer pela ausência de vontade do Presidente da República⁽⁵⁰⁾ de promulgá-las⁽⁵¹⁾.

V. Moçambique, sendo outro dos dois grandes Estados Africanos de Língua Portuguesa, tem sido referido como um caso de sucesso na efetivação de uma negociação internacional de paz.

A sua independência foi alcançada em 25 de Junho de 1975 e é dessa altura a entrada em vigor da sua primeira Constituição, que vigoraria até 1990, apenas com pontuais alterações.

Nessa altura, um segundo texto constitucional viria a ser aprovado, a então Constituição de 1990⁽⁵²⁾, a qual sofreu algumas revisões constitucionais limitadas:

A independência da Guiné-Bissau e a descolonização portuguesa, Porto, 1997, pp. 63 e ss.; FILIPE FALCÃO OLIVEIRA, *Direito Público...*, pp. 109 e ss.

(47) Ainda que esta mesma Constituição Guineense se auto-declare como sendo de 1984.

(48) Cfr. FILIPE FALCÃO OLIVEIRA, *Direito Público...*, pp. 116 e ss.

(49) Cfr. o respetivo texto em JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados de Língua...*, pp. 397 e ss.

(50) Cfr. FILIPE FALCÃO OLIVEIRA, *Direito Público...*, pp. 122 e ss.

(51) Sobre o Direito Constitucional da Guiné-Bissau em geral, v. PAULO DE SOUSA MENDES, *Princípios constitucionais de organização judiciária*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, n.º 1, Novembro de 1992, pp. 23 e ss.; JORGE REIS NOVAIS, *Tópicos de Ciência Política e Direito Constitucional Guineense*, Lisboa, 1996, pp. 89 e ss.; ANTÓNIO E. DUARTE SILVA, *Formação e estrutura da Constituição de 1984*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, n.º 4, Março de 1997, pp. 153 e ss., e *A independência da Guiné-Bissau...*, pp. 139 e ss.; LUÍS BARBOSA RODRIGUES, *Constituição e legislação complementar*, Bissau, 1994, pp. 5 e ss., e *A transição constitucional guineense*, Lisboa, 1995, pp. 25 e ss., pp. 57 e ss., e pp. 103 e ss.; EMÍLIO KAFFT KOSTA, *O constitucionalismo guineense e os limites materiais de revisão*, Lisboa, 1997, pp. 187 e ss.; FILIPE FALCÃO OLIVEIRA, *Direito Público...*, pp. 105 e ss., e pp. 125 e ss.

(52) Cfr. o respetivo texto, bem como outra legislação constitucional complemen-

- em 1993, foram alterados os artigos atinentes aos partidos e ao regime de candidatura a Presidente da República, na sequência do Acordo Geral de Paz, assinado no ano anterior;
- em 1996, foi reformulado o capítulo atinente ao poder local, no sentido de evitar dúvidas de constitucionalidade em relação à nova legislação autárquica entretanto produzida;
- em 1998, foi alterada uma das competências do Conselho Constitucional, órgão judicial com funções de controlo da constitucionalidade⁽⁵³⁾.

Desde o início de 2005, coincidindo com a tomada de posse dos novos titulares dos órgãos eleitos — o Presidente da República

tar, em JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*, 1.^a ed., Coimbra, 2003, pp. 305 e ss., e *Legislação de Direito Constitucional*, Maputo, 1994, pp. 54 e ss.

⁽⁵³⁾ Sobre o Direito Constitucional de Moçambique em geral, v. JOSÉ ÓSCAR MONTEIRO, *Poder e Democracia*, in *Revista de Direito Público*, III, n.º 6, Julho-Dezembro de 1989, pp. 29 e ss.; MARCUS GUADAGNI, *Introdução ao Direito Moçambicano — 9 Direito Constitucional*, Maputo, 1990; JORGE MIRANDA, *Sobre o anteprojecto da Constituição de Moçambique*, in *O Direito*, ano 123.º, I, Janeiro-Março de 1991, pp. 197 e ss.; JOSÉ NORBERTO CARRILHO e EMÍDIO RICARDO NHAMISSITANE, *Alguns aspetos da Constituição*, Maputo, 1991; FERNANDO JOSÉ FIDALGO DA CUNHA, *Democracia e divisão de poder — uma leitura da Constituição Moçambicana*, Maputo, s. d., pp. 58 e ss.; GILLES CISTAC, *O Direito Eleitoral Moçambicano*, Maputo, 1994, pp. 11 e ss., *Poder legislativo e poder regulamentar na Constituição da República de Moçambique de 30 de Novembro de 1990*, in *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane*, 1996, I, pp. 8 e ss., e *O Tribunal Administrativo de Moçambique*, Maputo, 1997, pp. 80 e ss.; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Contencioso administrativo e Estado de Direito*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXXVI, n.º 2 de 1995, pp. 450 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *A relevância civil...*, pp. 175 e ss., *O princípio democrático no novo Direito Constitucional Moçambicano*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXXVI, n.º 2, pp. 459 e ss., *As autarquias locais e a respectiva legislação — um enquadramento geral*, in AAVV, *Autarquias Locais em Moçambique — antecedentes e regime jurídico*, Lisboa/Maputo, 1998, pp. 81 e ss., e *Reflexões sobre a próxima revisão da Constituição Moçambicana de 1990*, Maputo, 1999, pp. 5 e ss.; VITALINO CANAS, *O sistema de governo moçambicano na Constituição de 1990*, in *Revista Lusó-Africana de Direito*, I, Lisboa, 1997, pp. 167 e ss.; JOÃO ANDRÉ UBISSE GUENHA, *Os sistemas eleitorais em Moçambique*, in *Revista Lusó-Africana de Direito*, I, 1997, pp. 223 e ss.; AMÉRICO SIMANGO, *Introdução à Constituição Moçambicana*, Lisboa, 1999, pp. 53 e ss.; FILIPE FALCÃO OLIVEIRA, *Direito Público...*, p. 100.

e a Assembleia da República — está em vigor em Moçambique o seu terceiro texto constitucional, aprovado em 16 de Novembro de 2004 (CM)⁽⁵⁴⁾, não apresentando mudanças sensíveis em relação ao texto precedente, não sendo uma verdadeira e própria nova Constituição material, antes uma mera revisão da Constituição de 1990.

VI. São Tomé e Príncipe, o mais pequeno dos Estados de Língua Portuguesa, tem atravessado sucessivos períodos de crise económica e social, tendo tais períodos provocado situações de alguma agitação política.

A independência foi alcançada em 12 de Julho de 1975, mas o respetivo texto constitucional só entraria em vigor algum tempo depois, tendo sido aprovado em 5 de Novembro desse mesmo ano, na sua Assembleia Constituinte, texto que posteriormente seria objeto de pequenas revisões.

A atual Constituição foi aprovada em 1990 (CSTP)⁽⁵⁵⁾ e foi a única, de todos os Estados Africanos de Língua Portuguesa, que se sujeitou a um procedimento de referendo popular.

Depois de muitas propostas e de outras tantas disputas, aquele texto constitucional foi finalmente alvo de uma apreciável revisão constitucional — até agora a única feita em 16 anos — e que teve o mérito de corrigir muitas das soluções iniciais, melhorando-o substancialmente, como sucedeu nas matérias da fiscalização da constitucionalidade e do regime de revisão constitucional⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Publicado no *Boletim da República* de Moçambique, I Série, n.º 51, de 22 de Dezembro de 2004, pp. 543 e ss., e em JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados de Língua...*, pp. 465 e ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. o respetivo texto em JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados de Língua...*, pp. 249 e ss.

⁽⁵⁶⁾ Sobre o Direito Constitucional de São Tomé e Príncipe em geral, v. ARMANDO M. MARQUES GUEDES, N'GUNU TINY, RAVI AFONSO PEREIRA, MARGARIDA DAMIÃO FERREIRA e DIOGO GIRÃO, *Litígios e legitimação — Estado, Sociedade Civil e Direito em S. Tomé e Príncipe*, Coimbra, 2002, pp. 50 e ss., e pp. 121 e ss.

§ 4.º — A terceira vaga dos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa: Timor-Leste

13. O novo Estado de Timor-Leste

I. O Estado de Timor-Leste nasceu no dia 20 de Maio de 2002, depois de muitas e complexas vicissitudes⁽⁵⁷⁾. Mas com esse acontecimento se registou paralelamente um outro, da maior importância: o aparecimento de uma Constituição, a primeira da vida desse Estado (CTL)⁽⁵⁸⁾.

Eis uma das diversas possibilidades para a segregação do poder constituinte, que vem a ser um dos sinais específicos da realidade estadual: para que se possa falar de Constituição, é sempre forçoso estarmos perante a realidade estadual.

Daí que este não seja um momento qualquer, mas antes um momento duplamente constituinte:

- *constituente de um Estado*, que agora vê a luz do dia e assim se apresenta na sociedade internacional; e
- *constituente de uma Ordem Jurídica*, porque esse Estado se auto-adorna de um texto constitucional, que passará a reger os seus destinos fundamentais.

II. Claro que isso nem sempre assim sucedeu, pelo menos considerando a história dos Estados até ao Constitucionalismo: até ao século XVIII — e, portanto, antes do surgimento das Constituições contemporâneas — já havia Estados, alguns multisseculares, como Portugal, que não ostentavam qualquer estrutura constitucional moderna.

⁽⁵⁷⁾ Segundo o art. 170.º da Constituição de Timor-Leste (CTL), “A Constituição da República Democrática de Timor-Leste entra em vigor no dia 20 de Maio de 2002”, embora o texto tenha sido aprovado em 22 de Março desse mesmo ano pela Assembleia Constituinte.

⁽⁵⁸⁾ Sobre a situação político-constitucional de Timor-Leste em geral, nas suas diversas implicações, AAVV, *The East Timor Problem and the Role of Europe*, (ed. PEDRO PINTO LEITE), Lisboa, 1998, *passim*; JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, p. 244; JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição de Timor-Leste*, in *Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa*, Coimbra, 2004, pp. 305 e ss.; FILIPE FALCÃO OLIVEIRA, *Direito Público...*, p. 102.

Naturalmente que, coincidindo o nascimento de um Estado com a aprovação do seu primeiro texto constitucional, o Estado permanece o mesmo perante a necessidade de mudar esse texto constitucional.

Só que os textos constitucionais não são tão perenes como as realidades estaduais e, diferentemente destas, destinam-se a traduzir um projeto de Direito que se julga apropriado para a situação histórico-cultural em que surge.

III. Se é verdade que a realidade político-estadual de Timor-Leste se consumou com a declaração da independência política, bem como com a concomitante aprovação de um texto constitucional fundacional, não é menos verdade que a realidade cultural e social de Timor-Leste já muito anteriormente lhe subjazia⁽⁵⁹⁾.

Desde que há memória do território, ele emergiu no seio dos Descobrimentos Portugueses do Oriente, tendo permanecido durante muito tempo como possessão ultramarina, muito para além da perda progressiva de outros territórios, ora em favor de Estados vizinhos, ora dando origem a novos Estados.

A última descolonização portuguesa, ocorrida na sequência da Revolução de 25 de Abril de 1974 em Portugal, foi um momento crucial na evolução política e social de Timor-Leste, pois que logo depois o território seria anexado pela Indonésia, a grande potência vizinha, e deixando de fazer parte do território português⁽⁶⁰⁾.

IV. Somente na década de noventa — e depois de diversos massacres perpetrados contra o povo maubere — se desenhariam os passos que conduziriam, em definitivo, à ereção de Timor-Leste a Estado independente, não obstante todo o esforço desde aquela

(59) Com um interessante percurso acerca desta vertente histórico-jurídica do território de Timor-Leste, v., por todos, MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2.º suplemento, Lisboa, 2001, pp. 569 e ss.

Para uma visão mais atual, partindo da práxis política, v. MARI ALKATIRI, *Timor-Leste — o caminho do desenvolvimento*, 2.ª ed., Lisboa/Porto/Coimbra, 2008, pp. 3 e ss.

(60) Como se dizia numa anterior versão da CRP, através do seu antigo art. 293.º, n.º 1, “Portugal continua vinculado às responsabilidades que lhe incumbem, de harmonia com o Direito Internacional, de promover e garantir o direito à autodeterminação e independência de Timor-Leste”, preceito que, porém, continha uma norma que entretanto caducou.

primeira hora protagonizado por Portugal no sentido de lhe propiciar a autodeterminação⁽⁶¹⁾.

Mercê de uma favorável conjugação de circunstâncias de política internacional, mas também graças a um porfiado esforço de resistência interna contra a ocupação indonésia, bem como ao empenhamento do Estado Português, foi possível estabelecer um procedimento de referendo internacional, dirigido pela Organização das Nações Unidas, que teve como resultado a opção pela independência política do território e, conseqüentemente, a proclamação de um novo Estado.

14. A Constituição de Timor-Leste de 2002

I. O texto constitucional timorense não é dos mais extensos no conjunto das Constituições de Língua Portuguesa, contando com 170 artigos, que se distribuem pelas seguintes sete partes, antecedidas por um preâmbulo:

Parte I — *Princípios fundamentais*

Parte II — *Direitos, deveres, liberdades e garantias fundamentais*

Parte III — *Organização do poder político*

Parte IV — *Organização económica e financeira*

Parte V — *Defesa e segurança nacionais*

Parte VI — *Garantia e revisão da Constituição*

Parte VII — *Disposições finais e transitórias*

As opções sistemáticas do texto constitucional timorense, não contendo qualquer peculiar originalidade digna de registo, não deixam de se inscrever nas tendências mais recentes de se dar primazia aos aspetos materiais sobre os aspetos organizatórios na orde-

(61) O que bem se atesta pelas sucessivas resoluções que foram aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas sob a iniciativa de Portugal.

Para a consulta desses textos, v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Timor-Leste — textos jurídicos fundamentais*, 2.^a ed., Lisboa, 1993, pp. 11 e ss.

nação das matérias, bem como à inserção de importantes incisos a respeito de questões económicas e sociais que hoje nenhum texto constitucional pode lucidamente ignorar.

Cumpra também assinalar o relevo dado, sendo assim erigida a parte própria, à matéria da defesa e segurança, no que não terá sido alheio o recente percurso histórico-político do povo e do território de Timor-Leste, o mesmo igualmente se dizendo dos princípios fundamentais, que se apresentam numa parte inicial, sistematicamente autonomizada.

Do ponto de vista da técnica legislativa, nota-se a conveniente opção pela colocação de epígrafes em todos os artigos, permitindo um compulsar mais fácil do articulado constitucional, para além da adoção da organização dos preceitos nos termos da tradição jurídica portuguesa e não seguindo outros esquemas estrangeiros, que foram assim — e, a nosso ver, bem — rejeitados.

II. A elaboração do texto da CTL foi levada a cabo, após a decisão referendária no sentido da independência, no âmbito de uma assembleia constituinte, especificamente eleita para o efeito em 30 de Agosto de 2001, cujos trabalhos duraram vários meses.

Mas seria em 22 de Março de 2002 que ocorreria o ato final de aprovação do texto final dessa Constituição, que entrou em vigor em 20 de Maio de 2002.

O sistema selecionado assentou na legitimidade popular quanto à elaboração do texto da Constituição, embora de acordo com critérios que vieram depois a ser convalidados pelo novo Estado nascente.

O texto da CTL é ainda antecedido de um extenso preâmbulo, que pode decompor-se de vários conteúdos e que, por isso mesmo, se afigura de grande importância para uma primeira contextualização do novo Direito Constitucional Timorense.

Não fazendo formalmente parte do articulado do texto constitucional, sendo por isso desprovido de força dispositiva, o preâmbulo da CTL tem um inegável interesse histórico e hermenêutico:

- *histórico* porque apresenta uma visão oficial acerca dos acontecimentos que estiveram na génese do Estado, ainda que a verdade histórica não possa ser decretada, assim

sendo um de entre outros possíveis contributos para a respetiva dilucidação;

- *hermenêutico* porque representa uma intervenção textual do legislador constituinte, com potencialidades explicativas que, em certos casos, vão sempre para além de um texto meramente articulado, como se tem reconhecido na técnica dos textos arrazoados.

III. Mesmo tendo sido aprovada tão recentemente, o texto da CTL — até para ganhar uma maior longevidade — não poderia deixar de equacionar os termos da sua própria revisão.

A opção fundamental tomada foi a de se adotar um texto constitucional *hiper-rígido*, com a consagração de diversos limites à segregação do poder de revisão constitucional⁽⁶²⁾:

- *os limites orgânicos*: a revisão fica exclusivamente a cargo do Parlamento Nacional⁽⁶³⁾;
- *os limites procedimentais*: as alterações ao texto constitucional devem ser aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções⁽⁶⁴⁾;
- *os limites temporais*: a revisão ordinária da Constituição só pode ser feita de seis em seis anos, embora se admita a revisão extraordinária, desde que o órgão competente assuma poderes constitucionais por votação de, pelo menos, quatro quintos dos Deputados em efetividade de funções⁽⁶⁵⁾;
- *os limites materiais*: há um conjunto bastante vasto de matérias que não podem ser objeto de revisão constitucional⁽⁶⁶⁾; e
- *os limites circunstanciais*: a vigência do estado de exceção impede a prática de qualquer “...ato de revisão constitucional”⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶²⁾ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição...*, p. 310.

⁽⁶³⁾ Cfr. o art. 154.º da CTL.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. o art. 155.º, n.º 1, da CTL.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. o art. 154.º, n.ºs 2 e 4, da CTL.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. o art. 156.º da CTL.

⁽⁶⁷⁾ Art. 157.º da CTL.

É assim possível inserir este texto constitucional no elenco das Constituições hiper-rígidas: embora admitindo a sua revisão, apenas tal pode suceder em termos limitados, com respeito por um formalismo e por um conteúdo que se perpetua para além das revisões constitucionais.

IV. Não é possível neste momento efetuar uma pormenorizada análise do texto constitucional timorense, mas tão só realizar a sua apresentação, assim se procurando estimular o estudo posterior das diversas instituições jurídico-constitucionais timorenses.

Para esse efeito, importa refletir sobre três principais temas, a despeito de a CTL incidir sobre outros temas:

- *os princípios fundamentais e as fontes do Direito;*
- *os direitos fundamentais; e*
- *a organização do poder político.*

15. Os princípios fundamentais e as fontes do Direito

I. A primeira parte do texto constitucional, como tem sido recentemente acentuado, destina-se a concentrar os aspetos que, na sua essencialidade, caracterizam a ideia de Direito de que aquele articulado é portador⁽⁶⁸⁾.

É por isso que podemos encontrar, nos primeiros preceitos do texto constitucional, um conjunto de opções a respeito das múltiplas dimensões que se colocam à vida coletiva dos timorenses, agora que se organizaram numa estrutura estadual.

Estas são algumas dessas principais orientações⁽⁶⁹⁾:

- o princípio do Estado de Direito;
- o princípio unitário, da soberania popular e da descentralização administrativa;
- o princípio da independência política e da cooperação internacional;

⁽⁶⁸⁾ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição...*, pp. 311 e ss.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. os arts. 1.º e ss. da CTL.

- o princípio da constitucionalidade;
- o princípio da socialidade;
- o princípio da liberdade e do pluralismo político e partidário;
- o princípio da liberdade religiosa e da cooperação.

Na impossibilidade de apreciar todos estes princípios, que nem sequer se afastam muito da dogmática fundamental do moderno Direito Constitucional, observe-se de perto duas questões que, no texto constitucional, oferecem uma certa veemência:

- as relações entre a lei e o costume como fontes de Direito timorense; e
- as relações entre o Estado e as confissões religiosas.

II. Em matéria de fontes do Direito, como não podia deixar de ser, o Estado Timorense, ao fundar-se nesta Constituição, proclama o princípio da constitucionalidade, segundo o qual “As leis e os demais atos do Estado e do poder local só são válidos se forem conformes com a Constituição”⁽⁷⁰⁾.

Contudo, o texto constitucional não estabelece o monopólio da lei estadual como fonte do Direito timorense e aceita a relevância do Direito costumeiro nos seguintes termos: “O Estado reconhece e valoriza as normas e os usos costumeiros de Timor-Leste que não contrariem a Constituição e a legislação que trate especialmente do direito costumeiro”⁽⁷¹⁾.

É extremamente significativo que se assuma uma posição frontal em matéria de Direito consuetudinário, sendo certo que o desenvolvimento do Estado Constitucional, desde o Liberalismo, se foi fazendo segundo paradigmas positivistas legalistas, de repressão de qualquer informalidade normativa, espontaneamente criada pelas comunidades.

Por outra parte, importa referir que essa receção do Direito costumeiro não é ilimitada e, ao invés, se submete a condições que parecem razoáveis, num contexto em que ao Direito estadual deve

⁽⁷⁰⁾ Art. 2.º, n.º 3, da CTL.

⁽⁷¹⁾ Art. 2.º, n.º 4, da CTL.

competir uma força diretiva essencial, sobretudo numa altura em que se trata de fundar uma organização coletiva, que dá os seus primeiros passos, depois de tantos anos de luta pela independência política.

Podem sempre restar dúvidas acerca da legitimidade da limitação do costume através da lei, tratando-se de fontes que exatamente se definem pelo seu antagonismo.

Daí automaticamente não se segue, porém, a impossibilidade de a lei — neste caso, a lei constitucional — se pronunciar sobre a validade do costume, até porque o faz muito restritamente, não só apelando a um esquema de resolução de conflitos, não de ingerência direta, como unicamente vedando os costumes que mais grosseiramente ponham em perigo os valores fundamentais da comunidade, protegidos ao nível constitucional.

III. Domínio que igualmente suscita um enfoque peculiar no texto constitucional timorense é o da relação entre o Estado e o fenómeno religioso, não se esquecendo ainda o papel da Igreja Católica.

Esta Parte I da CTL afirma, sem qualquer dúvida, a não identificação do Estado com as religiões, mas aceita que as respetivas relações — que assim existem e que assim se confirmam sem quaisquer complexos — se estribem numa ideia de cooperação: “O Estado promove a cooperação com as diferentes confissões religiosas, que contribuem para o bem-estar do povo de Timor-Leste”⁽⁷²⁾.

Coloca-se de parte um modelo que, pura e simplesmente, pudesse proibir o estabelecimento de qualquer atividade conjunta do Estado com as confissões religiosas, como por vezes alguns autores dão a entender, ao defenderem uma conceção mais agressiva do princípio da laicidade do Estado, que não pode significar a impossibilidade do seu relacionamento com a realidade institucional do fenómeno religioso.

É de frisar que a concretização dessa cooperação, fazendo-se de acordo com a força sociológica das confissões religiosas que se

(72) Art. 12.º, n.º 2, da CTL.

encontram implantadas em Timor-Leste, deve levar em especial consideração a Igreja Católica, expressamente nomeada no texto constitucional, não só numa perspetiva política como numa dimensão social, o que pode ser interpretado como um mandato ao legislador ordinário no sentido do seu legítimo favorecimento em detrimento de outras confissões religiosas desprovidas desse papel, no passado e no presente:

- no preâmbulo, afirma-se que “Na sua vertente cultural e humana, a Igreja Católica em Timor-Leste sempre soube assumir com dignidade o sofrimento de todo o Povo, colocando-se ao seu lado na defesa dos seus mais elementares direitos”⁽⁷³⁾;
- no preceito destinado à defesa da resistência timorense, refere-se que “O Estado reconhece e valoriza a participação da Igreja Católica no processo de libertação nacional de Timor-Leste”⁽⁷⁴⁾.

16. O sistema de direitos fundamentais

I. Do ponto de vista dos direitos fundamentais, eles vêm a integrar-se na Parte II da CTL⁽⁷⁵⁾, englobando toda essa matéria, com a mais completa epígrafe de “Direitos, deveres, liberdades e garantias fundamentais”⁽⁷⁶⁾.

Trata-se de um importante setor do texto constitucional, que reflete vários equilíbrios e que se mostra, de um modo geral, nitidamente filiado na herança cultural ocidental em matéria de direitos fundamentais, com o apelo conjunto tanto à teoria liberal como à teoria social na respetiva configuração material⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷³⁾ § 8.º do preâmbulo da CTL.

⁽⁷⁴⁾ Art. 11.º, n.º 2, da CTL.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição...*, pp. 313 e ss.

⁽⁷⁶⁾ Do art. 16.º ao art. 61.º da CTL.

⁽⁷⁷⁾ Sobre as várias teorias acerca da fundamentação dos direitos fundamentais, v., por todos, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Ensinar Direito Constitucional*, Coimbra, 2003, pp. 417 e ss.

São escassas as inovações que o texto constitucional timorense introduziu neste domínio, avultando os principais temas que têm caracterizado, no século XX, os textos constitucionais que se alinham, numa aceção mista, nas correntes do Estado Social de Direito.

II. Macroscopicamente pensando, o sistema constitucional de direitos fundamentais realizou uma boa opção pela sua intensa constitucionalização ao nível do texto constitucional, este reservando-lhe uma parte específica, ainda que não se contestando a hipotética presença de mais direitos fundamentais noutras áreas do articulado constitucional.

Tal não significa que os direitos fundamentais admitidos se possam reconduzir àqueles que beneficiam de uma consagração no articulado constitucional documental porque outros direitos são admitidos, consagrados noutras fontes que, deste modo, se alcançaram num idêntico plano constitucional mais elevado, dada a presença de uma relevante cláusula de abertura a direitos fundamentais atípicos: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes da lei e devem ser interpretados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos”⁽⁷⁸⁾.

Importa também sublinhar que se teve particularmente em atenção uma preocupação com o rigor da positivação dos direitos fundamentais, o que bem se atesta pela opção da respetiva consagração tipológica, que por aquela referida cláusula aberta vai para além dos direitos que se apresentam tipificados.

Em matéria de interpretação, regista-se finalmente que a DUDH serve de diapasão interpretativo comum⁽⁷⁹⁾, o que assume uma grande relevância na conformidade de tais direitos por alusão a um texto internacional — como é aquela Declaração Universal — simbolicamente muito representativo e que foi sobretudo precursor na consagração de novos direitos fundamentais, a partir de uma ótica internacionalista.

⁽⁷⁸⁾ Art. 23.º da CTL.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. a parte final do art. 23.º da CTL.

III. Dentro de uma perspectiva mais microscópica, ao nível da especialidade, opera-se a dissociação essencial entre os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos e deveres económicos, sociais e culturais, numa clara menção da distinção clássica, nos direitos fundamentais, entre direitos de defesa e direitos a prestações.

Não tem sido tarefa fácil proceder à destrição entre uns e os outros se tomarmos uma preocupação que se situe num horizonte que exceda a mera arrumação sistemática.

Em vão no texto constitucional se depara com esse critério. Estamos em crer que ele passará pelo tipo de eficácia — se imediata ou se mediata — do sentido dos direitos fundamentais que estejam em apreciação.

Quanto aos direitos fundamentais consagrados, para além dos direitos que são comuns — e ainda bem — a outros sistemas constitucionais, nota-se a presença de algumas particularidades:

- *uma mais intensa proteção do direito à vida*: a defesa da vida humana não acontece apenas nos termos habituais, ao dizer-se que a vida humana é inviolável — igualmente se lembra que há uma dimensão prestadora, a cargo do Estado, no tocante a essa matéria, esclarecendo-se que “O Estado reconhece e garante o direito à vida”⁽⁸⁰⁾;
- *uma idade mais baixa para a titularidade de direitos políticos, que é admissível logo a partir dos 17 anos*: “Todo o cidadão maior de dezassete anos tem o direito de votar e de ser eleito”⁽⁸¹⁾; e
- *uma justa e moderna preocupação de promoção dos homens e das mulheres*, não apenas como tarefa geral do Estado, mas ainda no âmbito específico do quadro organizatório do poder público⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ Art. 29.º, n.º 2, da CTL.

⁽⁸¹⁾ Art. 47.º, n.º 1, da CTL.

⁽⁸²⁾ Cfr. os arts. 6.º, al. j), 17.º e 63.º da CTL.

17. O sistema de organização política

I. No plano do *sistema político*, cuja matéria se unifica na Parte III do texto constitucional⁸³, há uma preocupação com uma pormenorizada definição do estatuto dos diversos órgãos de soberania, que são os seguintes: o Presidente da República, o Parlamento Nacional, o Governo e os Tribunais⁸⁴.

A organização do poder político, dentro do princípio da unidade do Estado, também conhece a descentralização administrativa, em dois distintos níveis⁸⁵:

- ao *nível regional*, prevendo-se uma especial organização para o enclave Oe-cusse Ambeno e para a ilha de Ataúro;
- ao *nível local*, com a atribuição de poderes de natureza administrativa às instituições do poder local.

II. No plano da democracia representativa, o sistema de governo que resulta da leitura do articulado constitucional — conquanto não seja necessariamente este o que venha a resultar da prática constitucional — funda-se numa conceção próxima do semi-presidencialismo, tal como ele vigora em Portugal.

Os órgãos políticos têm funções relevantes, não se vislumbrando que qualquer um deles esteja destinado a um papel apagado na dinâmica do exercício do poder, ainda que as relações entre o Presidente da República, o Parlamento Nacional e o Governo sejam de uma natureza distinta daquela que estes órgãos mantêm com os tribunais.

No entanto, cumpre mencionar que se vai um pouco mais longe na conceção, formalmente proclamada, do princípio da interdependência de poderes, fazendo com que o Parlamento Nacional, por exemplo, intervenha na escolha de alguns dos titulares do poder judicial, não limitando tal competência ao Governo ou ao Chefe de Estado⁸⁶.

⁽⁸³⁾ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição...*, pp. 315 e ss.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. a enumeração do art. 67.º da CTL.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. os arts. 71.º e 72.º da CTL.

⁽⁸⁶⁾ V., por exemplo, a competência que o art. 95.º, n.º 3, al. a), da CTL atribui ao Parlamento Nacional de “Ratificar a nomeação do Presidente do Supremo Tribunal de

III. É também de mencionar o reconhecimento da democracia semidireta, que se torna clara na adoção do mecanismo do referendo nacional, até provavelmente com uma explicação histórica óbvia: o referendo internacional que permitiu a independência política de Timor-Leste.

Da leitura dos preceitos constitucionais que o consagram⁽⁸⁷⁾, sente-se um receio, talvez infundado, quanto ao uso desse mecanismo, que resulta de exercício árduo, pelo menos comparativamente a várias experiências estrangeiras, como parece ser óbvio se consultarmos o caso português:

- *quanto ao procedimento de decretação*, a necessidade de ser proposta por um terço dos Deputados e de a respetiva deliberação parlamentar ter de reunir a vontade de dois terços desses mesmos Deputados, o que é excessivo;
- *quanto às matérias suscetíveis de referendo*, o facto de os principais assuntos que se colocam à governação, porque incluídos nas competências parlamentares e governativas, a começar pela revisão constitucional, serem excluídos do alcance das perguntas referendárias, o que esvazia o alcance político do instituto.

IV. Com particular melindre, está sempre o sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis, o qual, apesar de inserto na Parte VI, oferece uma óbvia conexão com a organização do poder público.

O texto constitucional timorense está longe de desconhecer o fenómeno e, pelo contrário, mostra-se muito atento à questão, dedicando-lhe relevantíssimas orientações, o que confirma, também neste tópico, o desejo da efetividade de um Estado de Direito.

Não se optou pela criação de uma jurisdição constitucional específica, o que não quer dizer que essa atividade não seja exercida — tal, de facto, sucede, sendo expressamente deferida ao Supremo Tribunal de Justiça.

Justiça e a eleição do Presidente do Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas”.

(87) Cfr. principalmente o art. 66.º da CTL.

Numa perspetiva processual, anota-se que a sua amplitude é extensa, mesmo incluindo a fiscalização da constitucionalidade por omissão, figura que suscita peculiares dificuldades.

§ 5.º — A configuração geral do Constitucionalismo de Língua Portuguesa

18. Pontos de convergência da Constituição Portuguesa

I. Um primeiro conjunto de resultados permite detetar diversas *convergências com o Direito Constitucional Português*, em grande medida uma clara decorrência de um processo histórico-cultural tipicamente descolonizador.

As semelhanças que são assinaláveis evidenciam-se nestes quatro planos:

- *o procedimento constituinte;*
- *a hiper-rigidez do texto constitucional;*
- *a proteção dos direitos fundamentais; e*
- *o funcionamento da economia social de mercado.*

II. Em relação ao *procedimento constituinte*, em todos os países assinalados, verificou-se uma mesma preocupação de aprovar os textos constitucionais no contexto de um procedimento de tipo parlamentar, ocupando o órgão parlamentar um papel central.

Mas cada Estado Africano de Língua Portuguesa em especial depois adotou diversas soluções na consecução desse objetivo, uma vez que o procedimento constituinte oscilou entre um parlamento monopartidário, oriundo da I República, e um Parlamento pluripartidário, em contexto de II República, embora aquela opção tivesse sido claramente predominante.

De um modo geral, *pode dizer-se que prevaleceu uma conceção democrático-parlamentar na legitimação dos novos textos constitucionais*, ao arrepio da adoção de projetos pessoais de Constituição, numa importante valorização da instituição parlamentar, ao mesmo tempo se acreditando na força normativa de um código constitucional.

III. A revisão dos textos constitucionais corresponde a uma característica comum, que é a da *hiper-rigidez* dos textos constitucionais.

Na sua alteração, os textos constitucionais submetem-se a regras próprias, que afastam o respetivo procedimento dos esquemas gerais de aprovação da legislação ordinária:

- *os limites orgânicos*: concentrando a aprovação exclusivamente nos órgãos parlamentares, poder legislativo não partilhado com outros órgãos legislativos;
- *os limites procedimentais*: exigindo a aprovação das alterações constitucionais por maioria qualificada — de 2/3 dos Deputados em geral ou de 3/5 dos Deputados no caso da CB — e assim obrigando a um maior empenhamento democrático;
- *os limites temporais*: impondo que a revisão constitucional só possa ser feita de cinco em cinco anos, com exceção do texto da CB;
- *os limites materiais*: forçando a que a revisão constitucional não ponha em causa certas matérias, valores ou princípios, considerados como o “bilhete de identidade” dos textos constitucionais;
- *os limites circunstanciais*: proibindo a revisão constitucional durante a vigência do estado de exceção.

IV. Do ponto de vista da *proteção dos direitos fundamentais*, cumpre também observar que o caminho percorrido pelos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa revela uma generalizada aceitação de altos padrões de proteção desses mesmos direitos, o que se pode comprovar através da observação dos catálogos, mais ou menos generosos, da sua consagração.

O elenco dos direitos fundamentais consagrado é reforçado pela presença de importantes regras que orientam os termos da intervenção do legislador ordinário, subordinando os outros poderes públicos — o legislativo, o executivo e o judicial — aos respetivos comandos.

O sistema constitucional de direitos fundamentais nem sequer se pode considerar um sistema fechado, mas antes aberto: quer pelo apelo a direitos fundamentais atípicos legais e internacionais, quer pelo apelo à Declaração Universal dos Direitos do Homem, esclarece-se que a respetiva tipologia é unicamente exemplificativa, e não taxativa.

Não sendo este o lugar para uma demonstração de direito a direito, basta lembrar a facilidade com que os novos textos constitucionais estabeleceram a inequívoca abolição da pena de morte, bem como a sua forte aceitação social.

V. Relativamente à *organização económica*, beneficiando de importantes normas constitucionais, acolhe-se um *sistema capitalista de mercado* e definitivamente se abandonou a planificação imperativa da economia, outrora presente nalguns sistemas constitucionais.

Simplesmente, a passagem à II República, no caso dos Estados Africanos de Língua Portuguesa, não se faria sem que algumas das instituições da I República se conservassem, num debate que está longe de terminar:

- *manteve-se a propriedade pública da terra*, globalmente nacionalizada aquando da independência, embora o Estado possa conceder o direito de uso da mesma;
- *limitou-se o investimento estrangeiro*, numa tendência que tem vindo a atenuar-se, à medida que a capacidade de intervenção e os interesses de grupos económicos estrangeiros tem vindo a aumentar.

Noutra perspetiva, ressalta com muita evidência acentuadas preocupações de Estado Social no caso da CB, que se apresenta como um dos mais relevantes exemplos do mundo da afirmação desse princípio constitucional, introduzindo preocupações sociais numa mera lógica capitalista de mercado.

19. Pontos de divergência da Constituição Portuguesa

I. Mas a comparação que se leva a cabo igualmente permite um resultado contrário, *que é o da verificação de opções constitucionais que se distanciaram da Constituição Portuguesa de 1976*, cumprindo mencionar dois temas centrais:

- *o controlo judicial da constitucionalidade dos atos do poder público; e*
- *a configuração e funcionamento do sistema de governo e, em especial, a posição do Chefe de Estado.*

II. Em relação ao *controlo judicial da constitucionalidade*, que é peça central do princípio do Estado de Direito, verifica-se uma realidade formal e material bastante multiforme e que, no essencial, se distancia dos resultados do Direito Constitucional Português.

É manifesto que nenhum dos textos constitucionais em causa desconhece o fenómeno e estabelece, com maior ou menor minúcia, um mecanismo de fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder em desconformidade com a Constituição, além das sanções aplicáveis em resultado desse ilícito constitucional.

Só que não deixa de ser menos verdade que muitos dos resultados alcançados são escassos, sem esquecer a variedade das soluções constitucionais formais:

- *nem todos os Estados têm a opção pelo Tribunal Constitucional*, tal não sucedendo com o Brasil, a Guiné-Bissau, Moçambique ou Timor-Leste; ou
- *a prática da fiscalização da constitucionalidade é apenas uma realidade forte no Brasil e em Cabo Verde*, uma vez que nos restantes países são pouco numerosas as decisões tomadas no contexto da fiscalização da constitucionalidade das leis.

III. A observação destes textos e práticas constitucionais possibilita também intuir que o tema do sistema de governo tem sido objeto de diversos entendimentos divergentes com a tradição semipresidencial da CRP.

Na sua leitura formal, os sistemas políticos de língua portuguesa partem de uma visão dinâmica dos órgãos do poder público, com a intervenção efetiva do Chefe de Estado, do Parlamento e do Executivo.

No entanto, não só por ligeiras diferenças textuais quanto sobretudo por divergências interpretativas e aplicativas, a evolução desses sistemas tem apontado em direções muito distintas:

- *numa direção parlamentarizante*, sendo hoje já um parlamentarismo racionalizado, em Cabo Verde;
- *numa direção presidencializante*, em Angola até 2010, Guiné-Bissau e Moçambique, sendo o Presidente da República o chefe efetivo do Governo, apesar de existir, mas com escassa autonomia política, a figura do Primeiro-Ministro;
- *numa direção semipresidencial*, São Tomé e Príncipe, ainda que ironicamente aqui o Chefe de Estado detenha competências executivas em matéria de defesa e de relações externas.

A maior prova de quanto acaba de ser dito está na decisão de a nova Constituição de Angola de 2010 ter mudado definitivamente o sistema de governo, transitando para o presidencialismo, assim comprovando o mal-estar com um sistema semipresidencial que rapidamente se revelou inadequado à realidade constitucional de Angola.

20. Um modelo de Constitucionalismo de Língua Portuguesa

I. O percurso que pudemos efetuar através dos sistemas constitucionais de língua portuguesa, compaginando-o com o texto constitucional português, permite detetar a existência de elementos comuns, de alguma sorte dados originais do paradigma constitucional, e que são:

- *a existência de Constituições escritas, feitas a partir da produção de um ato legislativo formal, com esse nome e essencialmente codificado;*

- *a existência de Constituições hiper-rígidas, com diversos limites à revisão constitucional;*
- *a proteção razoável dos direitos fundamentais, mais na proclamação dos textos constitucionais do que na efetividade da prática administrativa ou judiciária;*
- *o funcionamento aceitável de uma economia de mercado, em que se assinala a importância da intervenção do Estado, nos termos constitucionalmente previstos.*

II. Paralelamente, importa assinalar *a existência de dados diferenciadores do paradigma constitucional, os quais diminuem a aproximação ao modelo português*, os quais têm que ver com a dificuldade na importação de instituições constitucionais que não funcionam bem em contextos diversos, dele se distanciando:

- *um edifício de fiscalização da constitucionalidade mais frágil e em que por vezes não se opta pelo modelo de tribunal constitucional, além de uma prática muito escassa em processos de controlo da constitucionalidade dos atos do poder público;*
- *a prática presidencial do sistema político em boa parte das experiências constitucionais, nalguns casos mesmo com a opção da sua consagração formal.*

III. Quer isto tudo dizer que são inequívocos os elementos de continuidade e de aproximação dos sistemas constitucionais de língua portuguesa em relação ao Direito Constitucional Português.

Mas também são notórios os elementos de distância e até de adulteração em relação a esse modelo, o que se compreende em razão de um contexto cultural com as suas características próprias.

A conclusão, por isso, deve ser cuidadosa, embora ainda assim se possa reconhecer a existência de um Constitucionalismo de Língua Portuguesa, nos quais avultam traços de contínua e sólida aproximação (traços centrípetos), ao mesmo tempo que se registam caminhos de divergência (traços centrífugos).

III — A POSIÇÃO SINGULAR DE MACAU NO DIREITO CONSTITUCIONAL DE LÍNGUA PORTUGUESA

§ 6.º — A definição político-constitucional de Macau

21. A Lei Básica de Macau

I. A presença da soberania portuguesa em Macau terminou em 19 de Dezembro de 1999, mercê de um conjunto de passos que, sendo gradualmente dados e com articulação entre si, desembocaram na adoção da Lei Básica de Macau (LBM)⁽⁸⁸⁾, que precisamente no momento seguinte entraria em vigor⁽⁸⁹⁾.

A verdade, porém, é que ainda muito antes da sua vigência haveria a ocasião para se fazer a redação de tal diploma legislativo, o qual seria aprovado em 31 de Março de 1993, pela 1.ª sessão da 8.ª Legislatura da Assembleia Popular da República Popular da China, e posteriormente promulgado pelo Decreto n.º 3 do Presidente da República daquele mesmo Estado.

De acordo com o texto da Constituição da República Popular da China, este documento foi promanado pelo seu Parlamento Nacional, ao abrigo de disposição que prevê que “O Estado pode criar regiões administrativas especiais sempre que necessário”, ainda se acrescentando que “Os regimes a instituir nas regiões administrativas especiais deverão ser definidos por lei a decretar pelo Congresso Nacional Popular à luz das condições específicas existentes”⁽⁹⁰⁾.

(88) Sobre a Lei Básica de Macau (LBM), v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau — contributo para uma compreensão de Direito Constitucional*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, ano VI, n.º 13, 2002, pp. 175 e ss.; IEONG WAN CHONG, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, Macau, 2005, pp. 25 e ss.; ANTÓNIO KATCHI, *As Fontes do Direito em Macau*, Macau, 2006, pp. 273 e ss.

(89) O mesmo aconteceria antes com Hong Kong, cujo estatuto se aproxima bastante do da LBM.

Para um importante conspecto geral acerca da situação jurídico-pública de Hong Kong, v., por todos, YASH GHAI, *Hong Kong's New Constitutional Order*, 2.ª ed., Hong Kong, 1999, pp. 137 e ss.

(90) Art. 31º, 2.ª parte, da Constituição da República Popular da China, de 4 de Dezembro de 1982. Cfr. também o art. 62.º, parágrafo 13.º, da Constituição da República Popular da China.

A afirmação das opções incluídas na LBM, decretada ao abrigo desta competência do Congresso Nacional Popular, tal como também se escreveu no respetivo preâmbulo, conformou-se ainda com o princípio constitucional “um país, dois sistemas”.

II. Esta não foi, contudo, uma etapa única na construção do atual Ordenamento Jurídico de Macau: foram vários os instrumentos jurídico-normativos que, a seu modo, contribuíram para esse mesmo fim, cumprindo evidenciar dois.

O primeiro deles foi a Declaração Conjunta sobre a Questão de Macau de 1987, um tratado internacional celebrado entre a República Popular da China e a República Portuguesa no sentido de estabelecer as condições da transferência da administração de Macau de Portugal para a China.

A outra modificação relevante foi a da revisão da Constituição da República Portuguesa em 1989⁽⁹¹⁾, sendo pertinente a sua II revisão constitucional, já que este ato legislativo retirou Macau do território português, permitindo o desfecho futuro da sua transladação para a soberania chinesa⁽⁹²⁾.

III. A sistematização interna da LBM da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) compreende a sua distribuição por capítulos e, nalguns casos, ainda por secções, sendo aqueles sucessivamente dedicados aos seguintes domínios:

Capítulo I — *Princípios gerais*

Capítulo II — *Relacionamento entre as Autoridades Centrais e a Região Administrativa Especial de Macau*

Capítulo III — *Direitos e deveres fundamentais dos residentes*

⁽⁹¹⁾ Cfr. o então novo art. 292.º da Constituição da República Portuguesa, depois da revisão de 1989.

Sobre o actual texto da Constituição Portuguesa, v., por todos, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, I, pp. 497 e ss.

⁽⁹²⁾ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, III, 4.ª ed., Coimbra, 1998, pp. 272 e 273.

Capítulo IV — *Estrutura política*

Capítulo V — *Economia*

Capítulo VI — *Cultura e assuntos sociais*

Capítulo VII — *Assuntos externos*

Capítulo VIII — *Interpretação e revisão da lei*

Capítulo IX — *Disposições complementares*

O texto da LBM é antecedido de um preâmbulo e contém vários anexos.

IV. Do ponto de vista formal, a LBM é um diploma da autoria da República Popular da China, criado no âmbito das atribuições legislativas deste Estado.

Trata-se de uma *lei de natureza estatutária*, que se destina à estruturação jurídico-pública de uma nova entidade — a Região Administrativa Especial de Macau — e que nela estabelece um conjunto de orientações normativas gerais.

No seio das suas diversas características, cumpre salientar estas três mais relevantes:

- é uma *lei de estabilidade temporal limitada*, porque cessa ao fim de 50 anos a garantia da imutabilidade do sistema político-social;
- é uma *lei local*, pois que se aplica somente à região geográfica de Macau; e
- é uma *lei ordinária*, dimanada do Congresso Nacional Popular da China.

V. O pressuposto fundamental é o entendimento de que a LBM deve ser verdadeiramente algo mais do que uma mera lei comum, nos traços que ficaram assinalados.

Todavia, essa é uma conclusão que não pode ser obtida univocamente, antes convoca a necessidade de relacionar a LBM no contexto da sua articulação com a Constituição da China e a sua função dentro dos limites territoriais de Macau.

Como quer que seja, *afigurar-se-á possível conceber a LBM como uma realidade normativa muito mais intensa do que a de um*

qualquer texto normativo ordinário, oferecendo, ao invés, óbvias implicações constitucionais.

Indicando já o sentido da nossa reflexão, parece ser indiscutível que se lhe possa atribuir *uma natureza jurídico-constitucional*⁽⁹³⁾, assumindo-se com evidente repercussão nas normas constitucionais pertinentes em cada um daqueles dois sistemas normativos⁽⁹⁴⁾.

VI. Na sua inserção no sistema jurídico macaense, a LBM vai porventura desempenhar um papel bem menos equívoco do ponto de vista do seu valor normativo, aí se apresentando, indubitavelmente, como um diploma fundante de uma nova realidade e comunidade: a Região de Macau e o seu ordenamento jurídico-normativo.

Se, ao nível geral, a LBM pode ser entendida como uma “sub-Constituição”, já para o efeito do sistema jurídico macaense, a LBM é uma evidente “Constituição principal”, ainda que externa aos domínios em que deve prevalecer o Direito Chinês⁽⁹⁵⁾.

Essa é uma verificação que se sublinha não apenas no plano formal-hierárquico quanto também ao nível substantivo, pelo que importa vê-los em separado.

VII. Numa argumentação formal-hierárquica, não parece que se justifiquem muitas dúvidas quanto à prevalência da LBM sobre as outras fontes normativas específicas de Macau. De resto, isso é inteiramente admitido tanto para antes como para depois da sua entrada em vigor.

No que respeita à legislação anterior, embora se parta da ideia de que a superveniência da LBM não faz *tabula rasa* do Direito pré-existente, aquela não deixa, contudo, de o sujeitar à condição de só ser eficaz no caso de lhe estar conforme, ocorrendo a respetiva caducidade no caso de essa legislação a não respeitar⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹³⁾ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Lei Básica...*, pp. 178 e ss.

⁽⁹⁴⁾ À mesma dúvida se refere YASH GHAI, escrevendo que o sistema estabelecido para Hong Kong igualmente pode ser entendido no âmbito do Direito Constitucional, possuindo a sua Lei Básica um valor jurídico-constitucional. Cfr. YASH GHAI, *Hong Kong's New Constitutional...*, p. 137.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Lei Básica...*, pp. 183 e ss.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. o art. 8.º da LBM.

Em relação à legislação posterior, é a LBM o novo critério de validade do sistema jurídico deste território, porquanto se afirma solenemente que “Nenhuma lei, decreto-lei, regulamento administrativo ou ato normativo da Região Administrativa Especial de Macau pode contrariar esta Lei”⁽⁹⁷⁾.

À luz de uma lógica mais processual, é de mencionar a própria possibilidade da fiscalização da prevalência da LBM sobre as restantes fontes normativas que venham a ser aqui produzidas.

22. A Região Administrativa Especial de Macau

I. Paralelamente à importância e à qualificação da LBM, outro ponto matricial que jamais poderia ser desconsiderado refere-se à *natureza da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM)*⁽⁹⁸⁾, que foi precisamente criada por aquele diploma normativo⁽⁹⁹⁾.

Ora, é isso o que se pode ler no seu primeiro preceito, em que se afirma que a “Região Administrativa Especial de Macau é parte inalienável da República Popular da China”⁽¹⁰⁰⁾, para não citar outras tantas disposições em que se reforça esta sua natureza e esta sua fundação.

Por aqui se percebe que o legislador chinês, na elaboração da LBM, ao criar uma nova pessoa coletiva, do mesmo passo pretendeu dotá-la de vários atributos:

- ser uma região;

⁽⁹⁷⁾ Art. 11.º, parágrafo 2.º, da LBM.

⁽⁹⁸⁾ Sobre a Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) e o seu sistema jurídico, v. YASH GHAI, *Hong Kong's New Constitutional...*, pp. 457 e ss.; GIOVANNI VAGLI, *La Regione Amministrativa Speciale di Macao*, Pisa, 2000, pp. 5 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Lei Básica...*, pp. 173 e ss., e *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra, 2008, pp. 456 e 457; MANUEL DE ALMEIDA RIBEIRO, *A Região Administrativa Especial de Macau e o Direito Internacional*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, ano VI, n.º 13, 2002, pp. 199 e ss.; MANUEL TRIGO, *Por um lugar para Macau*, in AAVV, *Colóquio de Direito Internacional — Comunidade dos Países de Língua Portuguesa* (org. de J. J. GOMES CANOTILHO) Coimbra, 2003, pp. 127 e ss.

⁽⁹⁹⁾ Quanto a este ponto, v., por todos, JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Lei Básica...*, pp. 192 e ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Art. 1.º da LBM.

- de cunho administrativo; e
- com feições especiais.

II. Desde já se adianta que nenhum destes qualificativos, isoladamente ou em conjunto, pode espelhar com rigor a natureza da essência da Região de Macau, que se situará algures próxima de uma estrutura pró-estadual, com um cunho *sui generis*⁽¹⁰¹⁾.

Perante a inadequação das categorias de região autónoma e de Estado federado que a Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional conseguiu até ao momento produzir, é forçoso concluir pela impossibilidade de encontrar essa qualificação.

Só que a resposta continua sendo insatisfatória porque não basta dizer aquilo que Macau não é — interessa sobretudo saber o que Macau, na verdade, é.

III. Um primeiro passo é o de situar a Região de Macau num contexto mais vasto do Direito Público, encarando-se como realidade institucional que ultrapassa — e em muito — o Direito Administrativo ou até mesmo o Direito Constitucional.

Em acórdância com as atribuições que a Região de Macau desenvolve, é de aceitar que a respetiva regulação vá muito para além daqueles dois ramos do Direito, embora sejam eles sem dúvida os mais significativos.

É também de referir a importância do Direito Internacional, porquanto são manifestos os poderes de Macau do ponto de vista das relações internacionais, podendo estar representado em instâncias internacionais e celebrar convenções internacionais⁽¹⁰²⁾.

Por outras palavras: *a qualificação de Macau, mais do que limitada a este ou àquele ramo do Direito, é globalmente de considerar pertinente a todo o Direito Público, como tal devendo ser concebida.*

⁽¹⁰¹⁾ Para o sistema de Hong Kong, também se tem avançado com várias qualificações, entre a estrutura autonómica e a estrutura federal. Cfr. YASH GHAI, *Hong Kong's New Constitutional...*, p. 137.

⁽¹⁰²⁾ Quanto à inserção internacional da RAEM, v., por todos, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, pp. 456 e 457.

Eis uma conclusão clara dada a vastidão de poderes de que desfruta ao nível das diversas parcelas do poder público, incluindo os poderes político, legislativo, administrativo e judicial.

IV. Sendo uma pessoa coletiva de Direito Público, a RAEM deve situar-se algures entre a realidade do Estado e a realidade da região político-administrativa:

- *é menos do que Estado* porque a RAEM não dispõe de poder constituinte, tendo sido criada pela República Popular da China e estando primariamente dependente da sua Constituição;
- *é mais do que região político-administrativa* porque é titular de poderes de cunho judicial — normalmente não atribuídos a estas entidades, já que reservados aos Estados — e poderes na esfera internacional.

Tudo isto aponta para a qualificação da RAEM, sendo uma nova pessoa coletiva de Direito Público de carácter geral, como uma entidade *sui generis*: *os seus traços não se encaixam em nenhuma outra realidade, mas aproximam-se bastante da realidade estadual, em vista da amplitude e diversidade de poderes, podendo assim ser considerada como uma entidade pró-estadual*⁽¹⁰³⁾.

§ 7.º — Os direitos fundamentais de Macau

23. A diversidade das fontes jurídico-normativas dos direitos fundamentais

I. Uma primeira aproximação geral à *positivação dos direitos fundamentais em Macau*⁽¹⁰⁴⁾ chama a atenção para o carácter

⁽¹⁰³⁾ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Lei Básica...*, pp. 197 e 198.

⁽¹⁰⁴⁾ Sobre o sistema de direitos fundamentais de Macau em geral, v. GIOVANNI VAGLI, *La Regione...*, pp. 9 e 10; JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Lei Básica...*, pp. 184 e ss., *Os direitos fundamentais em Macau*, in AAVV, *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, I, Coimbra, 2008, pp. 311 e ss., e *The Fundamental Rights in Macao*, in AAVV, *One Country, Two Systems, Three Legal*

nuclear das fontes jurídico-positivas, tal residindo no facto de a sua consagração ser feita com total autonomia relativamente ao Direito Constitucional da República Popular da China, designadamente do seu texto constitucional.

Em vez de a LBM, neste ponto, simplesmente remeter para aquele texto constitucional, esse diploma legislativo assume o encargo da respetiva positivação diferenciada.

Eis uma opção bem mais protetora do sistema de direitos fundamentais de Macau, até certo ponto inevitável por a lógica da criação da RAEM ser a da construção de um ordenamento jurídico próprio e excecional, derogatório dos sistemas social, económico e político da República Popular da China.

II. Ainda numa apreciação de cunho geral, é também de assinalar a preocupação de a LBM ter optado pela elaboração de uma *tipologia de direitos fundamentais*, assim se evitando a respetiva conceptualização geral e abstrata.

São evidentes as vantagens do recurso aos conceitos tipológicos, mais concretos do que os conceitos abstratos, facultando-se um maior grau de concretização na modelação de cada direito fundamental previsto.

É exatamente isso o que se observa no Capítulo III da LBM, dedicado aos “Direitos e deveres fundamentais dos residentes” em Macau, o qual inclui preceitos do art. 24.º ao art. 44.º do respetivo texto.

III. Já numa ótica de especialidade, e sistematizando as diversas oportunidades de consagração dos direitos fundamentais,

Ordens — Perspectives of Evolution (ed. de Jorge Oliveira e Paulo Cardinal), Heidelberg, 2009, pp. 695 e ss.; IEONG WAN CHONG, *Anotações à Lei Básica...*, pp. 70 e ss.; PAULO CARDINAL, *La institución del recurso de amparo de los derechos fundamentales y la Juslusofonia — los casos de Macau y Cabo Verde*, in AAVV, *El derecho de amparo en el Mundo* (coordenação de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO e EDUARDO FERRER MAC-GREGOR), Mexico, 2006, pp. 891 e ss., *Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição: algumas considerações*, in *Cuestiones Constitucionales — Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 14, Janeiro-Junho de 2006, pp. 21 e ss., e *The Constitutional Layer of Protection of Fundamental Rights in the Macau Special Administrative Region*, in *Revista de Direito Público*, n.º 3, Janeiro/June de 2010, pp. 211 e ss.; ANTÓNIO KATCHI, *As Fontes do Direito em Macau*, pp. 329 e ss.

cumpre assinalar estas possíveis origens normativas para os direitos fundamentais de Macau:

- os direitos fundamentais “enumerados” no Capítulo III da LBM;
- os direitos fundamentais “dispersos” por outros capítulos da LBM;
- os direitos fundamentais “extradocumentais” constantes das convenções internacionais sobre direitos humanos textualmente referidas na LBM; e
- os direitos fundamentais “atípicos”, não previstos na LBM, mas positivados noutras leis da Região de Macau.

IV. O conjunto mais visível dos direitos fundamentais vigentes em Macau é o constante do Capítulo III da LBM, que especificamente se incumbem de os positivar, ao consagrar a epígrafe de “Direitos e deveres fundamentais dos residentes”.

Isso mesmo resulta não apenas da intenção de nos correspondentes preceitos concentrar a localização daqueles direitos como também ela bem emerge da preocupação expressa de se dizer que “A Região Administrativa Especial de Macau assegura, nos termos da lei, os direitos e liberdades dos residentes da Região Administrativa Especial de Macau e de outras pessoas na região”⁽¹⁰⁵⁾.

O certo, porém, é que o grau de tipicidade dos direitos fundamentais incorporados naquela tipologia não vem a ser de modo algum uniforme, dado que *é de diferente intensidade a tipificação jurídico-constitucional que se lhes confere, a qual pode e deve ser graduada:*

- *tipificação mínima:* as liberdades de expressão, imprensa ou associação;
- *tipificação média:* a liberdade de reunião, esta se subdistinguido em reunião *stricto sensu*, desfile e manifestação; ou a liberdade pessoal, cuja inviolabilidade, genericamente definida, tem contornos mais precisos, como o da

⁽¹⁰⁵⁾ Art. 4.º da LBM.

garantia da proibição da tortura ou de tratamentos desumanos;

- *tipificação máxima*: a garantia da irretroatividade da lei penal incriminadora, bem como da proibição da sua interpretação extensiva.

Em homenagem ao garantismo que inere ao pensamento tipológico, seria desejável que a positivação constitucional fosse sempre do grau máximo.

No caso de não o ser, é tarefa adicional do legislador e do aplicador dos direitos fundamentais a concretização dos respetivos âmbitos normativos de proteção.

V. Certamente em número bem mais reduzido comparativamente aos direitos fundamentais enumerados, os direitos fundamentais na LBM vão igualmente mostrar-se pertinentes noutros lugares do articulado daquele diploma legislativo fundamental.

Ainda que essa seja a melhor técnica legislativa, nem sempre é possível — e, às vezes, mesmo desejável — que a totalidade de direitos fundamentais tipificados num dado diploma normativo se concentre num único capítulo que assuma essa tarefa primordial.

Ora, é mesmo isso o que vem a suceder com a LBM, tal como sucede noutras Constituições, pois que a sua leitura permite detetar a existência de mais direitos fundamentais que assim se espalharam ao longo do respetivo texto⁽¹⁰⁶⁾.

Mais do que apresentar o resultado da identificação dos direitos fundamentais que não foram enumerados no lugar natural que lhes estava destinado, cumpre saber primeiro se essa categoria de direitos fundamentais se afigura viável no silêncio da LBM a este respeito.

É que à primeira vista tal categoria não teria viabilidade a partir do momento em que o legislador constitucional quis elaborar um capítulo só atinente à formulação de direitos fundamentais, pressupondo que não consideraria a sua existência fora das respetivas fronteiras.

⁽¹⁰⁶⁾ Assim, PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais em Macau...*, pp. 58 e 59.

Mas essa conclusão seria sempre absurda porque as qualificações legais não podem ser vinculativas a este ponto: tratando-se de uma realidade equivalente, a rejeição do estatuto de direito fundamental a posições jurídicas localizadas noutra lugar da LBM, só por esse facto, afigurar-se-ia sempre como inadmissível.

A questão seguinte e que decorre da resposta positiva a esta primeira pergunta diz respeito ao critério que deve presidir à localização desses outros direitos fundamentais dispersos.

Eis uma tarefa em grande medida simplificada por serem direitos fundamentais consagrados no mesmo documento legislativo, uma vez que, se assim não fosse, essa seria uma operação mais complexa.

A localização de tais direitos fundamentais não enumerados deve obedecer a um critério de analogia estrutural em relação aos direitos e liberdades consagrados no Capítulo III da LBM, analogia essa que incluirá uma vertente subjetiva (a titularidade ser dos residentes de Macau) e uma dimensão objetiva (o âmbito de proteção do direito que confere uma vantagem).

VI. Saindo agora da textualidade da LBM, a positivação dos direitos fundamentais acolhe a possibilidade de os mesmos ainda se encontrarem consagrados noutros textos normativos.

Este é o caso dos *direitos fundamentais extradocumentais*, os quais, não tendo logrado consagração direta no articulado da LBM, se mostram identicamente relevantes e vigentes, usando-se uma técnica remissiva na respetiva deteção.

É o que se encontra previsto neste preceito da LBM: “As disposições, que sejam aplicáveis a Macau, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, bem como das convenções internacionais de trabalho, continuam a vigorar e são aplicadas mediante leis da Região Administrativa Especial de Macau”⁽¹⁰⁷⁾.

A cláusula de remissão aqui contemplada naturalmente que não se apresenta em branco, surgindo como requisito geral uma certa delimitação material das convenções internacionais aplicá-

(107) Art. 40.º, parágrafo 1.º, da LBM.

veis, para além do que estas representam, por si só, como fontes próprias do Direito Internacional Público, devendo identificar-se as mesmas segundo dois traços fundamentais:

- num primeiro momento, as convenções internacionais pertinentes são referidas na sua individualidade — o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais;
- num outro momento, as convenções internacionais são atinentes aos direitos humanos do trabalho — aprovadas sob a égide da Organização Internacional do Trabalho.

No enfoque da localização dos direitos humanos que potencialmente interessam para completar o quadro dos direitos fundamentais vigentes em Macau, verifica-se, portanto, que esta cláusula é algo limitadora na abrangência dos direitos humanos relevantes.

A apreciação dos direitos humanos previstos pelo Direito Internacional Público leva a concluir que o respetivo elenco vai muito para além daqueles dois critérios enunciados, pelo que se pergunta se pode haver meios de os considerar aplicáveis em Macau, não obstante o silêncio do mencionado preceito da LBM.

A resposta é afirmativa, mas dentro da condição geral de se tratar de convenções internacionais de direitos humanos que sejam aplicáveis na Ordem Jurídica de Macau, cumprindo-se os demais requisitos que para tanto se impõem.

Só que a sua admissão já não ocorrerá através desta cláusula, antes por intermédio de uma outra cláusula: *a cláusula de abertura de direitos fundamentais atípicos*.

A análise dos direitos fundamentais extradocumentais vigentes em Macau, nos termos em que os mesmos se encontram previstos em fontes jurídico-positivas externas à LBM, permite atingir dois resultados práticos da maior relevância para a certeza do respetivo sistema, assim se realçando a utilidade e a autonomia de tal cláusula:

- por um lado, a direta qualificação das posições jurídicas subjetivas incluídas nos mencionados textos de Direito Internacional Público como corporizando o conceito de direito fundamental de Macau, não se podendo suscitar

dúvidas interpretativas na aplicação legislativa, administrativa e judicial dos mesmos;

- por outro lado, a incorporação de tais direitos fundamentais, delimitados a partir das convenções internacionais mencionadas e que os enunciam, na força jurídica da própria LBM, os quais ficam inequivocamente a pertencer ao nível constitucional daquele diploma fundador da Região Administrativa Especial de Macau.

Outra alusão equivalente se pode encontrar no facto de a LBM ser um texto para-constitucional que surge no âmbito de um processo político de transferência de soberania de Portugal para a China, o qual assentou na Declaração Conjunta Luso-Chinesa, assinada em Pequim, em 13 de Abril de 1987.

Ora, são diversos os momentos em que esta Declaração Conjunta — com um valor jurídico de tratado internacional vinculando aqueles dois Estados — é acolhida pela LBM, não só pela invocação que dela se faz no respetivo preâmbulo como por o seu conteúdo ser em grande medida o desenvolvimento do que já constava antes dessa Declaração Conjunta.

Em matéria de direitos fundamentais, a Declaração Conjunta é explícita em dois momentos:

- no ponto 2.4., diz-se que “A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, designadamente as liberdades pessoais, a liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, de associação, de deslocação e migração, de greve, de escolha de profissão, de investigação académica, de religião e de crença, de comunicações e o direito à propriedade privada”;
- no ponto V do Anexo I, mais desenvolvidamente, afirma-se que “A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau, designadamente as liberdades pessoais, a liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, de manifestação, de

associação (nomeadamente de constituir e de participar em associações cívicas), de organização e de participação em sindicatos, de deslocação e de migração, de escolha de profissão e de emprego, de greve, de praticar a sua religião e de crença, de ensino e de investigação académica; o direito à inviolabilidade do domicílio, das comunicações e de acesso ao Direito e à justiça; o direito à propriedade privada, nomeadamente das empresas, à sua transmissão e à sua sucessão por herança e ao pagamento sem demora injustificada de uma indemnização apropriada em caso de expropriação legal; a liberdade de contrair casamento e o direito de constituir família e a livre procriação”.

A leitura destes dois incisos permite concluir que deles se deduzem, com autonomia, a referência a direitos fundamentais extradocumentais que não viriam a ser tipificados no catálogo da LBM, mas que nela são igualmente operantes e que pertencem a um texto convencional cofundador da Região Administrativa Especial de Macau e da respetiva Ordem Jurídica: o exemplo da liberdade de ensino e de investigação académica é flagrante.

VII. Dimensão que cumpre finalmente ponderar relacionar-se com a circunstância de os direitos fundamentais reconhecidos não se limitarem, unicamente, aos tipos de direitos formalizados no texto da LBM, seja diretamente (direitos enumerados e dispersos), seja remissivamente (direitos extradocumentais).

Essa é uma possibilidade que se ainda concretiza pela adoção de preceitos que abrem o catálogo dos direitos fundamentais tipificados a outros direitos fundamentais nele não tipificados, mas cuja positivação se afigura do mesmo modo certa e segura por via da adoção de uma cláusula de acolhimento dos mesmos⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Sobre a cláusula aberta de direitos fundamentais, e muitos dos problemas que lhe estão associados, v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 39 e ss., *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição da República Portuguesa*, in *Perspetivas do Direito* (Gabinete para a Tradução Jurídica), n.º 6 de 1999, Macau, pp. 23 e ss., e *Manual de Direito Constitucional*, I, pp. 1043 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 162 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 403 e ss.

Ora, vem a ser esse o caso da LBM, porquanto o respetivo texto consagra, para além dos direitos fundamentais nele tipificados, outros direitos fundamentais insertos noutras fontes normativas, mas não devidamente individualizados⁽¹⁰⁹⁾.

É neste sentido que aponta um dos mais significativos preceitos da LBM em matéria de direitos fundamentais: “Os residentes de Macau gozam dos outros direitos e liberdades assegurados pelas leis da Região Administrativa Especial de Macau”⁽¹¹⁰⁾.

Este, porém, não é um preceito propriamente inequívoco, suscitando as seguintes questões interpretativas, a que importa dar uma resposta⁽¹¹¹⁾:

- os titulares destes “...outros direitos e liberdades...”, em rigor, não são apenas os residentes de Macau, mas bem mais amplamente toda a pessoa que, segundo o sistema macaense de direitos fundamentais, seja suscetível de ser titular dos mesmos;
- o critério material de identificação desses “...outros direitos e liberdades...”, na ausência de uma indicação explícita, há de surgir da unidade do sistema macaense de proteção dos direitos fundamentais, numa conceção ampliativa dos mesmos, potenciada pela ausência de um critério delimitador mais explícito que o legislador não quis propositadamente apontar;
- a fonte jurídico-positiva de onde emergem os “...outros direitos e liberdades...”, a despeito da alusão que a disposição respetiva faz “...às leis da Região Administrativa Especial de Macau”, não pode ser entendida num sentido limitativo, antes supõe que o conceito de “leis” se deve considerar amplo, sendo a lei válida na sua aceção de fonte voluntária de Direito unilateralmente definida por um órgão político⁽¹¹²⁾, incluindo os direitos consagrados

⁽¹⁰⁹⁾ Tal como se prevê no respetivo art. 40.º

⁽¹¹⁰⁾ Art. 40.º, parágrafo 2.º, da LBM.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais em Macau...*, pp. 42 e ss.

⁽¹¹²⁾ O exemplo mais flagrante da aplicação desta cláusula é o Código Civil de Macau, em matéria de direitos de personalidade.

internacionalmente, mas não abrangidos pela cláusula de direitos fundamentais extradocumentais⁽¹¹³⁾.

Um lugar à parte neste mecanismo deve ser dado ao *princípio da continuidade* da Ordem Jurídica Macaense anterior à criação da Região Administrativa Especial de Macau, porquanto a LBM, na sequência da Declaração Conjunta, apela para a sua existência, ao dizer-se que “Os atuais sistemas social e económico em Macau permanecerão inalterados, bem como a respetiva maneira de viver; as leis vigentes manter-se-ão basicamente inalteradas...”⁽¹¹⁴⁾. Daí se pode concluir que o elenco de direitos fundamentais vai ainda recortar-se com base naqueles que antes eram vigentes por força de leis internas e produzidas em Macau como ainda por força da sobrevivência da Constituição da República Portuguesa de 1976, que no domínio dos direitos fundamentais diretamente se aplicava⁽¹¹⁵⁾.

Simplemente, o sentido desta cláusula de abertura a direitos fundamentais atípicos — tal como sucedeu com a cláusula de remissão para direitos fundamentais extradocumentais — não se pode limitar à mera identificação material dos mesmos, considerando-os como meros direitos fundamentais em sentido material, ao conservarem o estatuto de direitos internacionais ou de direitos legais, mas não de direitos constitucionalizados na LBM.

Bem ao contrário: *se não se operasse, por força desta cláusula, o efeito da constitucionalização daqueles direitos, esta seria uma cláusula pura e simplesmente inútil, cuja utilidade se resumiria a uma mera “etiquetagem” dos direitos fundamentais que assim se englobasse.*

Ora, não é isso que se espera: espera-se que a LBM, na eventualidade de ter falhado na consagração de outros direitos fundamentais do mesmo modo relevantes, tenha estendido a mão a esses outros direitos, gerados noutras circunstâncias e que assim, por ação daquela cláusula, são alçados ao valor constitucional de direitos consagrados na LBM.

⁽¹¹³⁾ Com um enunciado dessas diversas convenções internacionais, v. PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais em Macau...*, pp. 63 e ss.

⁽¹¹⁴⁾ Ponto n.º 2.4., primeira parte, da Declaração Conjunta Luso-Chinesa.

⁽¹¹⁵⁾ Assim, PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais em Macau...*, p. 36.

24. As opções de conteúdo na construção do catálogo dos direitos fundamentais

I. Numa lógica substancial e expostas as diversas fontes positivadoras dos direitos fundamentais, *é agora o momento de se indagar a respeito do critério que permite obter a coerência global dos tipos de direitos fundamentais que foram consagrados no Ordenamento Jurídico de Macau.*

Esta é uma tarefa bem mais complexa do que a anterior, não apenas pela escassez de índices normativos como pela dificuldade de deslindar critérios parcelares num domínio que a evolução histórica do Direito Constitucional tem vindo a progressivamente heterogeneizar.

II. Assim sendo, a correta avaliação do sistema macaense de direitos fundamentais implica a consideração separada destas duas questões:

- *a distribuição dos tipos de direitos fundamentais pelas suas principais classificações, sobretudo a dicotomia entre direitos de liberdade e direitos sociais; e*
- *o enquadramento dos direitos fundamentais consagrados à luz das principais teorias inspiradoras das opções que em cada momento a História do Direito Constitucional tem apresentado.*

III. Como pano de fundo para a apreciação desta questão, não se pode obnubilar a realidade de o sistema de direitos fundamentais em Macau se erguer segundo uma conceção derogatória do sistema socialista da Constituição da República Popular da China.

O que se verifica no texto da Constituição da República Popular da China, ainda que algumas das suas revisões tenham mitigado certos pontos, é no essencial a adesão a uma conceção socialista dos direitos fundamentais. Estes direitos, longe de suprimidos, são realçados nos seus aspetos dinâmicos de combate social às estruturas liberais-burguesas, supostamente aquelas que teriam influenciado, desvirtuando-os, os direitos fundamentais de raiz liberal, criados pelo movimento constitucionalista.

O que se passa na LBM é substancialmente diferente do acolhimento de uma conceção de direitos fundamentais que tenha sido inspirada por uma matriz socialista, demonstração que se afigura possível lendo vários índices, bem predominando uma conceção ocidental, liberal e social de direitos fundamentais.

IV. No que toca ao primeiro tema, é indesmentível a elevada abrangência dos direitos fundamentais consagrados, no respetivo leque se incluindo tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos económicos, sociais e culturais, apesar de não ser adotada essa terminologia:

- *exemplos de direitos, liberdades e garantias*: liberdade de opinião, de reunião, de associação;
- *exemplos de direitos económicos, sociais e culturais*: a garantia dos benefícios sociais.

Essa mesma abrangência pode ser confirmada se for outro o critério classificatório utilizado, como sucede com a distinção entre direitos pessoais, direitos sociais, direitos laborais e direitos políticos:

- *direitos pessoais*: direito à integridade pessoal, o direito à proibição da esterilização da mulher, o direito à intimidade da vida privada e familiar;
- *direitos sociais*: os direitos relacionados com a proteção dos menores, terceira idade e pessoas portadoras de deficiência;
- *direitos laborais*: o bem-estar e a garantia da aposentação dos trabalhadores;
- *direitos políticos*: a liberdade de opinião, de imprensa, de reunião e de associação, bem como os direitos de participação política.

V. Noutra perspetiva identicamente substancialista, a apreciação material de tal catálogo de direitos fundamentais permite observar o cuidado de a síntese consagrada ser tributária de uma

pluralidade de concepções a seu respeito, sendo certo que os direitos fundamentais espelham diversas teorias explicativas dos mesmos:

- *a teoria liberal*: as liberdades de opinião, de imprensa, de associação ou de reunião;
- *a teoria social*: a especial proteção dada aos menores, idosos e deficientes;
- *a teoria democrática*: os direitos de eleger e de ser eleito para os órgãos políticos da RAEM.

Quer isto dizer que a concepção material do sistema macaense de direitos fundamentais não pode ser unificada em torno de uma única teoria explicativa dos mesmos, antes se desenvolve por diversas teorias que fundamentam, cada uma, apenas uma parte do elenco de tais direitos.

O pluralismo filosófico-material do sistema de direitos fundamentais acaba assim por ser uma evidência, o que só pode ser saudado, dada a ampliação protetiva que proporciona, ainda que numa outra visão das coisas resulte como uma imposição da própria evolução histórica que acompanhou o Constitucionalismo desde os seus primórdios ao dealbar do século XXI, numa acumulação intergeracional de direitos fundamentais.

É justo recordar-se que foi em nome da defesa dos direitos fundamentais liberais de primeira geração que surgiu, no mundo ocidental, o conceito material de Constituição, juntamente com outros não menos relevantes princípios estruturantes do Estado Constitucional da Idade Contemporânea: o princípio da separação dos poderes, o princípio democrático e o princípio republicano⁽¹¹⁶⁾.

Assim apareceram, ainda que bebendo boa parte da influência jusracionalista do século XVIII, as primeiras declarações de direitos fundamentais, de entre elas sendo certamente a mais emblemática a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,

⁽¹¹⁶⁾ Quanto a estes princípios inerentes à ideia de Constituição liberal, v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de exceção no Direito Constitucional*, I, Coimbra, 1998, pp. 166 e ss., *A afirmação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo*, in AAVV, *Direitos Humanos — teorias e práticas* (org. de PAULO FERREIRA DA CUNHA), Coimbra, 2003, pp. 58 e ss., e *Manual de Direito Constitucional*, II, 3.^a ed., Coimbra, 2009, pp. 1021 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, pp. 83 e ss.

aprovada na efervescência da Revolução Francesa, em 26 de Agosto de 1789.

Estes direitos, para além da sua forte inspiração universalista, distinguiram posições jurídicas das pessoas frente ao Estado numa conceção claramente defensiva, assim pretendendo erguer-se em barreira, de preferência inexpugnável, contra a atividade jurídico-pública do Estado.

Mas, por outro lado, estes direitos do mesmo modo se alinharam noutros propósitos mais específicos:

- a humanização do Direito Penal, abolindo penas de morte, penas perpétuas, penas infamantes ou cruéis;
- a consagração de uma mínima processualização na aplicação do Direito Penal, garantindo aos arguidos os elementares direitos de defesa;
- a abolição dos privilégios que foram apanágio do anterior Estado monárquico, afirmando-se um princípio jurídico geral de igualdade formal perante a lei.

Mais tarde, no século XX, depois das dramáticas consequências da “Questão Social”, a conceção ocidental acrescentou-se de novos direitos fundamentais, agora de segunda geração e com um cunho social e económico, embora num prisma complementar relativamente ao que fôra propugnado pelos direitos fundamentais civis e políticos, ao mesmo tempo que se atendeu a uma igualdade material e real, para além da mera igualdade formal na lei⁽¹¹⁷⁾.

Nos dias de hoje, em que se discute a passagem do Estado Social ao Estado Pós-Social, salienta-se a importância dos direitos fundamentais de terceira e quarta geração, em problemáticas específicas, como a defesa do ambiente, a manipulação genética, a diversidade cultural e a proteção das minorias.

⁽¹¹⁷⁾ Relativamente a esta nova conceção social de direitos fundamentais, v. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional...*, pp. 156 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, pp. 31 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito da Igualdade Social — guia de estudo*, Lisboa, 2000, pp. 10 e ss., *A afirmação dos direitos fundamentais...*, pp. 59 e 60, e *Manual de Direito Constitucional*, II, 3.^a ed., Coimbra, 2009, pp. 936 e ss., e pp. 1021 e ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.^a ed., Coimbra, 2004, pp. 54 e ss.

§ 8.º — A organização do poder público de Macau

25. O sistema de governo

I. A configuração do sistema de governo de Macau é definida pela LBM e não é de estranhar que acuse a antecedente experiência da administração portuguesa⁽¹¹⁸⁾.

A estrutura política de Macau funda-se na tripartição clássica entre os poderes executivo, legislativo e judicial, com diferentes protagonistas em cada um deles.

Isso mesmo é dito na LBM num dos seus preceitos iniciais: “A Assembleia Popular Nacional da República Popular da China autoriza a Região Administrativa Especial de Macau a exercer um alto grau de autonomia e a gozar de poderes executivo, legislativo e judicial independente, incluindo o de julgamento em última instância, de acordo com as disposições desta Lei”⁽¹¹⁹⁾.

Mas o que se pode desde já entrever é que nenhuma das qualificações conhecidas perfeitamente explica a realidade governativa de Macau, lançando-se ao investigador, por esse facto, um desafio suplementar de procurar novas conclusões.

II. O poder executivo é atribuído ao Chefe do Executivo, o qual é nomeado pelo Governo Popular Central⁽¹²⁰⁾, para um mandato de 5 anos, apenas uma única vez renovável⁽¹²¹⁾, sendo coadjuvado pelo Conselho Executivo⁽¹²²⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Sobre o sistema de governo de Macau de hoje, v. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *A organização do poder político-legislativo no território de Macau*, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 131 e ss.; VITALINO CANAS, *A Lei Básica e a evolução política de Macau*, in *Política Internacional*, n.º 15/16, vol. 1, Outono-Inverno de 1997, pp. 147 e ss.; IEONG WAN CHONG, *Anotações à Lei Básica...*, pp. 101 e ss.; PAULO CARDINAL, *Sistema político de Macau na transição: continuidade ou convergência*, in *Revista Jurídica de Macau*, número especial, Macau, 1999, pp. 272 e ss.

Numa perspetiva do tempo da Administração Portuguesa, VITALINO CANAS, *Preliminares do Estudo da Ciência Política*, Macau, 1992, pp. 233 e ss.

⁽¹¹⁹⁾ Art. 2.º da LBM.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. o art. 47.º, parágrafo 1.º, da LBM.

⁽¹²¹⁾ Cfr. o art. 48.º da LBM.

⁽¹²²⁾ Cfr. o art. 56.º da LBM.

As suas competências são vastas e não apenas do foro meramente administrativo, na medida em que podem incluir questões externas, além de competências de intervenção nos poderes legislativo — como a dissolução da Assembleia Legislativa — e judicial — como a nomeação de magistrados⁽¹²³⁾.

III. O poder legislativo é protagonizado pela Assembleia Legislativa, cujos membros — os Deputados — são designados para um mandato de 4 anos⁽¹²⁴⁾, embora segundo diversos critérios, agora num total de 29 membros⁽¹²⁵⁾:

- a maioria é eleita através de sufrágio universal, 12 por sufrágio direto e 10 por sufrágio indireto;
- os restantes sete Deputados são nomeados pelo Chefe do Executivo.

As competências legislativas da Assembleia Legislativa, órgão parlamentar unicameral, são vastas e expressamente assim entendidas pela LBM⁽¹²⁶⁾.

IV. A RAEM ainda dispõe de poder judicial próprio, expressamente qualificado pela LBM como independente: “A Região Administrativa Especial de Macau goza de poder judicial independente, incluindo o de julgamento em última instância”⁽¹²⁷⁾.

O poder judicial está globalmente atribuído aos tribunais⁽¹²⁸⁾, que oferecem uma estrutura com três instâncias, sendo o Tribunal de Última Instância o supremo tribunal de Macau⁽¹²⁹⁾.

Os tribunais de primeira instância em Macau podem ter uma competência especializada e diretamente a LBM admite a existência de um tribunal administrativo de primeira instância⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²³⁾ Cfr. o art. 50.º da LBM.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. o art. 69.º da LBM.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. o art. 68.º da LBM, que remete para o seu Anexo II, sobre a “Metodologia para a Constituição da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau”.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. o art. 17.º, parágrafo 1.º, e o art. 71.º da LBM.

⁽¹²⁷⁾ Art. 19.º, parágrafo 1.º, da LBM.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. o art. 82.º da LBM.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. o art. 84.º, parágrafo 1.º, da LBM.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. o art. 86.º da LBM.

V. A qualificação de sistema de governo mais antiga na Ciência Política e Teoria do Direito Constitucional é a do parlamentarismo⁽¹³¹⁾, que teve como berço o ordenamento constitucional britânico, a partir do momento em que, já no século XIX, a Câmara dos Comuns definitivamente concentraria o fulcro do exercício do poder político, forçando à responsabilidade política do Governo perante as maiorias que ali se iam formando.

Simplemente, nada na LBM autoriza a concluir pelo carácter parlamentar da distribuição dos seus poderes, havendo duas razões decisivas para que assim se entenda:

- por um lado, o facto de o poder executivo não ser uma emanção do poder legislativo, nem este poder destituir aquele por mera discordância política, ainda que sobre ele possa exercer alguma atividade de fiscalização;
- por outro lado, o Parlamento é composto, em parte, por pessoas designadas pelo órgão executivo, numa evidente supremacia deste sobre aquele, não se registando uma qualquer dependência inter-orgânica.

VI. Outra possível qualificação seria a do presidencialismo⁽¹³²⁾, que se inauguraria com o aparecimento do sistema constitucional norte-americano, em que se frisou a independência recíproca dos órgãos legislativo e executivo, ambos subsistindo sem qualquer laço de responsabilidade política entre si, para além de, numa mesma pessoa, coincidirem as posições jurídico-constitucionais de Chefe da Região e de Chefe de Governo.

Igualmente não parece que esta qualificação possa ser adequada à realidade jurídico-normativa de Macau, porquanto há duas razões fundamentais para que isso não venha a acontecer:

⁽¹³¹⁾ Sobre o sistema de governo parlamentar, v., de entre outros, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional...*, pp. 327 e ss.; VITALINO CANAS, *Preliminares...*, pp. 131 e ss.; JORGE MIRANDA, *Ciência Política — formas de governo*, Lisboa, 1992, p. 130; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, I, pp. 276 e ss.

⁽¹³²⁾ Sobre o sistema de governo presidencial, v., de entre outros, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional...*, pp. 331 e ss.; VITALINO CANAS, *Preliminares...*, pp. 143 e ss.; JORGE MIRANDA, *Ciência Política...*, pp. 130 e 131; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, I, pp. 299 e ss.

- o Chefe do Executivo, por uma parte, pode dissolver o Parlamento, sendo certo que no sistema presidencial o poder executivo jamais beneficia deste importantíssimo instrumento sobre o órgão legislativo, embora este seja um poder de uso limitado;
- o Chefe do Executivo, por outra parte, pode ser obrigado a renunciar ao mandato por razões políticas, o que também não permite preservar a sua independência orgânica, a despeito de essa possibilidade apenas poder ocorrer em circunstâncias bastante dramáticas.

VII. Do mesmo modo não podemos enfrentar qualquer sistema de governo diretorial⁽¹³³⁾ — à maneira da Constituição Francesa de 1795 ou à maneira da atual Constituição Suíça — porque não se verificam os elementos caracterizadores do sistema presidencial, com a particularidade de aqui tratar-se de um órgão executivo colegial, que é designado pelo Parlamento.

São três os argumentos que permitem refutar a verificação em Macau de um sistema de governo diretorial:

- o órgão executivo não é colegial, mas sim singular, sendo o Governo de Macau uma entidade subordinada ao Chefe do Executivo e que com ele não comunga as principais competências;
- os órgãos executivo e legislativo não são independentes entre si, antes se estabelecem alguns vínculos de responsabilidade política;
- o órgão executivo não é eleito pelo órgão legislativo, como se exige no sistema de governo diretorial.

VIII. Ainda se deve entender que organização do sistema de governo em Macau não se ajusta à caracterização de semipresidencialismo⁽¹³⁴⁾, um equilíbrio institucional desenvolvido na Europa

⁽¹³³⁾ Sobre o sistema de governo diretorial, v., de entre outros, VITALINO CANAS, *Preliminares...*, pp. 203 e 204; JORGE MIRANDA, *Ciência Política...*, pp. 130 e 131; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, I, pp. 382 e 383.

⁽¹³⁴⁾ Sobre o sistema de governo semipresidencial, v., de entre outros, MARCELO

na segunda metade do século XX, no qual os três órgãos políticos — o Chefe de Estado, o Parlamento e o Governo — são politicamente ativos.

O motivo fundamental para que este sistema não possa ser encontrado radica na ausência de uma relevante diarquia no poder executivo, que essencialmente reside no Chefe do Executivo, não aparecendo a figura do Chefe da Região separada da figura do Chefe do Governo, antes as duas posições coincidindo na mesma pessoa, o mesmo se dizendo acerca da escassa relevância do Governo de Macau.

Também interessa evidenciar que no sistema de governo de Macau não há verdadeiramente uma “triangulação política”, na medida em que a correlação de forças é apenas existente entre o poder executivo e o poder legislativo, sendo aquele a entidade que indubitavelmente mais avulta.

IX. Sem uma qualificação que possa inteiramente caber ao sistema de governo de Macau, podemos, contudo, afirmar que a modelação dessa organização se aproxima bastante, embora não se identificando totalmente com ele, do sistema de governo presidencial, dado o relevo político e normativo do Chefe do Executivo⁽¹³⁵⁾:

- há um certo rigor na separação dos dois poderes, com esferas de influência bem definidas;
- o Chefe do Executivo é o detentor do poder executivo, não havendo uma substancial diarquia no executivo;
- há uma clara preponderância do poder executivo, até com vários meios de ação política.

Contudo, esta aproximação ao sistema de governo presidencial permite entrever alguma natureza atípica do mesmo, tendo em mente dois aspetos fulcrais⁽¹³⁶⁾:

REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional...*, pp. 335 e ss.; VITALINO CANAS, *Preliminares...*, pp. 175 e ss.; JORGE MIRANDA, *Ciência Política...*, p. 132; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, II, pp. 1208 e ss.

⁽¹³⁵⁾ O mesmo se pode dizer, de resto, do sistema de governo vigente em Hong Kong, que em grande medida terá inspirado o sistema de governo de Macau. Cfr. YASH GHAI, *Hong Kong's New Constitutional...*, pp. 300 e ss.

⁽¹³⁶⁾ Ainda que à luz do Estatuto Orgânico de Macau, no tempo da administração

- *no facto de o Chefe do Executivo não ser eleito*, como sucede no sistema de governo presidencial típico, sendo antes escolhido pelo Governo da República Popular da China;
- *no facto de a demissão do Chefe do Governo e de a dissolução do Parlamento serem possíveis, embora limitadamente*, tendo pelo menos o valor de uma contraposição dualista entre os dois órgãos.

26. A fiscalização da constitucionalidade

I. O tema da fiscalização da constitucionalidade em Macau tem de ser especificamente contextualizado nos seus traços distintivos do ponto de vista daquilo que significa a existência de um Direito Constitucional neste território jurídico-político, integrado na República Popular da China.

É que não podemos escamotear o facto de a RAEM não ser um Estado, embora possuindo uma importante parcela de poder político delegada pela República Popular da China, sendo certo também que a LBM não é produto de um poder constituinte, ainda que protagonize funções constitucionais, materiais e organizatórias, no território jurídico-político autónomo de Macau.

II. Não obstante este enquadramento específico, não resta qualquer dúvida de que à função constitucional que se atribuiu à LBM se deve seguir um mecanismo de aferição do respeito das restantes leis de Macau em relação à sua superioridade regulativa⁽¹³⁷⁾.

portuguesa, VITALINO CANAS, profundo conhecedor da realidade jurídico-política de Macau nesse período, igualmente tivesse considerado a não caracterização segundo uma categoria previamente consagrada: "...a nossa conclusão sobre a natureza e qualificação do sistema de governo será quase idêntica à conclusão que propusemos sobre a forma de governo de Macau: temos aqui um sistema de governo atípico, de difícil acomodação" (cfr. *Preliminares...*, p. 266).

⁽¹³⁷⁾ Sobre o princípio da prevalência constitucional da LBM, v. PAULO CARDINAL, *The Constitutional Layer...*, pp. 235 e ss.

O pior que poderia acontecer seria a conclusão de que o primado da LBM, dentro da Ordem Jurídica de Macau, não teria qualquer apoio de um mecanismo adjetivo capaz de, em termos práticos, impor essa efetividade constitucional da LBM no universo jurídico de Macau.

E esse primado constitucional é mesmo devidamente assinalado no articulado da LBM: “Nenhuma lei, decreto-lei, regulamento administrativo ou ato normativo da Região Administrativa Especial de Macau pode contrariar esta Lei”⁽¹³⁸⁾.

III. Se bem que não utilizando essa terminologia, felizmente que esse mecanismo não deixa de existir, embora seja de utilização obviamente limitada⁽¹³⁹⁾.

Nesta matéria, a orientação geral da LBM é a de reconhecer um poder de fiscalização abstrata da constitucionalidade ao Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional: “O poder de interpretação desta Lei pertence ao Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional”⁽¹⁴⁰⁾.

Este poder operacionaliza-se depois na faculdade de, para cada diploma, aquele órgão da Assembleia Popular Nacional impedir a vigência em Macau no caso de haver contradição com a LBM, ainda que restritamente aos casos em que “...qualquer lei produzida pelo órgão legislativo da Região não está em conformidade com as disposições desta Lei respeitantes às matérias da competência das Autoridades Centrais ou ao relacionamento entre as Autoridades Centrais e a Região”⁽¹⁴¹⁾.

IV. Mas estabelece-se também uma fiscalização concreta da constitucionalidade fora dos casos em que pontificam assuntos pertinentes às atribuições das Autoridades Centrais da China:

⁽¹³⁸⁾ Art. 11.º, parágrafo 2º, da LBM.

⁽¹³⁹⁾ Sobre este mecanismo de fiscalização da constitucionalidade, v. IEONG WAN CHONG, *Anotações à Lei Básica...*, pp. 249 e ss.; PAULO CARDINAL, *Região de Direito — alguns tópicos sobre fiscalização da constitucionalidade e jurisdição da liberdade num Direito (também) em Língua Portuguesa*, in AAVV, *I Congresso do Direito de Língua Portuguesa* (coordenação de JORGE BACELAR GOUVEIA), Coimbra, 2010, pp. 271 e ss.

⁽¹⁴⁰⁾ Art. 143.º, parágrafo 1.º, da LBM.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. o art. 17.º da LBM.

“O Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional autoriza os tribunais da Região Administrativa Especial de Macau a interpretar, por si próprios, no julgamento dos casos, as disposições desta Lei que estejam dentro dos limites da autonomia da região”⁽¹⁴²⁾.

Dentro do universo de Macau, a competência para a fiscalização da constitucionalidade das leis e demais atos cabe ao poder judicial da RAEM, se bem que o Tribunal de Última Instância se apresente, pelas funções cimeiras na sua posição de órgão de recurso, como sendo determinante, não obstante a impossibilidade de proferir um acórdão que declare, com força obrigatória geral, a invalidade dos atos normativos inconstitucionais em face da LBM⁽¹⁴³⁾.

§ 9.º — Macau no Constitucionalismo de Língua Portuguesa

27. Convergências: um Direito Constitucional legislado, codificado e estável, e um sistema de direitos fundamentais abrangente e efetivo

I. A apresentação das fontes jurídico-constitucionais de Macau, por junto com a configuração desta unidade jurídico-política territorial, permite encontrar um primeiro traço de aproximação ao Constitucionalismo de Língua Portuguesa, nos termos em que o pudemos definir.

Trata-se da construção de um Direito Constitucional com as seguintes duas importantes notas essenciais:

- *a sua origem legislativa e a sua natureza amplamente codificada e absolutamente estável;* e
- *a abrangência e a efetividade dos direitos fundamentais positivados.*

⁽¹⁴²⁾ Art. 143.º, parágrafo 2.º, da LBM.

⁽¹⁴³⁾ Assim, PAULO CARDINAL, *Região de Direito...*, p. 278.

II. O *caráter escrito e legislado* resulta evidente no facto de o funcionamento do sistema jurídico de Macau assentar num diploma legislativo, praticamente não se vislumbrando a operacionalidade de outras fontes de cunho costumeiro, isso fazendo ingressar Macau no conjunto dos sistemas jurídico-políticos de natureza continental.

Noutro plano, refira-se que as fontes jurídico-constitucionais de Macau revelam uma natureza fortemente codificada, porquanto se optou por naquele diploma se concentrar a quase totalidade da legislação de índole constitucional aplicável ao território.

Cumpra finalmente salientar a absoluta estabilidade normativa da LBM, até ao momento sem qualquer alteração ou questões complexas no plano da sua interpretação e aplicação.

III. Outro elemento de convergência de Macau dentro do Constitucionalismo de Língua Portuguesa relaciona-se com as opções que foram tomadas em matéria de proteção dos direitos fundamentais.

É também aqui visível uma forte aproximação às outras Constituições de Língua Portuguesa no modo como se apresenta concebido o sistema de direitos fundamentais, na generalidade e na especialidade.

IV. No plano da generalidade, cumpre referir a abrangência das diversas opções de conteúdos realizados em sede do sistema de direitos fundamentais vigente em Macau, abrangência que se evidencia ainda mais numa análise comparativa em relação aos direitos fundamentais protegidos pela Constituição da República Popular da China.

Essa abrangência é facilmente comprovada não apenas pelo método seguro de positivação dos direitos fundamentais, através de uma tipificação exemplificativa dos mesmos, como por ser possível deparar com os diversos institutos jurídico-constitucionais de proteção dos direitos fundamentais, tanto ao nível da formulação dos direitos — os princípios da universalidade e da igualdade — como ao nível do regime que aos mesmos é aplicável.

V. No plano da especialidade, é de salientar que os vários grupos de direitos fundamentais têm a faculdade de cobrir as diversas situações de necessidade da sua consagração jurídico-constitucional, não se autorizando, deste modo, espaços vazios carecidos de positivação constitucional, que de um modo ou de outro é satisfatoriamente assegurada.

A observação do catálogo dos direitos fundamentais constante da LBM é uma prova disso mesmo, pois aí encontramos direitos fundamentais de diferentes gerações, catálogo que se mostra bastante completo e em linha com as mais recentes exigências de proteção da pessoa humana.

28. Divergências: um sistema de governo presidencial atípico e uma fiscalização mista da constitucionalidade

I. Já a organização do sistema político de Macau permite deparar com traços de divergência em relação ao Constitucionalismo de Língua Portuguesa, o que se explica, em boa parte, por Macau se apresentar na singularidade de o seu Direito Constitucional ser titulado por uma entidade jurídico-política não estadual.

Essa divergência neste plano da organização política é visível tanto no sistema de governo como na fiscalização da conformidade dos atos jurídico-públicos com a LBM.

II. Em relação ao primeiro ponto, o equilíbrio de poderes no sistema de governo de Macau assenta na proeminência do Chefe do Executivo, que hegemoniza o exercício desse poder, surgindo o Conselho Executivo como um órgão coadjuvante.

É verdade que o poder executivo surge contrabalançado pela posição jurídico-constitucional da Assembleia Legislativa, que detém as mais relevantes competências legislativas.

Porém, o saldo final é o de uma arquitetura do sistema de governo muito aparentada ao sistema de governo presidencialista, que nos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa vai tendo crescentemente mais adeptos, como a recente viragem da Consti-

tuição de Angola o demonstra e como a prática de Moçambique e Guiné-Bissau tem vindo a revelar.

As razões para essa aproximação ao presidencialismo são basicamente duas:

- *a ausência de diarquia no poder executivo*, com o Chefe do Executivo a assumir a responsabilidade da gestão da RAEM aos olhos dos órgãos centrais da República Popular da China;
- *uma legitimidade própria do Chefe do Executivo*, a qual não se confunde com a legitimidade da Assembleia Legislativa, aparecendo como órgãos separados, sendo isso também verdade no plano da repartição das funções jurídico-públicas.

No entanto, essa é uma aproximação só válida até certo ponto, uma vez que são notórios os *traços de atipicidade deste presidencialismo*, essencialmente pelo poder de dissolução que o Chefe do Executivo pode exercer contra a Assembleia Legislativa, ainda que sofra algumas limitações⁽¹⁴⁴⁾.

III. No tocante ao sistema de fiscalização da conformidade dos atos jurídico-públicos com a LBM, no que isso tenha de equiparável a uma função de fiscalização da constitucionalidade, note-se que se optou pela *adoção de um modelo misto, a um tempo político e judicial*:

- *político*, na atribuição de tal poder ao Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional, estabelecendo-se uma fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade;
- *judicial*, na atribuição de tal poder aos tribunais da RAEM, com recurso e última palavra ao Tribunal de Última Instância, fixando-se uma fiscalização sucessiva concreta e difusa da constitucionalidade.

A divergência em relação ao modelo de fiscalização da constitucionalidade predominante nos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa é dupla:

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. o art. 52.º da LBM.

- por um lado, *porque em parte o sistema de fiscalização em Macau é de natureza política*, se bem que tal resultado se possa compreender à luz das características próprias da LBM e da RAEM no plano jurídico-constitucional, não sendo sequer um sistema total porque limitado às questões atinentes às atribuições das Autoridades Centrais da China;
- por outro lado, *porque na parte em que o sistema é judicial, o mesmo filia-se no modelo americano de judicial review*, no qual se afasta a existência de um órgão judicial especializado nas questões jurídico-constitucionais, avultando a posição do Tribunal de Última Instância, o único supremo tribunal de Macau, que acaba por assumir uma função prevalecte, de entre outras tarefas judicantes, na fiscalização da constitucionalidade.

Macau, 20 de Janeiro de 2011.

A TRANSMISSÃO POR MORTE NA LOCAÇÃO FINANCEIRA

Pela Dra. Conceição Soares Fatela⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Questão em análise. 3. A locação financeira. 4. O carácter *intuitu personae* do contrato de locação financeira. 5. Objecto e sujeitos do contrato de locação financeira. 6. A transmissão por morte na locação financeira; 6.1. Nos contratos cujo objecto sejam bens de equipamento; 6.2. Nos contratos cujo objecto não sejam bens de equipamento. 7. Consequências da caducidade do contrato e solução preconizada. 8. Conclusões.

1. Introdução

O contrato de locação financeira é um contrato cujas características, especificidades e potencialidades são, ainda, quase desconhecidas em Portugal. A maioria sabe apenas que é um contrato que permite ao locatário, após pagar as rendas, optar por adquirir o bem locado. Mas as inúmeras confusões com outros contratos, embora, quanto a nós, não justificáveis após mais de trinta anos de existência do contrato de locação financeira no nosso país, impediram. Por um lado, os locatários consideram-no um contrato de arrendamento para efeitos de transmissão por morte mas, por outro

⁽¹⁾ Advogada.

Antes de mais, quero agradecer ao Senhor Professor Doutor Diogo Leite de Campos o amável convite que me endereçou para publicar este artigo na *Revista da Ordem dos Advogados*.

lado, consideram-no um contrato de compra de um bem, nas situações em que pretendem dar o bem locado em dação em pagamento ao locador para porem fim a dívidas com origem noutros contratos. Por sua vez, os locadores e outros organismos consideram-no como um contrato de crédito, e, quando têm por objecto imóveis destinados à habitação, chegam a considerá-lo um contrato de crédito à habitação, mas, obviamente, não lhe aplicando o regime destes contratos quando a mais elementar justiça o justificaria, chegando, em alguns casos, a impor “forçadamente” ao contrato de locação financeira um regime legal pensado e criado para contratos completamente distintos deste, mesmo quando é evidente que tal imposição contraria o regime jurídico próprio da locação financeira. E explicar tudo isto? Explicar que o contrato de locação financeira tem um regime jurídico próprio que não se confunde com o de outros contratos? Não é, de todo, fácil.

Neste artigo tentaremos somente dar uma achega a uma situação que ocorre no dia a dia destes contratos e que muitas vezes gera inúmeras dúvidas difíceis de explicar, e de resolver, por aqueles que contactam directamente com as pessoas envolvidas. Mas, para nós, o Direito é isto mesmo, é uma ciência dinâmica, que deve ser clara e prática, e que tem, também, por função ajudar as pessoas a resolver os problemas que vão surgindo no dia a dia e para os quais os directamente envolvidos não vêm, de imediato, uma solução.

2. Questão em análise

Uma das questões que tem surgido ultimamente no âmbito dos contratos de locação financeira, principalmente, nos contratos de locação financeira imobiliária é o que acontece ao contrato e, consequentemente, ao imóvel locado quando ocorre o falecimento do locatário financeiro. É que sucede, amiúde, que as pessoas, designadamente, os herdeiros do locatário, confundam o contrato de locação financeira com o contrato de arrendamento e exijam, e tentem convencer o locador financeiro a transmitir para estes o res-

pectivo contrato de locação financeira ao abrigo e nos exactos termos do previsto no regime do arrendamento urbano.

Ora, como tentaremos explicar, o contrato de locação financeira tem um regime jurídico próprio que em nada se confunde com o do contrato de arrendamento, pelo que a solução para esta situação — de saber o que sucede ao contrato de locação financeira em caso de morte do locatário — tem de ser encontrada no próprio regime jurídico da locação financeira.

Esta questão, que tenhamos conhecimento, ainda não foi objecto de qualquer estudo ou análise por parte da nossa doutrina, pelo que os locadores financeiros têm alguma dificuldade em saber como tratar estas situações, quando as mesmas ocorrem durante a vigência de um contrato de locação financeira. Mas não são apenas os locadores quem tem dificuldade em lidar com estas situações, também ao nível das Conservatórias do Registo Predial e do Registo Automóvel os entendimentos divergem, como, também, trataremos de explicar.

Assim, no presente artigo, é nosso objectivo tentar dar uma resposta a esta questão e tentar perceber como a nossa legislação a enquadra e a resolve.

3. A locação financeira

Antes de mais importa saber o que é a locação financeira. Esta é definida, no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho⁽²⁾, diploma que estabelece o regime jurídico da locação financeira em Portugal, como sendo “o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados.”

(2) Todas as referências a artigos sem indicação do respectivo diploma legal têm-se como referentes ao Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho, alterado pelos Decreto-Lei n.º 265/97, de 2 de Outubro, Decreto-Lei n.º 285/2001, de 3 de Novembro e Decreto-Lei n.º 30/2008, de 25 de Fevereiro.

Ou seja, a locação financeira é, antes de mais, um contrato. E é um contrato típico, já que é regulado, essencialmente, pelo Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho. Também podemos considerá-lo um contrato de adesão, já que o seu clausulado se encontra sempre pré-elaborado pelo locador⁽³⁾. É, também, bilateral, já que tem sempre duas partes: o locador e o locatário. E é um contrato sinalagmático pois constitui direitos e obrigações recíprocas para o locador (a obrigação de ceder ao locatário o gozo temporário de uma coisa que este pode adquirir findo o contrato, e o direito a receber deste, como contrapartida, uma retribuição) e para o locatário (o direito ao gozo temporário de um bem, que pode adquirir findo o contrato, e a obrigação de proceder ao pagamento da renda ao locador).

4. O carácter *intuitu personae* do contrato de locação financeira

O contrato de locação financeira, decorrente, precisamente, da sua vertente financeira, é também considerado, unanimemente, pela doutrina como um contrato *intuitu personae*⁽⁴⁾. E porquê? Porque o locador financeiro, quando lhe é apresentada pelo locatário, seja ele uma pessoa singular ou colectiva, uma proposta para celebrar um contrato de locação financeira, só a aceita depois de efectuar a cha-

⁽³⁾ O que não significa que o mesmo não possa ser alterado por proposta do locatário, existindo inúmeras situações em que os contratos de locação financeira são feitos à medida do locatário e dos bens locados que se encontram em causa. Estamos à vontade para o afirmar já que redigimos bastantes...

⁽⁴⁾ Como refere JORGE LUÍS MARSILI, *Transferència del Contrato de Leasing*, pp. 27-28, Alveroni Ediciones, 1997, citando JOSÉ MARIA GASTALDI “...es *intuitu personae* porque no solo las cosas dadas en leasing deben ser adquiridas por el dador para darlas al tomador a su pedido, sino que el contrato está específicamente realizado en función de las necesidades del tomador. Se dice también que reviste este carácter porque está influenciado por la operación financiera que le sirve de base, y no es posible que el tomador sea sustituido.” E, acrescenta MARSILI, “...las razones de que el contrato se presente como *intuitu personae*...se fundamentan en que, al celebrarlo, se ha tenido en cuenta específicamente la persona del deudor — tomador —, y son dos: a) Las cosas han sido adquiridos por el dador a pedido del tomador, en función de las necesidades de este. b) En la operación financiera que le sirve de base se han considerado las garantías ofrecidas por el deudor — tomador — y por ende no es posible que este sea sustituido por otro.”

mada análise de risco de crédito, ou seja, a análise da capacidade financeira daquele locatário concreto para cumprir, perante si, todas as obrigações decorrentes daquele preciso contrato de locação financeira, porque somente este locatário, para aquele contrato com aquele objecto, e naquelas condições financeiras lhe mereceu a sua confiança. Por exemplo, é precisamente por se tratar de um contrato *intuitu personae* que não é permitido ao locatário ceder a outrem a sua posição contratual sem a autorização do locador⁽⁵⁾.

Este carácter *intuitu personae*⁽⁶⁾ é, em nosso entender, a sua característica mais relevante para o tema em análise, pelo que infra voltaremos a ela.

5. Objecto e sujeitos do contrato de locação financeira

Quanto às modalidades de contrato de locação financeira, que existem no nosso país, são os contratos de locação financeira mobiliária e imobiliária consoante o seu objecto seja um bem móvel⁽⁷⁾ ou um bem imóvel⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Aliás esta questão é tão interessante que nos levaria bem mais longe, designadamente à questão de saber se a posição contratual do locatário pode ou não ser objecto de penhora. O nosso entendimento é que não, tal não é possível, exactamente porque não pode ser imposto ao locador outro locatário que não seja aprovado por si. Tal penhora seria ilegal por violação do regime jurídico do contrato de locação financeira. Mas este é outro tema...

⁽⁶⁾ Este carácter *intuitu personae* resulta claro, por exemplo, dos artigos 10.º, n.º 1, g), h), n.º 2, d); 11.º, n.º 3, e 18.º.

⁽⁷⁾ Com efeito, o artigo 2.º, n.º 1 refere que “a locação financeira tem como objecto quaisquer bens susceptíveis de serem dados em locação”, o que significa que quer os bens móveis quer os bens imóveis podem ser os mais variados. Como refere FERNANDO DE GRAVATO MORAIS “os bens móveis, objecto de locação financeira, podem ser do mais variado tipo: automóveis, navios, aeronaves computadores, obras de arte, acções, entre outros.”, *Manual da Locação Financeira*, pp. 31, Almedina, 2006. E em alguns países da Europa existem contratos de locação financeira que têm como objecto gado/rebanhos, como é referido por FERNANDO GARCIA SOLÉ, *La opción de compra en el leasing financiero*, pp. 62, Colégio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008.

⁽⁸⁾ Quanto aos bens imóveis, como refere FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *op.cit.*, pp. 31-32, “Se, num primeiro momento, era *conditio sine qua non* que o imóvel se desti-

Já quanto aos sujeitos, nos termos do mesmo diploma, são partes do contrato de locação financeira o locador⁽⁹⁾ e o locatário.

Quanto ao locador financeiro⁽¹⁰⁾, só podem exercer a actividade de locação financeira, as sociedades de locação financeira, os bancos e as IFIC — Instituições Financeiras de Crédito⁽¹¹⁾, não podendo nenhuma outra entidade realizar, de forma habitual, operações de natureza similar ou com resultados económicos equivalentes aos dos contratos de locação financeira⁽¹²⁾.

Quanto ao locatário, este pode ser qualquer pessoa singular ou colectiva, com capacidade de gozo e de exercício de direitos.

Mas, no que respeita ao locatário, nem sempre foi assim. Com efeito, o diploma que implementou em Portugal o contrato de locação financeira, o Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho, apenas permitia a celebração de contratos de locação financeira mobiliária que tivessem por objecto bens de equipamento, e contratos de locação financeira imobiliária afectos, exclusivamente, ao investimento produtivo, na indústria, na agricultura ou no comércio. Ou seja, o contrato de locação financeira não podia ter como objecto bens de consumo, logo, o mesmo encontrava-se vedado aos consumidores. Só podiam, assim, celebrar contratos de locação financeira empresas, singulares ou colectivas, profissionais liberais,

nasse exclusivamente a investimento produtivo na indústria, na agricultura, no comércio ou noutros sectores de serviços de interesse económico ou social (art. 3.º, n.º 1, DL 171/79), desde há muito tempo que tais peias desapareceram. Numa fase inicial — a partir de 1991 — os prédios destinados a habitação passaram também a ser objecto de operações deste género. Desde 1995, afastaram-se as limitações de qualquer ordem à celebração de contratos em que se concedia temporariamente o gozo de imóveis (conquanto houvesse inicialmente obstáculos — que já não existem — quanto a aspectos específicos da disciplina.” E foi, exactamente, a abolição destas limitações que veio trazer para o contrato de locação um problema que até aí nunca tinha existido e que é, precisamente, o da transmissão por morte, como adiante explicaremos.

(9) Dizemos locador porque em Portugal, que tenhamos conhecimento, já não existe nenhuma sociedade de locação financeira, todas as que existiam ou foram integradas em Bancos ou transformaram-se em IFIC — Instituição Financeira de Crédito, criada pelo Decreto-Lei n.º 186/2002, de 21 de Agosto.

(10) Ver nota anterior.

(11) Artigos 4.º e 8.º do Regime Geral das Instituições de Crédito, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92 de 31 de Dezembro, com a redacção dada pelo Decreto-Lei 201/2002 de 26 de Setembro.

(12) Artigo 23.º do Decreto-lei n.º 149/95, de 24 de Junho.

entidades públicas, entre outras⁽¹³⁾. O livre acesso de todas as pessoas à locação financeira veio a implementar-se somente em 1995, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho⁽¹⁴⁾.

No que respeita ao tema que nos propomos tratar, a limitação acima referida permitiu que a questão da transmissão por morte do locatário financeiro nunca se colocasse com a mesma amplitude que hoje em dia, sendo que o próprio Decreto-Lei n.º 149/95, como abaixo aprofundaremos, no único artigo onde se refere à transmissão por morte trata esta questão como se os particulares, na sua vertente de consumidores, continuassem sem puder aceder à celebração de contratos de locação financeira, o que, desde já admitimos, pode não ser por acaso.

6. A transmissão por morte na locação financeira

Obviamente que a transmissão por morte, regulada pelo direito das sucessões⁽¹⁵⁾, só se coloca relativamente às pessoas singulares. Importa, assim, saber se ocorrendo a morte do locatário financeiro a sua posição jurídica, num contrato de locação finan-

⁽¹³⁾ Vide FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *op.cit.*, pp. 63.

⁽¹⁴⁾ Do estudo de direito comparado que efectuamos constatamos que não é esta a realidade na maioria dos países, ou seja, os particulares/consumidores não podem celebrar contratos de locação financeira. Por exemplo, a legislação espanhola — Lei n.º 26/1988, de 29 de Julho —, a francesa — Code monétaire et financier —, e a belga — Arrêté Royal n.º 55, de 10 de Novembro de 1967 —, prevêm, expressamente, que o locatário tem de ser, necessariamente, um empresário ou um profissional que afecte os bens locados aos exercício das suas actividades económicas. Nestes países vive-se ainda a realidade portuguesa anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho. Daí a explicação para o facto de não termos encontrado, na pesquisa que fizemos, nenhum estudo ou referência, na doutrina destes países, à problemática que aqui nos traz.

⁽¹⁵⁾ “O direito das sucessões tem por finalidade resolver a crise provocada na continuidade do tráfico jurídico pela morte de uma pessoa singular. Essa crise incide num duplo plano: de um lado, é essencial evitar a possível dispersão do património do defunto; do outro, o eventual dano de pessoas que tivessem adquirido direitos contra ele.”, como afirma JOÃO GOMES DA SILVA, *Herança e Sucessão por Morte, A sujeição do património do de cuius a um regime unitário no livro V do Código Civil*, pp. 85, Universidade Católica Editora, 2002.

ceira, se transmite para os seus herdeiros, tal como sucede com as restantes situações jurídicas de natureza patrimonial de que o *de cuius* era titular⁽¹⁶⁾, e se sim, em que termos tal ocorre.

Da análise ao regime jurídico do contrato de locação financeira somos forçados a distinguir entre os contratos de locação financeira cujo objecto sejam os chamados bens de equipamento, ou seja, aqueles que estão intrinsecamente ligados à actividade profissional do locatário, dos contratos cujo objecto não sejam bens de equipamento, incluindo aqui todos os contratos de locação financeira cujo objecto sejam bens imóveis.

6.1. Nos contratos cujo objecto sejam bens de equipamento

O regime jurídico do contrato de locação financeira vem estipular no seu artigo 11.º, n.º 1, que nos casos em que a locação financeira incide sobre bens de equipamento a posição contratual é transmissível por morte, a título de sucessão legal ou testamentária, quando o sucessor prossiga a actividade profissional do locatário falecido⁽¹⁷⁾. No entanto, esta transmissão por morte no caso de o contrato de locação financeira ter por objecto bens de equipamento não pode, em nosso entender, ser considerada uma verdadeira transmissão por morte na medida em que, logo a seguir, no n.º 3 do artigo 11.º, vem dizer-se que “o locador pode opor-se à transmissão da posição contratual, provando não oferecer o cessionário garantias bastantes à execução do contrato”.

Mas e nas restantes situações, ou seja, aquelas em que a locação financeira não incide sobre bens de equipamento haverá transmissão por morte?

⁽¹⁶⁾ JOÃO GOMES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 97.

⁽¹⁷⁾ Nunca, até hoje, na nossa experiência profissional, tivemos conhecimento de uma única situação em que esta transmissão por morte fosse invocada perante o locador por herdeiros do locatário financeiro.

6.2. Nos contratos cujo objecto não sejam bens de equipamento

Nos contratos de locação financeira cujo objecto não sejam bens de equipamento, ou seja, todos aqueles que não sejam bens móveis directamente afectos ao exercício da actividade profissional do locatário, como sejam, viaturas, barcos de recreio, aeronaves privadas ou imóveis, para estas situações o mesmo artigo 11.º, n.º 2 remete-nos para o regime da locação, afirmando que a posição do locatário pode ser transmitida nos termos previstos para a locação.

E que termos são estes? É que o regime da locação, designadamente o artigo 1051.º, n.º 1, *d*), primeira parte do Código Civil, não prevê qualquer transmissão por morte.

Com efeito, a regra geral na locação determina que o contrato de locação caduca⁽¹⁸⁾ com a morte do locatário.

Então, temos assim uma primeira conclusão quanto à transmissão por morte no contrato de locação financeira: a regra geral para todos os contratos de locação financeira cujo objecto não sejam bens de equipamento, aqui se incluindo os contratos de locação financeira cujo objecto seja um imóvel, será a caducidade do contrato de locação financeira por morte do seu locatário.

Devemos, desde já, adiantar que na prática é efectivamente esta a regra geral aplicada pelos locadores financeiros, ocorrendo a morte do locatário financeiro o contrato caduca⁽¹⁹⁾, o que, em

⁽¹⁸⁾ “*Caducidade*, escreve GALVÃO TELLES (*Contratos Cívís*, pág. 46), é a extinção automática do contrato, como mera consequência de algum evento a que a lei atribui esse efeito. Aqui o contrato resolve-se *ipso jure*, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade, jurisdicional ou privada, tendente a extingui-lo.”, citado no comentário ao artigo 1.051.º, Código Civil Anotado, Volume II, 3.ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, 1986.

⁽¹⁹⁾ Esta consequência, da caducidade, é bem conhecida das Conservatórias do Registo Predial, pois é prática assente, desde sempre, que ocorrendo o óbito do locatário financeiro, para cancelar o registo de locação financeira basta o locador requerer o respectivo cancelamento do registo da locação financeira, juntando para tal a certidão de óbito do locatário. Infelizmente, o mesmo não podemos dizer relativamente às Conservatórias do Registo Automóvel cuja prática tem sido deveras estranha e, em nosso entender, sem qualquer fundamento legal. Estas Conservatórias começaram por se recusar a cancelar o registo de locação financeira com base na lei e na certidão de óbito e exigiam um contrato de cessão de posição contratual assinado pelo cabeça de casal, nessa qualidade, a ceder a

nosso entender, se compreende dado defendermos o carácter pessoal — *intuitu personae* — do contrato de locação financeira em relação ao locatário, e sobre o qual já acima nos pronunciámos.

Assim, e face ao acima exposto, podemos afirmar que no contrato de locação financeira em que o locatário é um particular, ocorrendo a morte deste durante a vigência do contrato, não é permitida a transmissão por morte da sua posição contratual, não sendo aplicáveis a este contrato as regras da sucessão por morte⁽²⁰⁾.

7. Consequências da caducidade do contrato e solução preconizada

Como acima referimos, a morte do locatário durante a vigência do contrato de locação financeira tem como consequência imediata *ipso jure* a caducidade, extinção, do contrato de locação financeira. Ora, tal implica que o bem locado tenha de ser restituído ao locador financeiro, neste caso pelos herdeiros do locatário

posição do contrato para os herdeiros, mesmo quando nem estes o queriam nem o locador o aceitava. Depois de anos de explicações, passaram, então, a exigir, para cancelar o registo de locação financeira, que o cabeça de casal assinasse, nessa qualidade, um acordo de resolução do contrato. Não podemos deixar de perguntar qual o fundamento legal para tal exigência quando a lei é clara.

(20) Como bem afirma JOÃO GOMES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 101-103, “Principalmente no domínio obrigacional, existem, muitas vezes, elementos de ordem pessoal, que levem a que não seja indiferente para uma das partes da relação jurídica, especialmente se *credora*, a pessoa da outra parte. Essa realidade leva a que, no direito das sucessões a substituição do *de cuius* pelos seus herdeiros, em algumas relações jurídicas, se não torne possível (...) no contrato de sociedade, relativamente ao sócio; na locação, relativamente ao locatário; na parceria pecuária, relativamente ao parceiro pensador; no comodato, relativamente ao comodatário; no mandato, relativamente a mandatário e mandante, e na empreitada, quando sejam tomadas em conta as qualidades pessoais do empreiteiro. Daqui parece deduzir-se, ao contrário, uma quase presunção de que a *natureza* da obrigação nos contratos duradouros que têm uma qualquer relação especial pessoal com a pessoa de uma das partes, impede a sucessão por morte (...). A morte do *devedor* implicaria a extinção da relação, quando se verificasse uma impossibilidade de realizar a prestação, ou quando, não obstante se mantivesse a possibilidade, a pessoa do devedor originário tivesse sido essencial para a conclusão do negócio.”

ou pelo cabeça de casal, tendo o locador, após recuperar o bem locado, toda a legitimidade de lhe dar os destinos que lhe aprouver, e que se encontram previstos no artigo 7.º.

Caso os herdeiros do locatário não procedam à restituição do bem locado ao locador, é nosso entendimento que, também nesta situação, o locador pode recorrer à providência cautelar prevista no artigo 21.º para obter a entrega judicial do bem locado, de que o locador é legítimo e exclusivo proprietário.

No entanto, se é nosso entendimento que resulta da lei, como regra geral, a de que não existe transmissão por morte da posição de locatário num contrato de locação financeira, também percebemos a posição do locatário financeiro quando, antes de celebrar o contrato de locação financeira, principalmente quando o objecto do contrato é um imóvel, pretende assegurar que o bem locado, cujas rendas ele foi pagando com o objectivo de no termo do prazo contratualmente estipulado poder exercer a respectiva opção de compra, se transmita aos seus herdeiros, ou mesmo a um herdeiro em concreto⁽²¹⁾.

Na verdade, qualquer pessoa pode recorrer à celebração de um contrato de locação financeira com o objectivo final de adquirir um bem, nomeadamente, um bem imóvel, sabendo à partida que ocorrendo a sua morte o mesmo imóvel não sendo sua propriedade, mas do locador, não se transmite, pela sua morte, para os seus herdeiros, nem, como vimos, a sua posição contratual se transmite pela sua morte para os seus herdeiros. No entanto, o locatário ao recorrer à locação financeira pode, desde logo, pretender que aquele bem venha, caso ocorra a sua morte durante a vigência do contrato de locação financeira, a ser adquirido por uma determinada pessoa, que pode ou não ser seu herdeiro.

Contudo, por outro lado temos o locador, cuja actividade é celebrar contratos de locação financeira com o objectivo de recuperar o capital investido na aquisição ou construção do bem, devidamente remunerado. Creio estarmos todos de acordo que o objectivo

⁽²¹⁾ Conhecendo bem o contrato de locação financeira, e sabendo as potencialidades deste e as suas particularidades, atrevemo-nos a afirmar que este contrato pode bem ser uma forma de ultrapassar as limitações impostas pelo direito das sucessões, designadamente, quanto à quota disponível, e sem que tal possa ser, em nosso entender, considerado uma fraude à lei.

do locador não é pôr o bem locado a render, nem é sua a actividade de venda de bens retomados, nem tampouco a de mediador imobiliário, pois não só não é este o seu objecto social como não tem recursos, conhecimentos ou experiência para tal. Portanto, e podemos afirmá-lo, a pior coisa que pode acontecer ao locador na vigência de um contrato de locação financeira, mais do que o incumprimento contratual do locatário, porque aqui ainda existe alguém vivo cujo património pode responder pelas dívidas, é ocorrer a morte do locatário financeiro durante a normal vigência do contrato. Por isso, o locador tem todo o interesse em salvaguardar-se, em proteger-se desse risco, para o caso de tal situação vir a ocorrer.

Temos assim que há duas vontades que se reúnem antes da celebração de um contrato de locação financeira: a do locatário que pretende que com a sua morte o bem locado ou, mais concretamente, a sua posição contratual no contrato de locação financeira seja assumida por outra pessoa, para que no final esta possa optar pela aquisição do bem locado e ficar sua proprietária, e a do locador que pretende evitar ficar com os bens locados “nos braços” em virtude da extinção do contrato decorrente da morte do seu locatário.

Mas, como referimos supra, o contrato de locação financeira é um contrato *intuitu personae* ou seja, o locador não aceita que o seu locatário seja substituído por qualquer outra pessoa, nem aceita que tal lhe seja imposto. É por isso que, não obstante o artigo 1.051.º, c) do Código Civil prever que o contrato de locação caduca com a morte do locatário, *salvo convenção em contrário*, podemos afirmar com alguma certeza que dificilmente algum locador aceitará estipular convenção em contrário, ou seja, estipular que a posição contratual do locatário se transmite por morte deste para os seus herdeiros. E porquê? Porque não só não conhece os herdeiros, nem sabe quem sejam ou quem podem vir a ser, como a própria transmissão implicaria a manutenção das mesmas condições contratuais que tinham sido aprovadas para o locatário falecido, o que poderia ser desvantajoso e desequilibrado para o locador face a um risco de crédito desconhecido.

Contudo, entendemos que há, pelo menos, uma solução que pode harmonizar a vontade de todas as partes envolvidas salvaguar-

dando a natureza *intuitu personae* do contrato de locação financeira, permitindo ao locador intervir dando, desde logo, o seu acordo à transmissão da posição contratual do locatário para o terceiro, seja ou não seu herdeiro. Na nossa opinião, uma das soluções possíveis, passará pela celebração de um contrato de cessão de posição contratual onde intervirão como partes o locatário, como cedente, o locador e o terceiro, como cessionário. Mas este contrato terá de ser um contrato de cessão de posição contratual sujeito a uma condição suspensiva⁽²²⁾ que será, obviamente, a morte do locatário. Tal significará que o mesmo produzirá efeitos *mortis causa*.

8. Conclusões

- i) O contrato de locação financeira é “o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados.”
- ii) O locador financeiro tem de ser, obrigatoriamente, uma sociedade de locação financeira, um banco ou uma IFIC — Instituição Financeira de Crédito.
- iii) O locatário financeiro pode ser qualquer pessoa, singular ou colectiva, com capacidade de gozo e de exercício de direitos.

(22) Claro que este contrato implicará que o cessionário mereça, desde logo, o acordo do locador, após este efectuar a competente análise de risco de crédito deste. Além de que, certamente, o locador também exigirá, neste contrato, que fique como condição a sua legitimidade para rever e alterar, se tal se justificar, as condições financeiras a aplicar ao cessionário aquando da produção de efeitos do contrato, que ocorrerá com a morte do locatário, se esta se vier a verificar na vigência do contrato.

- iv) O contrato de locação financeira é um contrato *intuitu personae*, tal significa que ao celebrar o contrato de locação financeira o locador teve em consideração especificamente aquele locatário, pois não só adquiriu os bens que ele escolheu, em função das suas próprias necessidades, como também a análise financeira que está subjacente ao contrato de locação financeira, por parte do locador, teve por base o risco e as garantias de cumprimento que foram oferecidas por aquele locatário concreto, não sendo, portanto, possível substituir o locatário por outro sem o acordo expresso do locador.
- v) Nos contratos de locação financeira cujo objecto sejam bens de equipamento, o contrato é transmissível por morte, a título de sucessão legal ou testamentária, quando o sucessor prossiga a actividade profissional do locatário falecido.
- vi) Nos contratos de locação financeira cujo objecto não sejam bens de equipamento, aqui se incluindo os contratos de locação financeira cujo objecto seja um imóvel, o contrato de locação financeira caduca automaticamente com a morte do seu locatário.
- vii) Há, pelo menos, uma solução que pode permitir que o contrato se transmita para um terceiro em caso de morte do locatário, e que passará pela celebração de um contrato de cessão de posição contratual, onde intervirão como partes o locatário, como cedente, o locador e o terceiro, como cessionário, sujeito a uma condição suspensiva que será a morte do locatário. Tal significará que o mesmo produzirá efeitos *mortis causa*.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO POR ACTOS E OMISSÕES DOS GESTORES DAS SOCIEDADES COMERCIAIS*

*Pelo Dr. Gonçalo Meneses***

SUMÁRIO:

I. Considerações preliminares: a responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização prevista no n.º 2 do artigo 81.º do Código das Sociedades Comerciais como co-responsabilidade por omissão pela prática de factos danosos da autoria dos gestores das sociedades comerciais. **II.** Regime da responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização pela prática de factos danosos da autoria dos gestores das sociedades comerciais. 1. Sujeitos responsáveis; 2. Pressupostos da obrigação de indemnizar; 3. Danos ressarcíveis. Regime, natureza e fundamento da obrigação solidária de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização; 4. Finalidade e natureza jurídica da responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização por factos danosos da autoria dos gestores das sociedades comerciais. **III.** Conclusões.

(*) O presente artigo corresponde, com pequenas alterações de pormenor, nomeadamente ao nível da actualização da bibliografia entretanto publicada, ao Relatório de Avaliação apresentado pelo autor, no âmbito do curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais 2008/2009 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

(**) Advogado.

I. Considerações preliminares: a responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização prevista no n.º 2 do artigo 81.º do Código das Sociedades Comerciais como co-responsabilidade por omissão pela prática de factos danosos da autoria dos gestores das sociedades comerciais.

É por todos sabido que as normas jurídicas, em regra, são estruturadas, de um lado, por uma previsão (hipótese ou tipo legal) — a chamada *facti-species* — e, de outro lado, por uma estatuição (consequência jurídica), consistindo aquela na situação típica da vida — factos ou conjunto de factos (situação de facto) — cuja verificação em concreto faz desencadear os efeitos jurídicos prescritos nesta⁽¹⁾.

Ora, nesta conformidade, dispõe, sob a epígrafe de «**Responsabilidade dos membros de órgãos de fiscalização**», o n.º 2 do art. 81.º do CSC⁽²⁾ o seguinte:

«**2.** *Os membros de órgãos de fiscalização respondem solidariamente com os gerentes ou administradores da sociedades por actos ou omissões destes no desempenho dos respectivos cargos quando o dano se não teria produzido se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização.*» (sic).

Desta sorte, uma questão, desde logo, se coloca: qual a situação de facto que, uma vez verificada, faz desencadear a consequên-

⁽¹⁾ Cf. sobre a noção e estrutura da norma jurídica em geral, por todos, João BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2002, p. 79 e ss..

⁽²⁾ Este preceito provém originariamente do art. 27.º do DL n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969, que apenas se referia aos membros do conselho fiscal. A actual redacção, contém, todavia, uma alteração (a única, na verdade) relativamente à versão original de 1986 operada pela reforma de 2006 do CSC (DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março), no sentido precisamente de suprimir a referência aos «directores» das sociedades anónimas anteriormente prevista no âmbito do chamado modelo germânico de governação das mesmas — cf. Abílio NETO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado. Jurisprudência e Doutrina*, 4.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2007, p. 314, e António MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 293 e s..

cia jurídica fixada naquela norma, designadamente a imposição de um dever jurídico sobre os respectivos destinatários — os membros dos órgãos de fiscalização —, consistente, na verdade, na obrigação de indemnizar?

Ora, atenta a redacção da mesma, bem vistas as coisas, o conjunto de factos que faz desencadear os efeitos jurídicos nela prescritos são, desde logo, os seguintes:

- 1) responsabilidade civil dos gestores⁽³⁾ das sociedades comerciais — cometimento (por acção ou omissão) de factos danosos de autoria dos mesmos («[...] com os gerentes ou administradores da sociedade por actos ou omissões *destes* no desempenho dos respectivos cargos[...]);
- 2) omissão por parte dos membros dos órgãos de fiscalização do cumprimento das suas obrigações de fiscalização — («[...] *se houvessem cumprido* as suas obrigações de fiscalização.»).

Com efeito, nesta situação, o gestor da sociedade comercial em causa⁽⁴⁾, no exercício das suas funções, cometeu um facto (ilí-

⁽³⁾ Seguimos, pois, aqui de perto o ensino de Pedro PAIS DE VASCONCELOS, em «Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano I, vol. I, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 11-32, esp.^{ic} p. 11, n. 1, segundo o qual a pluralidade de designações no Direito Societário Português dos diversos titulares dos órgãos de administração e representação das sociedades comerciais cria uma complexidade tal que importa simplificar, abarcando, deste modo, as diferentes designações (administradores e gerentes) numa única locução genérica — gestor(es).

⁽⁴⁾ Tome-se, pois, em atenção, que embora o preceito em análise, sob ponto de vista sistemático, se encontre na parte geral do CSC (como aliás as demais normas atinentes à responsabilidade civil pela administração e fiscalização das sociedades comerciais), como teremos oportunidade de adiante explicar, não se aplica a todos os tipos societários previstos neste código, mas apenas àqueles que, obviamente, dispõem na sua estrutura organizatória de órgãos de fiscalização.

Por outro lado, neste enfiamento, cumpre afirmar que apenas cuidaremos neste estudo da análise do regime de responsabilidade civil em apreço sob o ponto de vista das sociedades comerciais disciplinadas exclusivamente no CSC, ou seja, as chamadas sociedades comerciais fechadas, sem prejuízo, porém, da referência, quando julgada oportuna, às chamadas sociedades comerciais abertas, sociedades civis ou, inclusive, certos tipos legais societários específicos previstos em legislação extravagante para efeitos de aplicação ou incidência do art. 81.º, n.º 2, do CSC.

cito e culposo) que causou danos a outrem (lesado), assinaladamente, pressuposto o facto de a lei especificar que estamos perante «actos ou omissões destes no desempenho dos respectivos cargos», isolada ou cumulativamente, à sociedade, a credores sociais ou a sócios e terceiros, pelo qual é civilmente responsável nos termos e para os efeitos do disposto nos arts. 72.º, 78.º e 79.º do CSC^(5/6), tendo, em simultâneo, os membros dos órgãos de fiscalização omitido o cumprimento das suas obrigações de fiscalização que, caso tivessem sido observadas, teriam feito com que aqueles não se teriam produzido.

Ou seja, na referida situação, o facto danoso não é cometido (por acção ou omissão) pelos membros dos órgãos de fiscalização, mas antes pelo gestor da sociedade comercial, que é assim autor daquele, não obstante aqueles serem co-responsáveis pelo mesmo, na medida em que caso não tivessem omitido o cumprimento das suas obrigações de fiscalização o mesmo não se teria produzido.

Deste modo, não sendo os membros dos órgãos de fiscalização autores do facto danoso (caso em que o sendo, na verdade, responderão nos termos do art. 81.º, n.º 1, do CSC, isto é, precisamente nos termos previstos para os gestores⁽⁷⁾), são, no

⁽⁵⁾ Com igual conclusão afirmando, por seu turno, que «[...] parece-me que está aqui em causa uma responsabilidade tanto para com a sociedade como para com os sócios e outros terceiros que sejam lesados, pelo que também estes terão legitimidade para lançar mão do disposto no art. 81.º, n.º 2 [do CSC]» (*sic*) — cf. Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade Civil dos Membros de Órgãos de Fiscalização das Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 240.

⁽⁶⁾ Para uma síntese analítica de cada um destes regimes de responsabilidade dos gestores das sociedades comerciais à luz do CSC após a reforma de 2006 *vd.*, por todos, Jorge Manuel COUTINHO de ABREU, «Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades», in *IDET, Caderno n.º 5*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, António FERNANDES DE OLIVEIRA, «Responsabilidade Civil dos Administradores», in Paulo CÂMARA, Rui de Oliveira NEVES, André FIGUEIREDO, António Fernandes de OLIVEIRA e José Ferreira GOMES, *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 283 e *ss.*, e Pedro PAIS DE VASCONCELOS, [n. 3], p. 11 e *ss.*, com referências bibliográficas.

⁽⁷⁾ A título de exemplo, se o conselho fiscal de uma sociedade anónima tiver dado um parecer favorável à celebração de um contrato entre a sociedade e o seu gestor (o qual responde, independentemente daquele, nos termos do n.º 6 do art. 72.º do CSC) sem a devida autorização do conselho de administração (cf. art. 397.º, n.º 2, do CSC), em conse-

entanto, co-responsáveis, por omissão, pelo mesmo, já que, consabidamente, no domínio da omissão juridicamente relevante⁽⁸⁾, esta não gera física ou materialmente o dano, mas é em todo o caso causa deste sempre que se verifique um dever jurídico especial de praticar um acto — a acção juridicamente esperada e devida⁽⁹⁾ — imposto por negócio jurídico ou pela lei (cf. art. 486.º do CC), neste último caso, tanto por normas preceptivas (normas imperativas do tipo «Tu deves»)⁽¹⁰⁾ que impõem directamente determinado comportamento ao seu destinatário (omissões puras), como indirectamente por normas que impõem a colaboração deste na prevenção de certo resultado punido ou reprovado de outro modo pela mesma (comissão por omissão)⁽¹¹⁾.

Ora, na situação em análise, foi isto mesmo que se verificou, não tendo os membros dos órgãos de fiscalização realizado a prestação (de facto) devida, imposta por um especial dever (*de facere*)

quência do qual resultaram danos para a sociedade, caso em que, ao terem tomado parte directa na execução conjuntamente ou por acordo, é aquele (co-)autor do facto danoso, respondendo, por isso, não nos termos do n.º 2 (o que aconteceria se aquele pura e simplesmente tivesse omitido a sua obrigação de emitir um parecer sobre a matéria), mas antes nos termos do n.º 1 do art. 81.º do CSC.

⁽⁸⁾ Que, a mais das vezes, se verifica no âmbito da chamada responsabilidade obrigacional ou contratual, porquanto nesta, na maioria dos casos, o comportamento falto do devedor traduz-se na não realização da prestação devida, portanto, numa omissão — cf. João de MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2000, p. 528, n. 1.

Aliás, como teremos oportunidade de adiante explicar, tal é exactamente o que acontece no domínio do regime de responsabilidade em análise quando estiver em causa a responsabilidade por danos causados à própria sociedade, visto a responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização revestir nesta situação, na verdade, natureza obrigacional ou contratual.

⁽⁹⁾ A feliz formulação pertence pioneiramente a Franz VON LISZT, o qual teve assim o ensejo de salientar que, juridicamente, omitir não significa não fazer (ou nada fazer), mas antes não fazer algo que era esperado, razão pela qual o conceito de omissão no plano jurídico não se reconduz à mera inacção, mas, pelo contrário, à abstenção juridicamente relevante de determinada acção esperada e devida — cf., com amplo desenvolvimento acerca do ponto, Pedro Pitta e Cunha NUNES DE CARVALHO, *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil. Contributo para uma Teoria Geral da Responsabilidade Civil por Omissão*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 115 e ss..

⁽¹⁰⁾ Cf. João BAPTISTA MACHADO, [n. 1], p. 93 e s..

⁽¹¹⁾ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 528, e p. 551 e s..

que lhes é legalmente⁽¹²⁾ cometido⁽¹³⁾, a saber, o *dever de fiscalizar*, que adiante teremos o ensejo de caracterizar, em tudo paralelo (no âmbito de actuação própria dos membros dos órgãos de fiscalização) ao chamado *dever de administrar* que certa doutrina, com particular destaque para CARNEIRO DA FRADA⁽¹⁴⁾, tem vindo a falar a propósito dos deveres próprios dos gestores, conferindo individualidade, tipicidade e unidade à situação daqueles e exigindo-lhes directamente determinadas condutas (v.g., o exercício do dever de prevenção e do dever de vigilância

(12) Efectivamente, muito embora também o dever em questão possa igualmente resultar dos estatutos da sociedade, sob o nosso ponto de vista, em última análise, o dever de fiscalizar é imposto pela lei e não por aqueles, já que é esta que estabelece a obrigatoriedade de certos tipos societários terem órgãos de fiscalização e, por via disso, se encontram vinculados a um tal dever.

(13) Cf., designadamente, arts. 262.º, n.º 1, e 262.º-A, relativamente às sociedades por quotas, e arts. 272.º al. g), 278.º, 413.º, 420.º, 420.º-A, 422.º, 423.º-F, 423.º-G, 441.º, 444.º, n.ºs 2 e 4, 446.º, n.º 3, 452.º, 453.º, no tocante às sociedades anónimas (e sociedades em comandita por acções, por remissão do art. 478.º), todos do CSC, atento o facto de estas deverem ter um órgão de fiscalização — cf. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, vol. II — Das Sociedades*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 61).

(14) «A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II, Vária, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 207-249, esp.^{te}, pp. 212-215.

Outros AA. que, entre nós, referem igualmente a existência de um dever de administrar, de gerir ou de gestão pendente sobre os gestores das sociedades comerciais são, desde logo, v.g., Raúl VENTURA e Luís BRITO CORREIA, em «Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas. Estudo Comparativo dos Direitos Alemão, Francês, Italiano e Português», in *Separata do BMJ* n.º 192, 193, 194 e 195, 1970, pp. 5-470, esp.^{te} pp. 58-112, Pedro MAIA, em *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, Maia, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 247-281, Maria Elisabete RAMOS, in *Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas Perante Credores Sociais*, *Studia Iuridica* 67, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 65 e ss. e p. 77 e ss., e Pedro CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 17 e ss..

Com outra perspectiva, porém, falando diversamente em *poder de gestão ou administração* dos gestores das sociedades comerciais, entendido como um direito potestativo de carácter funcional ou fiduciário que traduz a permissão normativa que estes têm de decidir e de agir, em termos materiais e jurídicos, no âmbito dos direitos e dos deveres dos mesmos, observando regras e agindo segundo os ditames da lealdade veja-se António MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades, vol. I — Das Sociedades em Geral*, 3.ª ed. (ampliada e actualizada), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 845-848.

no âmbito, respectivamente, das sociedades por quotas e sociedades anónimas — cf. arts. 262.º-A e 420.º-A do CSC)⁽¹⁵⁾ ou indirectamente a sua colaboração na prevenção de um resultado que é punido ou reprovado de outro modo pela lei [v.g., dever de verificar a regularidade e exactidão da contabilidade e documentos de prestação de contas apresentadas pelos gestores com vista a evitar a perda de metade do capital social — cf. arts. 35.º, 78.º e 420.º, n.º 1, als. b) a g) e n.º 2, al. c) do CSC], cuja inobservância respectiva, consubstancia, deste modo, omissões puras ou comissões por omissão.

Neste enfiamento, aliás, podemos, na verdade, referir que, caracterizando-se a situação em apreço, tudo visto, como uma situação de comparticipação (na qual gestor e membros dos órgãos de fiscalização colaboram para dar vida ao facto danoso)⁽¹⁶⁾, os membros dos órgãos de fiscalização, não sendo, na realidade, autores do facto danoso, são, no entanto, cúmplices por omissão (participantes⁽¹⁷⁾ — auxiliares) relativamente ao mesmo, visto que, como ensina FIGUEIREDO DIAS a propósito dos chamados cri-

⁽¹⁵⁾ Com efeito, dispõe, desde logo, a este propósito, o n.º 5 do art. 420.º-A do CSC que «O revisor oficial de contas que não cumpra o disposto nos n.ºs 1, 3 e 4 [do mesmo artigo] é solidariamente responsável com os membros do conselho de administração ou do conselho de administração executivo pelos prejuízos decorrentes para a sociedade.» (*sic*).

⁽¹⁶⁾ De facto, tal como no âmbito da responsabilidade criminal, é sabido que, muitas vezes, no domínio da responsabilidade civil, várias pessoas (agentes), desta feita designados por comparticipantes, por diferentes formas (autoria, instigação e auxílio, isto é, cumplicidade), colaboram para a produção do dano — cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 921 e s..

Contudo, segundo nos parece, a importância da figura da comparticipação no domínio do Direito Civil não se prende, como se verifica no Direito Penal, com a determinação dos diferentes papéis que aqueles desempenham na produção do dano (no cometimento do crime, no plano jurídico-penal), com vista a delimitá-los reciprocamente e determinar a forma e medida da respectiva punição (recorde-se, desde logo, que, nos termos do n.º 2 do art. 27.º do CP, é aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada), mas antes com a regra legal de acordo com a qual a sua ocorrência dá lugar à responsabilidade solidária dos diferentes comparticipantes (cf. arts. 490.º e 497.º, n.º 1, do CC).

⁽¹⁷⁾ Efectivamente, conforme escreve FIGUEIREDO DIAS (em *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrinal Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 757, n. 1), «[...] são “comparticipantes” todos aqueles agentes que, em caso de pluralidade, intervêm no facto; são “participantes” os comparticipantes que não são autores.» (*sic*).

mes de omissão⁽¹⁸⁾ em termos que, ressalvadas as diferenças, são absolutamente transponíveis para o domínio do Direito Privado, em geral, e para o Direito Societário, em particular, de excluir da regra segundo a qual, no âmbito destes, será tido como autor todo aquele que detinha a possibilidade fáctica de intervenção no (e de domínio) do acontecimento e, apesar de sobre ele recair um dever jurídico de acção, não fez uso de tal possibilidade, serão, na verdade, todos «[...] os casos daqueles tipos cuja realização pressupõe, mais que a ausência de acção determinada, **elementos adicionais** relativos ao ilícito típico, por exemplo, uma posição, uma qualidade ou um dever especial [pois, em] [...] casos tais *não pode ser autor* quem não preenche estas exigências adicionais, ainda que mesmo que estejam verificados o dever de acção e a possibilidade de intervenção [pelo que,] [...] Tudo o que pode entrar aqui em consideração é uma responsabilidade por cumplicidade por omissão [...]» (*sic*)⁽¹⁹⁾, acrescentando, aliás, a este respeito, que «Se, como dissemos [...], a possibilidade de intervenção do garante no sentido de afastar a verificação do resultado típico é, em princípio, bastante para caracterizar a sua *autoria*, não parece ficar espaço para aceitação de uma *cumplicidade*. De ressaltar apenas os casos em que a autoria supõe ainda a verificação de pressupostos adicionais, nomeadamente de uma qualidade, uma intenção ou um dever especiais. Neste casos o omitente só poderá ser punido [...] como *cúmplice*.» (*sic*)⁽²⁰⁾.

Com efeito, bem vistas as coisas, no preceito em apreço, a realização ou preenchimento do ilícito-típico ou, em termos jurídico-civis, a concreta verificação da hipótese, tipo legal ou previsão normativa do mesmo, exige um elemento adicional, *maxime* uma qualidade especial, precisamente a de *gestor* na estrita

(18) Na realidade, nos chamados crimes dolosos de omissão, visto que, constitui entendimento generalizado que no âmbito dos crimes negligentes (por acção ou omissão), em virtude de não existir quem assuma o papel de figura central do acontecimento ou tão-pouco uma repartição de papéis relativamente à sua execução, não existe qualquer espaço para uma actuação cúmplice, existindo, por conseguinte, uma concepção unitária de autoria — cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17], p. 893 e s..

(19) Cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17], p. 971 e s. — itálico do A.; interpolação nossa.

(20) Cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17], p. 974 e s. — itálico do A..

medida em que nos seus próprios termos os actos ou omissões danosos praticados no exercício das respectivas funções são deste («Os membros dos órgãos de fiscalização respondem solidariamente com os gerentes ou administradores da sociedade por actos ou omissões destes no *desempenho dos respectivos cargos* [...]»), razão pela qual, para efeitos daquele, apenas os gestores e não os membros dos órgãos de fiscalização são autores do facto danoso, não obstante pender sobre estes um dever de acção (o dever de fiscalizar) e a possibilidade de intervenção, deste modo apenas restando a sua responsabilização, enquanto omitentes, a título de cumplicidade⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ De facto, consabidamente, a ideia central que preside à cumplicidade (auxílio ou participação) é de que esta constitui colaboração no facto do autor e, por conseguinte, a sua responsabilização supõe a existência de um facto principal cometido pelo autor (o chamado facto do autor), existindo, portanto, uma situação de dependência dogmaticamente denominada por *accessoriedade da participação*. O cúmplice (auxiliar ou participante) não é autor, pois não comete por qualquer forma o facto danoso, mas é responsabilizado pela participação (auxílio) no facto do autor — cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17], p. 825 e ss..

Desta sorte, temos por seguro que, para efeitos do art. 81.º, n.º 2, do CSC, pressuposta a *facti-species* do mesmo (*maxime*, o facto de a responsabilidade solidária ser estabelecida em consequência de actos ou omissões próprias dos gestores, cometidos no desempenho dos respectivos cargos), os fiscalizadores não podem ser tidos como autores do facto danoso, qualquer que seja a forma de autoria em consideração (autoria mediata/imediate; co-autoria ou instigação).

Neste enfiamento, aliás, consideramos não constituir obstáculo a um tal entendimento — atento o facto de art. 81.º, n.º 2, do CSC responsabilizar condutas quer dolosas, quer negligentes, dos fiscalizadores —, a circunstância de o CP (cf. art. 27.º, n.º 1) impor como requisito para a punição da cumplicidade a actuação dolosa do agente, isto porquanto, consabidamente, o Direito Penal tem uma teleologia própria, em boa medida motivada por propósitos político-criminais e considerações de ordem axiológica, deveras distinta da do Direito Privado, com especial incidência no âmbito do referido instituto, já que, tudo ponderado, não faz qualquer sentido punir como cúmplice alguém que tenha prestado auxílio, a título de negligência (portanto, sem dolo, isto é, sem conhecimento da proibição, vontade de realizar o facto proibido e consciência da sua ilicitude), a um facto criminoso. Aliás, neste sentido, note-se que o art. 490.º do CC não estabelece qualquer limitação a este respeito.

Por igual razão, não pensamos que a responsabilidade solidária dos fiscalizadores estabelecida no art. 81.º, n.º 2, do CSC apenas actue quando esteja em causa a prática de um facto doloso por parte do autor — a saber, do gestor da sociedade comercial —, sendo aqueles também responsabilizados quando esteja em causa o cometimento de factos danosos negligentes por parte deste, o que, como é sabido, não se verifica no âmbito do Direito Penal (cf. art. 27.º, n.º 1, parte final, do CP).

Tudo, pois, o que serve para concluir que a responsabilidade (solidária) dos membros dos órgãos de fiscalização estabelecida no n.º 2 do art. 81.º do CSC, constitui, na verdade, uma co-responsabilidade por omissão pela prática de factos danosos da autoria dos gestores das sociedades comerciais⁽²²⁾, na verdade, em estrita conformidade, com o disposto nos arts. 490.º e 497.º, n.º 1, do CC, os quais, desde logo, consagram a responsabilidade solidária dos diferentes participantes no facto danoso⁽²³⁾.

(22) Nesta conformidade, a referida responsabilidade prevista no n.º 2 do art. 81.º do CSC distingue-se, pois, da responsabilidade consagrada no n.º 1 do art. 81.º do CSC, na medida em que esta última configura uma responsabilidade independente dos membros dos órgãos de fiscalização por força da qual estes respondem (perante a sociedade, os credores sociais ou os sócios e terceiros) independentemente da actuação concorrente de qualquer outro agente, nomeadamente, conforme se verifica no tocante ao disposto no n.º 2 do art. 81.º do CSC, dum comportamento próprio, nos termos expostos, do(s) gestor(s) da sociedade comercial em causa: cf., neste mesmo sentido, Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, [n. 5], p. 239 e s..

Para uma análise da responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização das sociedades comerciais consagrada no n.º 1 do art. 81.º do CSC vd., desde logo, Torsten ROSENBOOM, «A Responsabilidade Civil de Profissionais que Fiscalizam Sociedades Anónimas Cotadas em Bolsa, em Portugal e na Alemanha», in *Estudos de Direito do Consumidor — 6, Centro de Direito do Consumo*, Coimbra, 2004, pp. 203-252, Gabriela FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 37-55 e p. 67 e ss., e *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *IDET — Códigos n.º 1*, Almedina, Coimbra, 2010, vol. I (arts. 1.º a 84.º), pp. 923-942, e Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, *idem*, pp. 153-238.

(23) Como teremos oportunidade de adiante referir a responsabilidade dos fiscalizadores para com os credores sociais, sócios e terceiros (arts. 78.º e 79.º *ex vi* do art. 81.º do CSC) reveste a natureza de responsabilidade extracontratual, o que, pelo contrário, conforme já dito, não acontece a respeito da responsabilidade dos mesmos para com a sociedade (art. 72.º *ex vi* do art. 81.º do CSC), a qual apresenta, antes, uma natureza obrigacional.

Todavia, tal circunstância, bem vistas as coisas, não preclui a pertinência da invocação dos arts. 490.º e 497.º do CSC mencionada no texto, já que estes, embora sistematicamente integrados na disciplina legal da primeira das referidas modalidades de responsabilidade civil, ao menos por analogia (art. 10.º, n.ºs 1 e 2, do CC), não deixam de ter plena aplicação no domínio próprio da responsabilidade obrigacional.

II. Regime da responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização pela prática de factos danosos da autoria dos gestores das sociedades comerciais.

1. Sujeitos responsáveis.

Conforme visto o art. 81.º, n.º 2, do CSC, estabelece, nos termos atrás expostos, a responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização das sociedades comerciais. Mas quem são estes, na verdade? Quem são, pois, os destinatários desta norma?

A resposta a esta pergunta obriga-nos a efectuar uma rápida, mas em todo caso necessária, incursão pela estrutura de fiscalização⁽²⁴⁾ das sociedades comerciais⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Na verdade, a estrutura de fiscalização referida reporta-se à chamada fiscalização interna, distinta da chamada fiscalização externa, levada a cabo pelo Ministério Público (cf. arts. 172.º e 173.º do CSC), Estado e entidades públicas de regulação e supervisão (p. ex., a CMVM, o Banco de Portugal ou o ISP) e ainda pelas Conservatórias do Registo Comercial.

⁽²⁵⁾ A este propósito importa, desde logo, dizer que o art. 81.º, n.º 2, do CSC não tem qualquer campo de aplicação relativamente às chamadas sociedades civis simples ou sob a forma civil (disciplinadas pelo art. 980.º e ss. do CC), incluindo as sociedades com esta natureza previstas em lei especial (p. ex., sociedades de advogados — cf. arts. 1.º e 2.º do DL n.º 229/2004, de 10 de Dezembro).

Contudo, pelo contrário, atento o disposto no art. 1.º, n.º 4, do CSC, o referido preceito já será aplicável relativamente às sociedades civis sob a forma comercial, isto é, às sociedades civis que, não obstante terem exclusivamente por objecto a prática de actos não comerciais, adoptem um dos tipos societários previstos no art. 1.º, n.º 2, do CSC, assim como, neste enfiamento, a determinadas sociedades civis sob a forma comercial previstas em leis especiais [assim, v.g., sociedades anónimas desportivas (SAD) — cf. art. 2.º e 5.º do DL n.º 67/97, de 3 de Abril, alterado pelo DL n.º 107/97, de 16 de Setembro, e pelo DL n.º 303/99, de 6 de Agosto; sociedades gestoras de empresas (SGE), quando, ao abrigo do disposto no art. 2.º do DL n.º 82/98, de 2 de Abril, assumam a forma de sociedade comercial; sociedades de administradores de insolvência (SAI) — cf. arts. 3.º e 8.º, n.º 2, do DL n.º 54/2004, de 18 de Março; mas já não, em nossa óptica, as sociedades de agricultura de grupo (SAG) — cf. art. 10.º do DL n.º 336/89, de 4 de Outubro, alterado, por último, pelo DL n.º 382/93, de 18 de Novembro, que estabelece que a sua fiscalização é exercida pelo Ministério da Agricultura].

Caso particular, a este respeito, são, na verdade, as sociedades de revisores oficiais de contas (SROC), visto que, atento o disposto no art. 94.º, n.ºs 1 a 3, do DL n.º 487/99, de 16 de Novembro, estas podem assumir a natureza de sociedades civis simples ou sob a forma comercial, devendo, deste modo, nesta última situação, em nossa opinião, dispor de um órgão de fiscalização, estando, por isso, sujeitas ao regime de responsabilidade dos respectivos membros estabelecido no art. 81.º, n.ºs 1 e 2, do CSC.

Ora, consabidamente, conforme já tivemos anteriormente o ensejo de o referir (*supra* n. 4), o órgão de fiscalização não existe nalguns tipos legais societários, pode existir noutros e deve existir noutros ainda⁽²⁶⁾.

Com efeito, desde logo, este não existe nas sociedades em nome colectivo e, bem assim, atento o disposto no art. 474.º do CSC, nas sociedades em comandita simples, sendo, por conseguinte, a fiscalização levada a cabo pelos sócios, a quem é, por isso, atribuído um amplo direito de informação (art. 181.º do CSC).

No que diz respeito às sociedades por quotas, nos termos do disposto no art. 262.º, n.º 1 do CSC, pode o contrato de sociedade respectivo estabelecer que esta tenha um conselho fiscal⁽²⁷⁾, sendo que, nos termos do n.º 2 do mesmo, as referidas sociedades que não o tenham devem designar um revisor oficial de contas (ROC) conquanto, durante dois anos consecutivos, ultrapassem dois dos três limites seguintes:

- a) total de balanço — € 1.500.000;
- b) total das vendas líquidas e outros proveitos — e 3.000.000;

(26) Na verdade, em linhas gerais, o fundamento da existência de uma estrutura de fiscalização (órgão de fiscalização) interna nas sociedades comerciais prende-se com a) a defesa dos interesses da sociedade e dos sócios, assegurando que a constituição interna é respeitada; b) a tutela dos interesses das pessoas que contratam com a sociedade; c) a protecção do interesse geral da comunidade, através do bom e regular funcionamento das diversas unidades económicas, garantido a confiança geral dos agentes económicos na idoneidade dos entes colectivos, protegendo-se, portanto, quer o interesse da sociedade e dos sócios, quer o interesse geral (ordem pública societária), razão pela qual boa parte das normas relativas à fiscalização têm natureza injuntiva — cf. António MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades, vol. II – Das Sociedades em Especial*, 2.ª ed. (revista e actualizada), Almedina, Coimbra, 2007, p. 447 e ss..

Nesta conformidade, determinados tipos societários não têm, pois, órgão de fiscalização, já que, atenta a pequena ou média dimensão que na maioria dos casos assumem tal não se justifica, assim se furtando, aliás, a uma pesada máquina burocrática que, desde logo, colocaria em risco o seu próprio normal funcionamento.

(27) Ou, alternativamente, um fiscal único — cf. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, [n. 13], p. 59, António MENEZES CORDEIRO, [n. 26], p. 449, e J. PINTO FURTADO, «Competências e Funcionamento dos Órgãos de Fiscalização das Sociedades Comerciais», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. I, Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 593-619, esp.¹⁰ p. 594.

- c) número de trabalhadores empregados em média durante o exercício — 50.

Na verdade, nestes casos, a designação do ROC só deixa de ser necessária caso a sociedade passe a ter um conselho fiscal ou se dois dos três requisitos acima referidos não se verificarem durante dois anos consecutivos (art. 262, n.º 3, do CSC).

Nos restantes casos, as sociedades por quotas (de pequena dimensão) não terão órgão de fiscalização, sendo a sua fiscalização, no limite, exercida pelos sócios, nomeadamente mediante o exercício do respectivo direito à informação (art. 214.º do CSC) e com recurso ao inquérito judicial (art. 216.º do CSC e arts. 1479.º e 1483.º do CPC).

Questão que a este propósito se deve colocar tem a ver com o facto de se saber se as chamadas sociedades unipessoais por quotas devem ter um órgão de fiscalização, atento, desde logo, o art. 270.º-G do CSC, nos termos do qual são aplicáveis às mesmas as disposições atinentes às sociedades por quotas, excepto as que pressuponham a pluralidade de sócios.

Ora, que os estatutos de uma sociedade unipessoal por quotas possam, na verdade, estabelecer que esta tenha um conselho fiscal ou fiscal único (art. 262.º, n.º 1, do CSC), é coisa que ninguém duvida. Todavia, questão diversa será a de saber se o art. 262.º, n.º 2, do CSC é igualmente aplicável (*rectior*, obrigatório relativamente) às sociedades unipessoais por quotas nos termos do disposto no art. 270.º-G do CSC.

Ora, em resposta a esta questão, importa, desde já, dizer que, muito embora se saiba que, historicamente, as sociedades unipessoais por quotas foram criadas para superar as inconveniências (e, na verdade, o insucesso) do chamado estabelecimento individual de responsabilidade limitada (EIRL) e, por isso, muito em vista do pequeno e médio empresariado⁽²⁸⁾, actualmente a *praxis* tem feito deste tipo societário um meio a que, frequentemente, grandes sociedades (desde logo, multinacionais, nacionais e estrangeiras) e sociedades em relação de grupo recorrem, consti-

(28) Cf., por todos, Ricardo COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português. Contributo para o Estudo do seu Regime Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002, *passim*.

tuindo sociedades deste tipo, ganhando, portanto, a questão em análise toda a pertinência e interesse.

Assim sendo, no pressuposto de que a sociedade unipessoal por quotas preencha os critérios estabelecidos no art. 262.º, n.º 2, do CSC, dispondo, assim, já de uma considerável dimensão, parece-nos que esta estará obrigada, nos termos supraditos, a designar um ROC ou ter um conselho fiscal (ou fiscal único), já que, bem vistas as coisas, de um lado, os preceitos respeitantes à fiscalização das sociedades por quotas estabelecidos nos n.ºs 2 e 3 do art. 262.º do CSC — visando, na verdade, a tutela dos interesses das pessoas que contratam com a sociedade e, bem assim, a protecção do interesse comunitário geral mediante a garantia do bom e regular funcionamento das unidades económicas e da confiança geral dos agentes económicos na idoneidade das pessoas colectivas em questão —, têm natureza injuntiva e, de outro lado, tais preceitos não pressupõem a pluralidade de sócios, não cabendo, conseqüentemente, em nossa óptica, uma interpretação restritiva do art. 270.º-G do CSC.

Por fim, no respeitante às sociedades anónimas e, neste enfiamento, segundo o disposto no art. 478.º do CSC, às sociedades em comandita por acções⁽²⁹⁾, cumpre referir que, após a reforma de 2006⁽³⁰⁾, estas podem adoptar três modelos de governo societá-

⁽²⁹⁾ De notar, contudo, que nestas a lei consagra outrossim o direito de fiscalização e informação que correspondentemente confere aos sócios das sociedades em nome colectivo — cf. arts. 480.º e 181.º do CSC.

⁽³⁰⁾ Efectivamente, a reforma do CSC operada pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março, alterou significativamente o panorama normativo do governo das sociedades comerciais, com especial relevo para a introdução, entre nós, do chamado modelo anglo-saxónico de governo das sociedades anónimas, para além de, neste enfiamento, redefinir e reforçar as estruturas de fiscalização e o regime dos fiscalizadores das sociedades comerciais. Sobre tudo isto vd., desenvolvidamente, por outros, Paulo CÂMARA, in «Os Modelos de Governo das Sociedades Anónimas», in *Reformas do Código das Sociedades, IDET – Colóquios n.º 3*, Coimbra, 2007, pp. 179-242, e in «O Governo das Sociedades e a Reforma do Código», in Paulo CÂMARA, Rui de Oliveira NEVES, André FIGUEIREDO, António Fernandes de OLIVEIRA e José Ferreira GOMES, *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 9-141, e Gabriela FIGUEIREDO DIAS, em *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, cit., passim, esp.º pp. 13-36, e em «A Fiscalização Societária Redesenhada: Independência, Exclusão de Responsabilidade e Caução Obrigatória dos Fiscalizadores», in *Reformas do Código das Sociedades Comerciais, IDET – Colóquios n.º 3*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 277-334.

rio, nomeadamente, nos termos do art. 278.º, n.º 1, als. *a)*, *b)* e *c)* do CSC, respectivamente, um modelo latino, composto por um conselho de administração e um conselho fiscal; um modelo anglo-saxónico, composto por um conselho de administração, compreendendo uma comissão de auditoria e um ROC, ou um modelo germânico, composto por um conselho de administração executivo, um conselho geral e de supervisão e um ROC^(31/32).

Ora, nos termos do art. 413.º, n.º 1, do CSC, no âmbito do modelo latino, a fiscalização da sociedade compete a um fiscal único que deve ser ROC ou sociedade de revisores oficiais de contas (SROC) ou a um conselho fiscal; ou a um conselho fiscal e a um ROC ou SROC que não seja membro do conselho fiscal⁽³³⁾.

Por outro lado, as sociedades anónimas que adoptem o chamado modelo anglo-saxónico a sua fiscalização apenas é obrigatória (cf. art. 413.º, n.º 2, do CSC) para as sociedades que emitam valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e às sociedades que, não sendo totalmente dominadas por outra com o mesmo modelo de governação, durante dois anos consecutivos ultrapassem dois dos seguintes três limites:

- a)* total do balanço — € 100.000;
- b)* total de vendas líquidas e outros proveitos — € 150.000.000;
- c)* número de trabalhadores empregados em média durante o exercício — 150.

Nestas, atenta a distinção entre fiscalização política (a incidir sobre a actividade da administração e da própria sociedade

(31) Saliente-se, pois, que nas sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e nas sociedades que cumpram os critérios referidos no art. 413.º, n.º 2, al. *a)* do CSC, o conselho geral e de supervisão deve constituir uma comissão para as matérias financeiras, especificamente dedicada ao exercício de certas funções elencadas no art. 441.º als. *f)* a *o)* do CSC — cf. arts. 278.º, n.º 4, e 444.º, n.º 2, do CSC.

(32) Para uma caracterização minuciosa de cada um dos referidos modelos de governo societário vd. Paulo CÂMARA, [n. 30], *ibidem*.

(33) Quanto à composição qualitativa, regime de incompatibilidades e outros aspectos de regime cf. art. 414.º e ss. do CSC. Chame-se à atenção, todavia, que o fiscal único, nos termos do disposto no art. 413.º, n.º 3, do CSC deve ter sempre um suplente, que será igualmente um ROC ou uma SROC.

enquanto ente jurídico e económico) e fiscalização financeira «pura» (revisão de contas)⁽³⁴⁾, ou, bem vistas as coisas, entre fiscalização propriamente dita e revisão legal de contas, aquela é exercida pela comissão de auditoria e esta pelo ROC, razão pela qual constitui a comissão de auditoria o verdadeiro órgão de fiscalização no âmbito das mesmas⁽³⁵⁾.

Refira-se, para mais, que, a circunstância de, nos termos do art. 423.º-B, n.º 1, do CSC, os membros da comissão de auditoria serem administradores da sociedade (claramente assim o indica a letra da lei ao estabelecer que aquela «[...] é um órgão da sociedade composto por uma parte dos *membros do conselho de administração*.», sendo estes, aliás, designados em conjunto e nos mesmos termos dos demais administradores (executivos), para além de lhes ser aplicado um conjunto de preceitos próprio do regime geral dos administradores — cf. arts. 423.º-C e 423.º-H do CSC) não obsta a uma tal conclusão, visto que, atento o facto de o

⁽³⁴⁾ Cf. Gabriela FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, cit., pp. 18-20, falando de uma dupla actividade fiscalizadora no âmbito das sociedades comerciais e da consequente segregação das funções de fiscalização e revisão de contas pretendida e assumida pela reforma de 2006 do CSC.

⁽³⁵⁾ Todavia, atento o disposto no art. 420.º, n.º 1, als. c) a f) do CSC *ex vi* do art. 446.º, n.º 3, do CSC e art. 423.º-F al. c) a f) do CSC, a existência de determinada identidade de funções entre a comissão de auditoria e o ROC não afasta uma tal conclusão, já que, para além de o n.º 1 do art. 446.º do CSC ser explícito ao estatuir que, ao lado da comissão de auditoria, o ROC é assim designado para proceder ao exame das contas da sociedade, em paráfrase a Gabriela FIGUEIREDO DIAS, importa dizer que «O art. 423.º-F menciona, nas als. a), b) e h) a q), inúmeras funções e competências de fiscalização que não incidem sobre os aspectos especificamente contabilísticos e financeiros da sociedade, pelo que a função de fiscalização política se pode afirmar, em relação à comissão de auditoria, como preponderante em relação à função de fiscalização financeira.» (*sic*), acrescentado nestoutro passo que «Atente-se, todavia, em que a comissão de auditoria e o ROC — cuja autonomização orgânica em relação àquela persegue, como se disse, um objectivo de segregação das funções política e financeira de fiscalização — partilham algumas funções, provavelmente como medida de reforço de fiscalização [...]. Deste modo, a desejada segregação de funções de fiscalização não terá sido aqui concretizada de um modo absolutamente feliz, já que se verifica uma clara partilha (ou mesmo sobreposição) de funções entre a comissão de auditoria e o ROC. Ao ROC sobra, como função verdadeiramente específica, a da *revisão e certificação legal* das contas, visto possuir a qualidade profissional exigida pela lei para o efeito e ser exigida a sua intervenção profissional nos casos previstos na lei.» (*sic*) (cf. ID., [n. 34], p. 28 e s.).

n.º 3 do art. 423.º-B do CSC lhes vedar o exercício de funções executivas na sociedade e lhes mandar aplicar o regime de incompatibilidades dos membros do conselho fiscal, fiscal único ou ROC (art. 414.º-A do CSC) e de, nos termos do art. 423.º-F do CSC, aqueles cumprirem, sem margem para dúvidas, funções de fiscalização (*proprio sensu*), desde logo, se impõe afirmar que, materialmente, aqueles exercem funções de fiscalização propriamente ditas, estando, por isso, no que diz respeito às mesmas, sujeitos ao regime de responsabilidade civil consagrado no art. 81.º do CSC⁽³⁶⁾.

Por último, no que diz respeito às sociedades anónimas que adoptem o modelo de governação germânico, pressuposta igualmente tal distinção, a função fiscalizadora propriamente dita é exercida, desde logo, pelo conselho geral e de supervisão (cf. art. 441.º do CSC e, *a contrario sensu*, art. 442.º do CSC), constituindo este o verdadeiro órgão de fiscalização das mesmas, cabendo, por sua vez, ao ROC a revisão legal de contas respectiva⁽³⁷⁾.

Assim vista a estrutura de fiscalização das sociedades comerciais, em resposta à interrogação que inicialmente fizemos, resta, portanto, concluir que os destinatários do art. 81.º, n.º 2 do CSC e, por via disso, os sujeitos responsáveis para efeitos do mesmo são, desde logo, os seguintes:

- a) os membros do conselho fiscal;
- b) os membros da comissão de auditoria; e

⁽³⁶⁾ Cf. no mesmo sentido, Paulo CÂMARA, [n. 30], respectivamente, p. 218 e p. 107, e Gabriela FIGUEIREDO DIAS, [n. 34], pp. 40-41 e p. 90, e *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I (artigos 1.º a 84.º), coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2010, p. 928 e s., afirmando, aliás, pressuposta a natureza bicéfala das funções dos membros da comissão de auditoria (por acumularem funções de administração e de fiscalizadores da actuação da administração) que a sua intervenção em actos de natureza dissemelhante sujeita-os a regimes de responsabilidade diversos consoante os actos em causa, pelo que apenas perante o acto em concreto e as circunstâncias do caso se pode aferir qual destes — o regime de responsabilidade dos administradores ou o regime de responsabilidade dos fiscalizadores — será o aplicável.

⁽³⁷⁾ Atento o disposto no art. 420.º, n.º 1, als. c) a f) do CSC *ex vi* do art. 446.º, n.º 3, do CSC e art. 441.º als. f) e g) do CSC, *mutatis mutandis*, vale aqui o anteriormente referido a propósito da comissão de auditoria no âmbito do chamado modelo anglo-saxónico de governo das sociedades anónimas.

c) os membros do conselho geral e de supervisão⁽³⁸⁾.

Mas e quanto ao ROC? Está este submetido ao regime de responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização consagrado no art. 81.º do CSC sendo, por força disso, destinatário da norma em análise no presente estudo?

A pergunta tem desde logo toda a razão de ser, porquanto, de um lado, conforme visto, o ROC integra, em diversas situações, a estrutura de fiscalização das sociedades comerciais e, de outro lado, o art. 82.º do CSC estabelece, na realidade, um conjunto de regras de responsabilidade específicas relativamente ao mesmo.

Ora, a resposta a esta questão, em nossa óptica, passa pela distinção acima assinalada entre fiscalização política e fiscalização financeira, isto é, entre fiscalização propriamente dita e revisão legal de contas⁽³⁹⁾, critério a partir do qual o ROC, dentro da estrutura de fiscalização que integra, ao actuar no exercício da primeira — portanto como membro do órgão de fiscalização da sociedade —, responderá nos termos do art. 81.º do CSC, ao passo que quando actuar no exercício da segunda, ou seja, no exercício da função profissional que lhe é específica, diversamente, será responsabilizado nos termos do art. 82.º do CSC, o que implicará, por conseguinte, analisar, em concreto, se o facto

⁽³⁸⁾ A estes terão ainda de se acrescentar outrossim, conforme correctamente alude Gabriela FIGUEIREDO DIAS (cf. ID., Código das Sociedades Comerciais, em comentário, cit., p. 927 e s.), os membros de quaisquer outros órgãos de fiscalização criados em adição ao órgão legalmente imposto em função do regime de governo societário escolhido, em consequência das competências e responsabilidades atribuídas ao órgão por via estatutária ou deliberação da assembleia geral, conquanto a criação e as competências desse mesmo órgão não impliquem um afastamento do regime legal de fiscalização em função desse modelo, por força do chamado princípio da taxatividade ou do *numerus clausus* dos tipos legais de sociedades comerciais adiante mencionado de acordo com o qual também com respeito aos modelos de fiscalização é estabelecido um princípio de *numerus clausus* e consequente proibição de escolha selectiva de elementos de modelos de governação societários diversos (*cherry picking*).

⁽³⁹⁾ Em conformidade com o disposto nos arts. 420.º, n.º 4, 446.º, n.ºs 1 e 3, 451.º, n.ºs 2 e 3, e 453.º, n.º 2, do CSC o conteúdo material desta consistirá em a) apreciação do relatório de gestão elaborado pelo conselho de administração; b) exame das contas do exercício; c) elaboração do relatório anual sobre a fiscalização efectuada e d) emissão do documento de certificação legal de contas — cf. Gabriela FIGUEIREDO DIAS, [n. 34], p. 31 e s..

(acção ou omissão) gerador da responsabilidade do ROC foi praticado no âmbito de uma ou outra daquelas funções desempenhadas pelo mesmo⁽⁴⁰⁾.

2. Pressupostos da obrigação de indemnizar.

Com vista a analisar os pressupostos da obrigação de indemnizar nos termos do n.º 2 do art. 81.º do CSC, importa, na realidade, distinguir, de um lado, a conduta do gestor e, de outro lado, a conduta do fiscalizador.

2.1. *A conduta do gestor: prática de um facto danoso gerador de responsabilidade civil. A relevância da conduta de outras pessoas com funções de administração e do administrador de facto.*

Conforme atrás exposto, para que os membros de órgãos de fiscalização possam ser responsabilizados nos termos do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC terá de se verificar a responsabilidade civil do próprio gestor por factos danosos causados, isolada ou cumulativamente, à sociedade, aos credores sociais e/ou sócios e terceiros, respectivamente, nos termos do disposto nos arts. 72.º, 78.º e 79.º do CSC.

Nesta conformidade, constituindo este um pressuposto implícito daquela norma, os pressupostos, quer gerais (cf. art. 483.º e ss. e art. 798.º e ss. do CC), quer especiais (estabelecidos no art. 72.º e ss. do CSC)⁽⁴¹⁾, da própria obrigação de indemnizar do gestor da sociedade comercial terão de estar preenchidos para que o fiscalizador seja solidariamente responsabilizado pelo facto danoso

⁽⁴⁰⁾ Cf. ID., [n. 34], p. 38 e s. e ID., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário, cit.*, p. 926 e s..

⁽⁴¹⁾ Reconhecidamente, constituindo a responsabilidade civil do gestores das sociedades comerciais um regime especial estabelecido no CSC, não deixa, porém, de estar submetido em tudo o que nele não se encontre disciplinado na regulamentação geral atinente ao referido instituto prevista no CC.

cometido por aquele. O que significará, portanto, que, p. ex., se o gestor cometeu o facto ao abrigo de uma causa de exclusão da responsabilidade⁽⁴²⁾, o fiscalizador omitente não será igualmente responsabilizado, valendo aqui, por conseguinte, toda a dogmática própria da responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais. De sublinhar, porém, que o facto danoso pelo qual o gestor é responsável, terá de se ter verificado, como a própria lei prescreve, no desempenho do respectivo cargo⁽⁴³⁾.

(42) Assim, a título de exemplo, a não participação do gestor ou sua oposição quando tenha participado na deliberação colegial do órgão de administração que causou danos (art. 72.º, n.º 3, do CSC), a circunstância de o facto (acto ou omissão) gerador da responsabilidade assentar numa deliberação dos sócios ainda que anulável (art. 72, n.º 5, do CSC) e ainda quando o gestor actuar ao abrigo da chamada *business judgment rule* (BJR), ou seja, quando provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial (art. 72, n.º 2, do CSC).

Sobre a *vexata quaestio* da natureza jurídica da BJR tal-qualmente se encontra consagrada no CSC, vd. António MENEZES CORDEIRO [n. 14], p. 984 e s., perspectivando-a como causa de exclusão da culpa, João CALVÃO DA SILVA, «Corporate Governance – Responsabilidade Civil de Administradores Não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão», in *RLJ*, A. 136, n.º 3940 (Set.-Out. 2006), pp. 31-59, esp.^{ic} p. 54 e ss., também, segundo nos parece, partilhando o mesmo entendimento, Ricardo COSTA, «Responsabilidade dos Administradores e *Business Judgment Rule*», in *Reformas do Código das Sociedades*, IDET – Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 49-86, esp.^{ic} pp. 73-78, pronunciando-se já no sentido de a mesma actuar simultaneamente como causa de exclusão do ilícito e da culpa do gestor, e Gabriela FIGUEIREDO DIAS, [n. 34], pp. 74-78, tomando, pelo contrário, com argumentação que nos parece sólida, posição no sentido de a referida causa de exclusão da responsabilidade constituir uma causa de exclusão da ilicitude. Em sentido convergente com esta última posição cf., outrossim, Jorge COUTINHO DE ABREU, [n. 6], p. 43, n. 90, António FERNANDES DE OLIVEIRA, [n. 6], p. 290, Nuno CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 45, e, segundo nos parece (falando da consagração de uma presunção de ilicitude no art. 72.º, n.º 2, do CSC), Pedro PAIS DE VASCONCELOS, [n. 3], esp.^{ic} p. 21 e p. 24, e «Business Judgment Rule, Deveres de Cuidado e de Lealdade, Ilicitude e Culpa e o Artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano I, vol. II, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 41-79, esp.^{pt} pp. 54-60.

Para uma posição crítica quanto à referida consagração de uma presunção de ilicitude no art. 72.º, n.º 2, do CSC vd. António PEREIRA DE ALMEIDA, «A Business Judgment Rule», in *Direito das Sociedades em Revista*, I Congresso, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 359-372, esp.^{pt} 367-372.

(43) Cf., em igual sentido, pese embora, conceptualmente, opte por distinguir a este propósito como pressupostos de aplicação do disposto no n.º 2 do art. 81.º do CSC, designadamente ao nível da referida responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais 1) a prática de um facto ilícito por parte destes, 2) a produção de um dano à

Mas, isto dito, urge, todavia, questionar: os fiscalizadores, nos termos do art. 81.º, n.º 2, do CSC, são apenas responsáveis solidariamente pelos factos danosos cometido(s) pelo(s) gestor(es) da sociedades comercial?

A pergunta tem, na realidade, toda a razão de ser. Isto porquanto, estatui o art. 80.º do CSC que «As disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes ou administradores aplicam-se a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração» (*sic*), o que, de imediato, coloca a questão de saber se, para efeitos do art. 81.º, n.º 2, do CSC, verificando-se a prática de um facto danoso de autoria de uma destas pessoas, se o fiscalizador omitente será igualmente responsabilizado.

Ora, em nossa óptica, se nos termos do próprio art. 80.º do CSC se prescreve que àquelas são confiadas funções de administração, em consequência das quais ficam submetidas ao regime de responsabilidade civil próprio dos gestores das sociedades comerciais, então, ao menos por interpretação extensiva, nenhuma razão há para afastar do âmbito de aplicação do art. 81, n.º 2, do CSC o cometimento (por acção ou omissão) de um facto (acção ou omissão) ilícito, culposo e que causou adequadamente danos ao lesado (sociedade; credores sociais; sócios e terceiros), no exercício das respectivas funções, por parte de uma pessoa a quem foi confiada funções de administração nos termos do disposto no art. 80.º do CSC.

Ora, mas quem são, afinal, estas «outras pessoas a quem são confiadas funções de administração»?

A propósito do art. 25.º do DL n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969 (que antecedeu o actual CSC de 1986), que correspondia fundamentalmente ao sobredito art. 80.º do CSC⁽⁴⁴⁾, Raúl VENTURA e Luís BRITO CORREIA⁽⁴⁵⁾, concluíam que as referidas

sociedade, aos credores sociais, aos sócios e terceiros e 3) existência de um nexo de causalidade entre facto ilícito e dano, Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, [n. 5], p. 241 e s..

⁽⁴⁴⁾ Com efeito, a versão original do art. 80.º do CSC, em quase tudo idêntica na sua formulação à do art. 25.º do DL n.º 49381, de 15 de Novembro de 1969 (esta apenas se referia, contudo, a «administradores» e não a «gerentes ou administradores»), somente foi alterada pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março no sentido de ser retirada na mesma a referência a «directores» — cf. Abílio NETO, [n. 2], p. 313, e António MENEZES CORDEIRO, [n. 2], p. 293.

⁽⁴⁵⁾ ID., «Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e

peçoas à luz da mesma seriam os membros suplentes dos órgãos sociais e membros de outros órgãos da sociedade aos quais o contrato social atribui funções de gestão, mas excluindo, porém, as pessoas que, não fazendo parte dos órgãos societários, recebem por força dos estatutos ou actos posteriores o poder de praticar actos de administração como, p. ex., os directores-gerais, os mandatários e procuradores ou os agentes de administração, já que a responsabilidade destes é disciplinada, relativamente à sociedade, pelo regime geral da responsabilidade obrigacional e, no tocante a terceiros, pelo regime geral da responsabilidade civil extracontratual.

Subscrevendo aquela primeira parte do entendimento professado pelo referidos AA., já Miguel PUPO CORREIA⁽⁴⁶⁾, por sua vez, mostra-se crítico no que diz respeito à segunda, afirmando mesmo que «Parece-me, ao invés, que o intuito do legislador é exactamente o de responsabilizar essas pessoas [...]».

COUTINHO DE ABREU⁽⁴⁷⁾, pelo contrário, criticando a primeira parte do pensamento de Raúl VENTURA e Luís BRITO CORREIA, mostra, porém, concordância no que diz respeito à exclusão dos directores-gerais, mandatários e procuradores e agentes de administração do âmbito de aplicação do art. 80.º do CSC.

MENEZES CORDEIRO⁽⁴⁸⁾, de outra parte, em comentário a este artigo, escreve que «O art. 80.º reporta-se a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração. Trata-se genericamente, de pessoas que, com delegação da administração, exerçam poderes de gestão e de representação, agindo em nome e por conta da sociedade.» (*sic*).

Ora, conhecidas as posições que têm vindo a ser assumidas a este respeito pela doutrina que dizer de tudo isto? Quem são, pois, as «pessoas» a que o art. 80.º do CSC se refere?

dos Gerentes de Sociedades por Quotas. Estudo Comparativo dos Direitos Alemão, Francês, Italiano e Português», in *Separata do BMJ* n.º 192, 193, 194 e 195, 1970, pp. 5-470, esp.^{te} p. 403 e ss..

⁽⁴⁶⁾ ID., *Direito Comercial. Direito da Empresa*, 12.ª ed., Ediforum, Coimbra, 2011, p. 289.

⁽⁴⁷⁾ ID., [n. 6], p. 105 e s..

⁽⁴⁸⁾ ID., [n. 2], p. 280.

Por nossa parte, tudo ponderado, não nos parece que faça sentido à luz do actual CSC que as «pessoas» a que este preceito se reporta sejam os membros de outros órgãos da sociedade aos quais os estatutos sociais atribuam funções de gestão, já que, nos termos do actual CSC, em conformidade com o chamado princípio da taxatividade ou do *numerus clausus* dos tipos legais de sociedades comerciais, não é lícito atribuir estatutariamente (ou por qualquer outra via) a órgãos inominados no CSC competências legais próprias do órgão de administração e representação⁽⁴⁹⁾.

Nesta conformidade, somos da opinião que, na verdade, as «pessoas» a quem o art. 80.º do CSC se reporta e cujos factos danosos cometidos no exercício de funções, por via disso, no enfiamento do supradito, devem igualmente entrar dentro do âmbito de aplicação do art. 81.º, n.º 2, do CSC, na verdade, mais não são do que os gestores suplentes das sociedades anónimas previstos estatutariamente (arts. 390.º, n.º 5 e 392.º, n.º 10, do CSC), os directores-gerais e os mandatários sem representação da sociedade, mas já não os procuradores e os gestores-delegados. Isto porquanto, para além do caso dos gestores suplentes que não parece colocar dúvidas, no que diz respeito aos directores-gerais e mandatários sem representação, praticando estes actos de gestão, materialmente idênticos aos actos de gestão levados a cabo pelos gestores e, bem assim, atento o facto de o fazerem porque foram incumbidos para tanto («pessoas a quem sejam *confiadas* funções de administração») justifica-se a aplicação do regime de responsabilidade próprio dos gestores das sociedades comerciais (p. ex., a aplicação da BJR), não fazendo sentido diferenciar a sua actuação face às dos próprios gestores, aplicando-lhes, diversamente, o regime de responsabilidade civil comum ou geral. Aliás, bem vistas as coisas, como afirma Miguel PUPO CORREIA⁽⁵⁰⁾, parece de facto constituir intenção da lei a responsabilização destas pessoas, visto que não foi introduzida qualquer restrição com relação ao acto ou título pelo qual lhe são confiadas as respectivas funções de administra-

⁽⁴⁹⁾ Cf. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, [n. 6], *ibidem*, mas, sobretudo, ID., [n. 13], pp. 72-75.

⁽⁵⁰⁾ ID., [n. 46], p. 640.

ção, não se estabelecendo, outrossim, qualquer limitação quanto ao seu nível e conteúdo.

De outra parte, porém, parece-nos que o art. 80.º do CSC não se reporta já aos procuradores (e mandatários com representação), na medida em que, consabidamente, na relação de representação voluntária (cf. art. 258.º do CC), os efeitos dos negócios jurídicos produzem os seus efeitos jurídicos na esfera jurídica do representado, sendo, em consequência, a responsabilidade resultante ou decorrente daquela regida nos termos gerais. Por outro lado, o dito preceito também não incluirá os gestores-delegados (cf. arts. 261.º, n.º 2, 407.º e 408.º, n.º 2, do CSC), uma vez que estes são sempre gestores da sociedade e, por conseguinte, responsabilizados, inclusive, no respeitante às matérias delegadas, nos termos próprios do art. 72.º e ss. do CSC, não tendo sentido nem sendo necessário que sejam responsabilizados indirectamente por via do art. 80.º do CSC, tanto mais que os gestores delegantes, por força da colegialidade, nos termos do art. 73.º, n.º 1, do CSC, são também responsabilizados pelos factos danosos por aqueles cometidos.

Mas e quanto aos sócios enquanto tais⁽⁵¹⁾? Podem, estes, porventura, ser considerados «outras pessoas a quem são confiadas funções de administração» para efeitos do disposto no art. 80.º do CSC?

Tudo ponderado, atento o facto de, por um lado, nos termos do art. 373.º, n.º 3, do CSC, os sócios, *rectior*, os accionistas, nas sociedades anónimas, puderem deliberar sobre matérias de gestão quando tal for pedido pelo órgão de administração e representação, e, por outro lado, estas deliberações, materialmente, constituírem o exercício de funções de administração que lhes foram confiadas por aquele órgão societário, mormente com a competência legal de exercer a administração da sociedade (cf. arts. 405.º, n.º 1, e 406.º do CSC), nenhuma razão existe, em nossa óptica, para que não

⁽⁵¹⁾ Note-se, pois, que os sócios, tanto nas sociedades por quotas (cf. art. 252.º, n.º 1, do CSC *a contrario sensu*), como nas sociedades anónimas (cf. art. 390.º, n.º 3, do CSC *a contrario sensu*), podem ser designados gestores, situação na qual respondem pelos factos danosos cometidos à sociedade, aos credores sociais e aos (con-)sócios e terceiros nos termos gerais, pelo que, todos estes factos relevam sem mais para efeitos da aplicação do regime de responsabilidade civil previsto no art. 81.º, n.º 2, do CSC.

sejam igualmente tidas como relevantes aquelas mesmas deliberações dos accionistas respeitantes a matérias de gestão, seja por via da sua inclusão na categoria das «outras pessoas» a que se reporta o art. 80.º do CSC, seja, inclusive, ao menos por analogia, directamente para efeitos do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC, deste modo se concluindo que causando as mesmas danos e encontrando-se reunidos os demais pressupostos da obrigação de indemnizar previstos neste último preceito, tudo levará à responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização⁽⁵²⁾.

Mas e quanto ao chamado administrador de facto? Porventura, produzindo-se factos danosos da sua autoria, encontram-se os fiscalizadores sujeitos à responsabilidade solidária prevista no n.º 2 do art. 81.º do CSC?

Tenha-se em vista que por administrador de facto temos todos aqueles sujeitos que *a)* privados de qualquer designação, exercem substancialmente os poderes que competem aos gestores regularmente designados ou determinam de forma reiterada a conduta dos administradores «oficiais» (administradores na sombra — *shadow directors*)⁽⁵³⁾; *b)* actuam como se fossem gestores, mas com vícios ou irregularidades no título de designação [administradores de facto aparentes — *v.g.*, a deliberação respectiva é nula por incapacidade jurídica do designado — arts. 252.º, n.º 1, e 390.º, n.º 3, do CSC] ou *c)* pessoas que, ostentando uma qualidade de relação com

⁽⁵²⁾ A tal situação, Ricardo COSTA acrescenta ainda que o art. 80.º do CSC poderá desempenhar um papel quando a lei atribua ao(s) sócio(s) — enquanto órgão deliberativo-interno — poderes de administração e de gestão empresarial, em especial (*v.g.*, art. 29.º do CSC) ou em geral (*v.g.*, art. 192.º, n.º 3, do CSC) para efeitos de responsabilidade do sócio ou dos sócios e, outrossim, com total pertinência, nos casos em que a sociedade contratualiza a transferência dos poderes de administração para outra sociedade (ou sujeito não societário) no âmbito de um «contrato de gestão de empresa» por força do qual se gere(m) empresa(s) da sociedade por conta e no interesse desta (e em nome desta ou não), desde que lícito, para efeitos de responsabilidade do «gestor» (sociedade ou não) relativamente a credores e terceiros: cf. ID., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I (artigos 1.º a 84.º), coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2010, p. 918 e s..

⁽⁵³⁾ O «administrador na sombra» diferencia-se assim das demais categorias, pela circunstância de, diferentemente destas, não exercer directamente funções de gestão na sociedade, antes dirigindo os gestores *de iure* que as desempenham — cf. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, [n. 6], p. 101.

a sociedade diversa da de gestor (v.g., sócio maioritário ou único) levam a cabo funções de gestão com a independência que é característica da administração de direito, muito embora não se apresentem perante terceiros como administradores da sociedade (administradores de facto ocultos sob outro título)⁽⁵⁴⁾.

Em todos estes casos, efectivamente, tais sujeitos merecem a qualificação de administrador de facto conquanto coloquem em acção os papéis administrativos no círculo funcional da gestão e com o poder de independência decisória que caracteriza a esfera dos gestores, devendo ainda actuar com a autonomia decisória, que caracteriza outrossim o administrador de direito⁽⁵⁵⁾. Por outro lado, conforme põe em evidência João SANTOS CABRAL⁽⁵⁶⁾, um outro elemento deve, desde logo, ser acrescentado para que estejamos perante um administrador de facto juridicamente relevante, designadamente a indispensabilidade de se verificar o consentimento ou assentimento da sociedade face à actividade desenvolvida pelo mesmo, já que será em resultado da sua verificação que a aceitação de actos de administração por parte da sociedade (via de regra mediante o seu silêncio), embora não exonere de responsabilidade quem os pratique, justifica a vinculação daquela às obrigações contraídas em seu nome face a terceiros.

Nesta acepção uma primeira resposta à pergunta que atrás colocamos poderia ser, caso se entendesse que o administrador de facto se encontra consagrado no art. 80.º do CSC, passar por afirmar que, pressuposto o entendimento exposto relativamente à relação que intercede entre este preceito e o art. 81.º, n.º 2, do CSC, desde logo uma tal resposta não poderia deixar de ser positiva. Contudo, não subscrevendo nós uma tal posição⁽⁵⁷⁾, parece-nos,

⁽⁵⁴⁾ Cf. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, [n. 6], pp. 99-101, e Ricardo COSTA, «Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto», in *Temas Societários, IDET – Colóquios n.º 2*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 22-43, esp.¹⁶ p. 29 e s..

⁽⁵⁵⁾ Cf. Ricardo COSTA, [n. 54], p. 31.

⁽⁵⁶⁾ «O Administrador de Facto no Ordenamento Jurídico Português», in *Revista do CEJ*, 2.º Semestre 2008, n.º 10 (Jul.-Dez. de 2008), pp. 109-164, esp.¹⁶ p. 136 e s..

⁽⁵⁷⁾ Defendida por AA. como Maria Elisabete RAMOS, [n. 14], p. 180, e Tânia MEIRELES DA CUNHA, em *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais. A Culpa nas Responsabilidades Civil e Tributária*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 76 e ss.. Contra, porém, com argumentação que merece a nossa

todavia, que a resposta à pergunta atrás enunciada passa ao invés por outros considerandos, assinaladamente pelo facto de os administradores de facto administrarem em termos efectivos, razão pela qual quando, no exercício de funções de administração, cometem factos danosos (à sociedade, aos credores sociais e/ou aos sócios e terceiros), não se justifica um tratamento desigual relativamente ao administradores de direito (o que é evidente, p. ex., nos administradores de facto aparentes), com isso, aliás, se protegendo, em absoluto, o lesado e garantindo o seu ressarcimento. Com efeito, não se admitindo a sua inclusão para efeitos do art. 81.º, n.º 2, do CSC, estar-se-ia, desde logo, a privar o lesado de ver os danos por si sofridos reparados quando o facto danoso fosse cometido pelo administrador de facto, visto que a responsabilidade do fiscalizador, para efeitos do referido artigo, conforme visto, é uma responsabilidade solidária por factos danosos da autoria do gestor, constituindo seu interesse fundamental garantir o ressarcimento dos danos do lesado, facilitando-lhe a exigência do seu crédito. Para mais, em termos gerais, ao estender-se o âmbito de aplicação do art. 81º, n.º 2, do CSC também aos factos danosos de autoria dos administradores de facto, salvaguarda-se (ao desencorajar o exercício *de facto* de funções de administração) a observância das normas imperativas que conformam a estrutura organizativa das sociedades comerciais.

Tudo o que nos faz concluir, na impossibilidade de se poder efectuar uma equiparação pura e simples (equivalência integral) entre administrador de direito e administrador de facto (resultante da impossibilidade de se proceder a uma extensão genérica das posições activas e passivas que incumbem *ex lege* aos membros dos órgãos de administração e representação ao mesmo pela habilitação limitada que este tem para praticar certos actos, desde logo, por falta de investidura e competência orgânica — v.g., aquisição da qualidade de liquidatários da sociedade dissolvida — cf. art. 151.º, n.º 1, do CSC)⁽⁵⁸⁾, que o art. 81.º, n.º 2, do CSC, ao

concordância, cf. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, [n. 6], pp. 105-107, e João SANTOS CABRAL, [n. 56], pp. 142-144.

⁽⁵⁸⁾ Cf. Ricardo COSTA, [n. 54], pp. 36-40, e João de SANTOS CABRAL, [n. 56], p. 161.

menos por interpretação extensiva, é também aplicável aos casos em que o facto danoso é de autoria do administrador de facto.

Por último, em jeito de conclusão, faça-se notar que, existindo (como na *praxis* é a regra) ao lado do administrador de facto um gestor com título suficiente e regular, havendo responsabilidade do primeiro, também haverá, em regime de solidariedade, responsabilidade do segundo (cf. art. 73.º do CSC e arts. 490.º e 497.º do CC).

2.2. *A conduta do fiscalizador.*

Em nota prévia à análise dos pressupostos da obrigação de indemnizar estabelecida no art. 81.º, n.º 2, do CSC relativos à conduta do fiscalizador, cumpre afirmar que a responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização, tal como a dos gestores, assenta nos pressupostos gerais da responsabilidade civil, pelo que, em tudo o quanto não se ache especialmente regulado naquela norma, encontrará a sua disciplina própria no regime geral, consoante os casos, da responsabilidade civil extracontratual (art. 483.º e ss. do CC) ou obrigacional (art. 798.º e ss. do CC)⁽⁵⁹⁾, sendo, por via disso, apenas aqui abordados os pressupostos especiais (e na verdade, apenas na vertente que é especificamente estabelecida na previsão normativa do art. 81.º, n.º 2, do CSC) respeitantes à referida obrigação de indemnizar.

2.2.1. Facto ilícito: omissão do dever de fiscalizar.

Com relação à conduta do fiscalizador, para que haja lugar à obrigação de indemnizar nos termos do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC, conforme atrás tivemos oportunidade de assinalar, terá, primeiramente, que se ter verificado por parte daquele a omissão do referido dever de fiscalização («se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização»), o qual, como adiante aprofundare-

⁽⁵⁹⁾ Cf., *infra*, II, 4.

mos, caso tivesse sido cumprido, teria feito com que o facto danoso não se teria produzido⁽⁶⁰⁾.

Este dever de fiscalização, que impõe sobre os membros dos órgãos de fiscalização uma prestação de facto de conteúdo positivo (prestação *de facere*), resulta, conforme dito, da lei, nomeadamente de normas (preceptivas) que impõem directamente uma determinada conduta ao fiscalizador (v.g., dever do presidente da comissão de auditoria de exercer o dever de vigilância, caso em que não o faça é, desde logo, solidariamente responsável com o gestor pelos danos sofridos pela sociedade — cf. n.º 5 do art. 420.º-A do CSC *ex vi* do n.º 2 do art. 423.º-G do CSC) e indirectamente de normas que impõem a colaboração do mesmo na prevenção de certo resultado punido ou reprovado de outro modo naquela (v.g., omissão do dever de emitir um parecer relativamente a contratos celebrados entre a sociedade e o respectivo gestor violadores do dever de lealdade pendente sobre este — cf. arts. 64.º, n.º 1, al. *b*), e 397.º, n.º 2, do CSC), cuja inobservância materializa, portanto, respectivamente, omissões puras e comissões por omissão.

Mas dito isto, como se relaciona, então, este genérico dever de fiscalizar, concretizado, desde logo, em preceitos como os arts. 262.º, n.º 1, 262.º-A, 420.º, 420.º-A, 422.º, 423.º-F, 423.º-G, 441.º, 444.º, n.ºs 2 e 4, 446.º, n.º 3, 452.º e 453.º do CSC, com os deveres fundamentais legalmente impostos no art. 64.º, n.º 2, do CSC aos fiscalizadores, nos termos do qual «Os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade.» (*sic*)?

Na verdade, conforme já tivemos o ensejo de salientar, quer nos parecer que o agregado dos deveres próprios dos membros dos órgãos de fiscalização constitui, pois, o sobredito *dever de fiscalizar*, paralelo no âmbito de actuação daqueles, ao dever de administrar

⁽⁶⁰⁾ Tem, pois, assim inteira razão Tiago João ESTEVÃO MARQUES quando a propósito da caracterização da responsabilidade civil estabelecida no n.º 2 do art. 81.º do CSC afirma se tratar esta não de uma *responsabilidade por factos alheios* (i.e., dos gestores), mas antes de uma *responsabilidade por factos próprios*, respondendo, portanto, o fiscalizador pelo seu próprio comportamento omissivo nos termos aduzidos: cf. ID., [n. 5], p. 243.

que constitui a obrigação típica dos gestores, conferindo individualidade, tipicidade e unidade à sua situação e impondo-lhes directamente certas condutas ou indirectamente a sua colaboração na prevenção de resultados punidos ou reprovados de outro jeito pela lei.

Com efeito, conforme alude CARNEIRO DA FRADA a propósito do dever de administrar em termos que, *mutatis mutandis*, são plenamente cabidos no campo de actuação próprio dos fiscalizadores, importa dizer que o art. 64.º do CSC não exprime adequadamente a obrigação típica destes, já que o dever de prestar que a caracteriza e contradistingue das demais (p. ex., do dever típico do gestor) é, bem vistas as coisas, o referido dever de fiscalização, o qual, na realidade, «[...]representa um conceito-síntese [...], sendo decomponível em diversos deveres em função da concretização (legal ou jurisprudencial) em circunstâncias típicas e de modo a preencher correspondentes necessidades dogmáticas [...]. A sua índole corresponde, no essencial, à de uma posição jurídica compreensiva, passiva, relativa. Como tal, pode perfeitamente comportar no seu seio, não só deveres ou outras situações passivas mais simples, mas elementos activos, como, v.g., a faculdade de informação (de exigir e obter informação) [...]»⁽⁶¹⁾ (*sic*).

Nesta conformidade, os deveres de cuidado consagrados no art. 64.º, n.º 2, do CSC, «[...]», não exprim[indo], portanto, [...] qualquer dever de prestar, e muito menos um dever de prestar característico de uma relação obrigacional específica.»⁽⁶²⁾ (*sic*), estabelecem, na verdade, um modo-de-conduta, assinaladamente do referido dever de fiscalizar (que é assim um dever vinculado), impondo o modo como este há-de ser cumprido — *hoc sensu*, com cuidado —, tudo fazendo que os fiscalizadores se encontrem, portanto, obrigados a prestar não apenas uma fiscalização, mas, na realidade, na linha das preocupações de reforço da função fiscalizadora que presidiram à reforma de 2006 do CSC⁽⁶³⁾, uma fiscali-

⁽⁶¹⁾ Cf. Manuel A. CARNEIRO DA FRADA, [n. 14], p. 212 e s..

⁽⁶²⁾ ID., [n. 14], p. 213.

⁽⁶³⁾ Note-se, pois, que a introdução dos deveres fundamentais de cuidado (e outrossim, de diligência e lealdade) a cargo dos fiscalizadores foi operada, efectivamente, pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março — cf. Paulo CÂMARA, [n. 30], p. 43, e Gabriela FIGUEIREDO DIAS, [n. 30], p. 284 e s., e [n. 34], p. 50.

zação cuidada (ou cuidadosa — de acordo com as boas ou melhores práticas) que fazendo recair sobre aqueles um princípio de responsabilidade acrescido (como acontece, p. ex., na responsabilidade médica ou, bem vistas as coisas, na responsabilidade dos próprios administradores), em síntese, se caracteriza pelo cumprimento por parte dos membros dos órgãos de fiscalização das suas obrigações de fiscalização legal ou estatutariamente estabelecidas (deveres de conteúdo específico), tudo visto, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequado às suas funções⁽⁶⁴⁾, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional⁽⁶⁵⁾ e deveres de lealdade⁽⁶⁶⁾, no interesse da sociedade^(67/68).

⁽⁶⁴⁾ Efectivamente, não tendo, porém, o legislador, contrariamente ao que fez a propósito do dever de cuidado que estabeleceu a cargo dos gestores, concretizado os «deveres de cuidado» que os fiscalizadores devem observar, parece-nos, no entanto, que, a especificação feita a propósito daquele, *mutatis mutandis*, se mostra claramente reconduzível para o domínio próprio destes.

⁽⁶⁵⁾ Para uma caracterização da diligência enquanto padrão normativo *vd.*, em termos que nos parecem claramente aplicáveis para efeitos do disposto no art. 64.º, n.º 2, do CSC, Fernando PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, reimp., Almedina, Coimbra, 1995, pp. 75-101.

⁽⁶⁶⁾ Conforme observa Gabriela FIGUEIREDO DIAS [n. 34], p. 51 e s., atenta a formulação (pouco feliz) do art. 64.º, n.º 2, do CSC, parece haver uma subalternização do dever de lealdade ao dever de cuidado no âmbito dos deveres fundamentais dos fiscalizadores, contrariamente ao que acontece no plano dos deveres dos gestores, onde o dever de lealdade se encontra autonomizado e nivelado com o dever de cuidado a cargo dos mesmos. Em todo o caso, como salienta a A., o dever de lealdade surge como corolário da natureza fiduciária da relação que se estabelece entre fiscalizador e sociedade, tendo um conteúdo em tudo idêntico ao paralelo dever de lealdade a cargo do gestor, configurando-se como um padrão de comportamento do fiscalizador no sentido de procurar afastar os custos da não coincidência de interesses entre sócios e administração (*management*).

⁽⁶⁷⁾ Interpretado à luz das chamadas teses contratualistas (interesse social é o interesse comum ou colectivo dos sócios enquanto tais) ou, porventura, institucionalistas (interesse social é o interesse comum, não apenas aos sócios, mas inclusive a outros sujeitos, como os trabalhadores, credores sociais e até à colectividade nacional) e respectivas variantes dentro das mesmas. Sobre o estado do debate entre as mesmas, agora revisitado, desde logo, pelas actuais teorias norte-americanas do *shareholder value* e *stakeholder value*, reconduzíveis, na sua essência, respectivamente, às referidas teses *cf.*, por todos, Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social», in *Reformas do Código das Sociedades*, IDET – Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 15-47, esp.^{1c}, pp. 31-33.

⁽⁶⁸⁾ Para uma concretização de situações nas quais se verifica a violação do referido *dever de fiscalizar* *vd.*, *v.g.*, Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, [n. 5], p. 245 e s..

Neste enfiamento, atento o facto de, entre nós, consabidamente, o sistema de responsabilidade civil se encontrar estruturado na diferenciação entre as categorias da ilicitude e da culpa⁽⁶⁹⁾, as quais, embora desempenhem uma função complementar reprovadora da conduta do lesante, distinguem-se, consistindo a primeira na violação do dever-ser (antijuridicidade) e, por isso, actuando sempre no plano geral e abstracto, considerando aquela conduta objectivamente, e a segunda exprimindo um juízo de censurabilidade pessoal sobre a referida conduta, de acordo com a qual é a mesma apreciada em face das circunstâncias concretas do caso, assim atendendo ao lado subjectivo (não obstante na apreciação da negligência se incluir ainda assim elementos de carácter objectivo) do facto danoso⁽⁷⁰⁾, tudo visto, temos para nós, salvo melhor opinião, em conformidade com as diferenças assinaladas entre as ditas categorias que a omissão do dever de fiscalização por parte dos membros dos órgãos de fiscalização se situa no plano da ilicitude. Isto porquanto, não tendo, como se verifica, para efeitos do disposto no n.º 2 do art. 81.º do CSC, os membros dos órgãos de fiscalização exercido a fiscalização — para mais cuidada (ou cuidadosa)! — a que legalmente estão obrigados, realizando a acção juridicamente esperada e devida, desde logo, violaram o dever-ser jurídico, omitindo a prestação de facto positiva (dever de *facere*) a que legalmente estão adstritos.

2.2.2. Causalidade: produção de um dano resultante ou decorrente da omissão do dever de fiscalizar, relevância do comportamento lícito alternativo e irrelevância negativa da causa virtual.

Dissemos já atrás que, para que haja lugar à obrigação de indemnizar nos termos do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC, para

⁽⁶⁹⁾ Cf. art. 483.º, n.º 1, do CSC: «Aquele que, *com dolo ou mera culpa*, violar *illicitamente* o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação» (*sic*), estabelecendo, assim, a matriz de todo o sistema de responsabilidade civil português.

⁽⁷⁰⁾ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 530 e ss., esp.º pp. 585-588.

além da conduta do gestor, terá ainda que se ter verificado, no que diz respeito à conduta do fiscalizador, a omissão do cumprimento das suas obrigações de fiscalização que, a terem sido observadas, teriam feito com que o facto danoso por aquele primeiro cometido não se teria produzido.

Com efeito, estatui, literalmente, a dita norma que há responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização quando «o dano não se teria produzido se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização», o que significa, portanto, que para que seja desencadeado o dever de indemnizar a cargo do fiscalizador nos termos da mesma não basta que este tenha omitido o seu dever de fiscalizar («se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização»), sendo igualmente necessário que o dano produzido pelo facto da autoria do gestor tenha simultaneamente resultado ou decorrido da inobservância por parte do fiscalizador das suas obrigações de fiscalização, na medida em que, nos termos da referida norma, o dano somente se produziu porque não foram cumpridas por parte dos membros do órgão de fiscalização as suas obrigações de fiscalização, nunca o mesmo se tendo produzido, diferentemente, caso aquelas tivessem sido observadas.

Ou seja: o dano tem de ser consequência da omissão do dever de fiscalizar, caso em que não o seja não há, nos termos do n.º 2 do art. 81.º do CSC, lugar à obrigação de indemnizar (solidária) a cargo do fiscalizador.

Exemplificando: se *A*, gestor de uma sociedade comercial, cometer (por acção ou omissão) um facto danoso à sociedade, aos credores sociais ou aos sócios e terceiros, e se *B*, fiscalizador da mesma, não tiver exercido as suas obrigações de fiscalização que a terem sido exercidas teriam feito com que aquele não ocorresse, então, *B* será responsabilizado solidariamente estando obrigado a indemnizar o lesado; todavia, pelo contrário, se *A*, gestor de uma sociedade comercial, cometer (por acção ou omissão) um facto danoso à sociedade, aos credores sociais ou aos sócios e terceiros, e caso *B*, fiscalizador da mesma, não tiver exercido as obrigações de fiscalização que a terem sido exercidas não teriam, na verdade, impedido a sua verificação, então *B*, diversamente, não está obrigado a indemnizar o respectivo lesado.

Tal acontece, na verdade, porquanto o facto danoso não é da autoria do fiscalizador, mas sim, conforme exposto, do gestor, sendo aquele mero cúmplice (por omissão) do mesmo, não sendo a sua conduta geradora mas apenas permissiva daquele, constituindo, por conseguinte, a sua responsabilidade uma responsabilidade solidária nos termos legais.

Aliás, neste enfiamento, note-se, pois, que caso o fiscalizador, nos termos supraditos, não esteja obrigado a indemnizar, tal não afasta a responsabilidade do próprio gestor — o autor do facto danoso —, o qual, nos termos do disposto nos arts. 72.º, 78.º e 79.º do CSC, responderá individualmente pelos danos causados ao lesado.

Tudo o que faz concluir, que constitui pressuposto da obrigação de indemnizar estabelecida no art. 81.º, n.º 2, do CSC, não apenas a omissão do dever de fiscalizar por parte dos membros dos órgãos de fiscalização, mas também a produção de um dano resultante ou decorrente da mesma⁽⁷¹⁾.

Mas se assim é, por um lado, e, se, por outro lado, conforme dito, o primeiro daqueles pressupostos se situa no plano da ilicitude, em que categoria se enquadra o segundo dos mesmos? Constitui a necessidade de o dano sofrido pelo lesado resultar ou decorrer da omissão do dever de fiscalização uma questão de culpa, de causalidade ou de ambos? E caso sim, em que termos?

Para dar resposta a estas interrogações temos, na verdade, que convocar o importante debate travado entre GOMES DA SILVA⁽⁷²⁾ e PEREIRA COELHO⁽⁷³⁾ acerca da caracterização da culpa e da causalidade enquanto categorias da responsabilidade civil.

Efectivamente, segundo o primeiro daqueles ilustre professores, o nexa de causalidade não configura um pressuposto autónomo da responsabilidade, mas antes um simples aspecto porque se encara a imputação do dano ao responsável, sendo um facto causa de um dano, para efeitos de responsabilidade civil, quando se

(71) Neste mesmo sentido vd. Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, [n. 5], p. 246 e s..

(72) Cf. ID., *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, vol. I, Livraria Moraes, Lisboa, 1944.

(73) Cf. ID., «O Nexa de Causalidade na Responsabilidade Civil», in *BFD*, Suplemento 9 (1951), Coimbra, pp. 65-242.

produz pela forma que a lei tinha em vista ao considerar os factos da mesma espécie como fontes da responsabilidade civil⁽⁷⁴⁾. Assim sendo, à pergunta quais os danos que devem ser reparados pelo lesante, GOMES DA SILVA entende que serão aqueles danos pelos quais o lesante é culpado, isto é, os danos que previu e os danos previsíveis, pelo que, ao problema da causalidade responde-se em termos de culpa, designadamente a culpa referida aos danos em concreto, ponto de vista este que tem assim como consequência que culpa e causalidade não são delimitáveis, não tendo a causalidade autonomia face à culpa e apenas tendo o problema relativo àquela solução correcta quando considerado relativamente ao nexo de imputação (culpa). Deste modo, existem dois momentos no plano analítico: um primeiro em que averigua a existência de culpa (entendida como o vínculo moral entre uma pessoa e um acto ilícito) e, posteriormente, num segundo momento procura-se descobrir a medida da obrigação de indemnizar, lançando-se outra vez mão da ideia de culpa, referida aos danos em concreto. Neste enfiamento, o nexo de causalidade no seio da responsabilidade civil não é um problema de pura conexão objectiva entre facto e dano e comporta duas etapas: a primeira, no qual se averigua se determinado dano teve por condição necessária algum dos factos que a lei considera como fontes de responsabilidade civil; a segunda em que analisa se o facto danoso, pertencendo a alguma das categorias legais de factos criadores de responsabilidade produziu danos pela forma a que a lei atendeu ao incluí-lo no conjunto das circunstâncias de que pode emergir a responsabilidade civil de um sujeito⁽⁷⁵⁾.

Pelo contrário, segundo PEREIRA COELHO, a culpa é um nexo que se estabelece entre facto e pessoa, mais propriamente um nexo de tipo subjectivo que se estabelece entre ambos, e não um nexo entre dano e pessoa. Já o nexo de causalidade configura um vínculo objectivo entre facto e dano, pelo confronto entre a situação real e a situação hipotética do lesado, constituindo um elemento autónomo e constitutivo da responsabilidade civil, que tem

⁽⁷⁴⁾ O A. adere, assim, no que diz respeito ao problema do nexo de causalidade, à chamada teoria do escopo da protecção da norma. Para uma caracterização e uma sólida crítica à mesma cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], pp. 901-903.

⁽⁷⁵⁾ Cf. Manuel GOMES DA SILVA, [n. 72], p. 89 e ss..

precisamente como função a fixação da extensão do dever de indemnizar, sua medida e *quantum*, indicando que danos devem ser reparados. Neste enfiamento, culpa e causalidade são delimitáveis, mormente por que aquela visa determinar se entre o facto e uma pessoa existe um nexo do tipo exigido por lei, ou seja, saber se certo sujeito pode ser considerado o responsável pelo facto com vista a impor-lhe a obrigação de reparar os danos que causou (nexo de imputação do facto ao lesante), e nesta se procurar saber quais foram exactamente os danos causados pelo facto, pelo que, em conclusão, o problema da culpa refere-se à determinação de quem praticou o facto, enquanto que no problema da causalidade encontra-se em causa a determinação dos danos resultantes do facto praticado (problema de conexão entre facto e dano)⁽⁷⁶⁾.

Que posição então tomar relativamente a esta querela?

Tudo ponderado, parece-nos que, de facto, culpa e causalidade são categorias distintas e delimitáveis, constituindo o nexo de causalidade também ele um elemento constitutivo autónomo da responsabilidade civil, isto porquanto, como correctamente observa PEREIRA COELHO, será perfeitamente incompreensível que a determinação dos danos reparáveis fique na dependência da forma como se proceda à imputação subjectiva a título de dolo ou negligência, estabelecendo-se a extensão do dever de indemnizar em função das circunstâncias da imputação a tal título, conduzindo esta posição a soluções inadmissíveis em termos de causalidade. A culpa, deve, pois, aferir-se ao próprio facto e não aos danos em concreto, pois, tendo a responsabilidade civil, essencialmente⁽⁷⁷⁾, uma função reparadora, esta impõe, por conseguinte, que a extensão

⁽⁷⁶⁾ Cf. Francisco PEREIRA COELHO, [n. 73], p. 72 e ss..

⁽⁷⁷⁾ Contrariamente ao que refere PEREIRA COELHO em «O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil», *cit.*, *passim*, entendemos que a responsabilidade civil não tem apenas uma função reparadora ou indemnizatória de danos, mas antes, acompanhado ANTUNES VARELA, em *Das Obrigações em Geral*, *cit.*, pp. 542-544, que, constituindo esta a função primária da responsabilidade civil, não deixa, porém, de, acessória ou subordinadamente, existir uma função preventiva, sancionatória (ético-jurídica) e repressiva no referido instituto, a qual, por ser exactamente uma função secundária não briga com a posição assumida no texto. Aliás, note-se que o próprio PEREIRA COELHO, em *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil* (reimp., com uma nota prévia), Almedina, Coimbra, 1998, p. 294, com vista a justificar a irrelevância negativa da causa virtual, defende que a responsabilidade civil também contempla uma tal função.

do dever de indemnizar, como aquele A. alega seja dada pelo confronto entre a situação real e a situação hipotética do lesado e não pela quantidade de culpa do lesante, atendendo-se, deste modo, à situação do lesado e não do lesante. A função do dever de indemnizar é por a cargo do lesante a prática dos actos necessários para aproximar a situação real da situação hipotética do lesado caso este não tivesse sofrido o dano, sendo reparáveis todos aqueles danos que o lesado provavelmente não teria sofrido caso não se verificasse a lesão. De modo que, a ideia da culpa referida aos danos em concreto, de facto, apenas pode ser uma solução para o problema da causalidade, reportando-se à extensão da indemnização e não à culpa, constituindo a previsibilidade dos danos pelo lesante um critério inadequado que não está em sintonia com a função essencialmente reparadora do instituto da responsabilidade civil⁽⁷⁸⁾.

De resto, importa dizer que a tese defendida por PEREIRA COELHO parece ter merecido acolhimento expresso nos arts. 562.º e 563.º do CC.

Nesta conformidade, tudo visto, parece-nos que a culpa (*rectior*, a imputação do facto ao lesante) se refere a um nexos factopessoa, pelo qual se analisa se determinado sujeito é responsável por certo facto para efeitos de sobre o mesmo fazer pender o dever de indemnizar, e a causalidade, distinta e autónoma daquela, diversamente, a um nexos (objectivo) factodano, constituindo uma medida de reparação de danos, isto é, uma medida de (delimitação) dos danos indemnizáveis.

A esta luz e em resposta às questões acima colocadas a respeito do pressuposto em apreço, atento o facto de o dano apenas se ter produzido em consequência da omissão do dever de fiscalizar, nada mais podemos concluir que, intercedendo aqui claramente uma relação entre facto (a inobservância das obrigações de fiscalização) e dano, que o mesmo, na realidade, é respeitante à categoria da causalidade, relevando, por isso, para efeitos dos termos gerais da mesma⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁸⁾ Cf. Francisco PEREIRA COELHO, [n. 73], *ibidem*.

⁽⁷⁹⁾ Sobre o nexos de causalidade vd., em geral, por todos, Francisco PEREIRA COELHO, [n. 73], esp.^{ic} p. 104 e ss., e, em particular, no domínio da omissão e dos especiais problemas que a este propósito se colocam, Pedro Pitta e Cunha NUNES DE CARVALHO, [n. 9], p. 83 e ss..

Mas isto visto, uma pergunta, de imediato, se nos depara como óbvia: estando, conforme mencionado, o fiscalizador, nos termos legais, adstrito a um dever de fiscalizar e tendo sido cometido um facto (acção ou omissão) que produziu danos à sociedade, aos credores sociais, a sócios e terceiros pelo gestor que, caso tivessem sido observadas as obrigações de fiscalização a cargo daquele não se teriam produzido, está, porventura, o mesmo obrigado a indemnizar o respectivo lesado se, comprovadamente, se concluir que, ainda que o referido fiscalizador tivesse cumprido as suas obrigações de fiscalização ainda assim o dano ter-se-ia produzido?

Ora, tal situação em que o comportamento devido pelo fiscalizador — o cumprimento das obrigações de fiscalização —, em todo o caso, não se mostraria impeditivo da produção do dano, bem vistas as coisas, reconduz-se à figura que no seio do Direito Penal é conhecida por *comportamento lícito alternativo*⁽⁸⁰⁾. Esta, enqua-

Parece-nos, no entanto, que a principal incidência da conclusão chegada no texto reporta-se à questão do ónus da prova do pressuposto em apreço, o qual (nos termos da teoria da causalidade adequada), desta feita, caberá ao lesado — cf. art. 342.º, n.º 1, do CC.

Opinião diversa parece sustentar, porém, Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, de acordo com o qual entende ocorrer aqui uma distribuição do ónus da prova atenta a relação que se estabelece entre os sujeitos com legitimidade activa na acção indemnizatória e os membros dos órgãos de fiscalização das sociedade comerciais, na exacta medida em que nas acções propostas pela sociedade (acção social *ut universi*), pelos sócios (acção social *ut singuli*) ou pelos credores sociais (acção sub-rogatória), para a reparação de danos sofridos pela sociedade, uma vez alegado e provado o incumprimento ou cumprimento defeituoso de uma obrigação de fiscalização e o respectivo dano, presumir-se-ia que este se não teria produzido caso o fiscalizador tivesse cumprido as suas obrigações, cabendo-lhe, então, provar o contrário com vista a afastar a sua responsabilidade, ao invés do que se verificaria no domínio das acções propostas pelos sócios e terceiros (incluindo credores sociais) nas quais caberia a estes demonstrar, para além da violação culposa das respectivas obrigações por parte do fiscalizador e do dano, que este último não se teria produzido caso o dito fiscalizador tivesse cumprido aquelas mesmas obrigações (cf. ID., [n. 5], p. 249); contudo, em nossa óptica, sem razão atento o facto desde logo de a norma em análise se construir pela positiva, não apontando de todo para qualquer inversão do ónus da prova, parecendo-se, portanto, exigir que os lesados, nos termos gerais, sejam responsáveis pela prova dos necessários pressupostos.

⁽⁸⁰⁾ Exemplo paradigmático desta figura no campo jurídico-penal constitui o caso verídico julgado pelos tribunais alemães segundo o qual o director de uma fábrica de pincéis de barbear adquiriu pêlos de cabra chinesa como matéria-prima para a sua empresa, não tendo ordenado uma desinfeção ao mesmo, conforme prescrevia a lei. Posteriormente quatro trabalhadores foram infectados por bacilos de carbúnculo e morreram, tendo, porém, sido aprofundada a investigação, desta feita, se provando que mesmo que se tivesse

drando-se na chamada doutrina da conexão do risco de acordo com a qual a imputação objectiva do resultado à acção está dependente de 1) que a acção do agente tenha criado um risco não permitido ou tenha aumentado um risco já existente e 2) que esse risco tenha conduzido à produção do resultado concreto, devendo tal imputação ser negada quando não se verifique assim uma das referidas condições, implica, em consequência, que, demonstrando-se que o resultado teria tido seguramente⁽⁸¹⁾ lugar sensivelmente no mesmo tempo, modo e condições em que efectivamente se verificou ainda que a acção ilícita não tivesse sido realizada a imputação objectiva do resultado à acção deve ser negada, seja porque não se torna possível comprovar uma potenciação do risco já autonomamente instalado, seja porque não se pode dizer que o comportamento do agente criou um risco não permitido, assim se concluindo que verificando-se que tanto a conduta indevida, como a conduta lícita «alternativa» produziriam o resultado típico, a imputação deste

procedido à desinfecção legalmente imposta o resultado teria sido exactamente o mesmo, visto que se tratava de um bacilo até à data desconhecido na Europa e, por isso, resistente a qualquer processo de desinfecção conhecido — cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17], p. 337.

⁽⁸¹⁾ Questão complexa que é colocada pela doutrina penal é a de saber se também são admissíveis, no âmbito da figura do comportamento lícito alternativo, os casos em que não se demonstra que também com tal comportamento o resultado típico teria seguramente tido lugar, mas antes que apenas era provável ou possível que tal ocorresse. De referir, pois, que aquela tem sustentado que imputar objectivamente o resultado à acção nestas situações significaria violar o princípio *in dubio pro reo* (HERZBERG) ou que, do ponto de vista da doutrina da conexão do risco, o que releva é fazer a prova da potenciação do risco e respectiva materialização no resultado típico, pelo que, se o juiz ficar em dúvida relativamente a tal ponto deve valorá-la a favor do arguido, excluindo a imputação, sendo, pelo contrário, tal comportamento irrelevante caso seja demonstrada a potenciação do risco e a sua materialização no resultado (STRATENWERTH) — cf., perfilhando este último ponto de vista, Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17], p. 338, e Maria FERNANDA PALMA, «A Teoria do Crime como Teoria da Decisão Penal: Reflexão sobre o Método e o Ensino do Direito Penal», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, A 9 F-4 (Out.-Dez. 1999), pp. 523-603, esp.^{1c} p. 543.

Constituindo esta uma questão controversa no campo jurídico-penal e porque, em todo o caso, nos parece ser este último o sentido da boa doutrina, optamos, desde já, por restringir, não obstante as diferenças conhecidas entre a teleologia do Direito Penal e do Direito Privado, a caracterização da figura do comportamento lícito alternativo para efeitos do presente estudo aos casos em que seguramente a conduta alternativa conforme ao Direito não teria impedido a produção do dano (cf. *supra*, no texto a utilização do advérbio «comprovadamente»).

àquela traduzir-se-á na punição da violação de um dever cujo cumprimento teria sido inútil o que, desde logo, violaria o princípio da igualdade⁽⁸²⁾.

Duas observações prévias merecem, neste enfiamento, desde já, ser feitas. A primeira para dizer que, no domínio da dogmática jurídico-penal, conforme alude FIGUEIREDO DIAS⁽⁸³⁾, a teoria da causalidade adequada, não resolve o problema subjacente às situações que materializam a figura do comportamento lícito alternativo, já que à luz desta não poderá deixar de imputar-se o resultado à conduta, por ser normal e previsível, de acordo com um juízo de prognose póstuma, que o resultado se produziria⁽⁸⁴⁾. Já a segunda das referidas observações serve para dar conta que aquela figura se distingue das situações de causalidade virtual ou hipotética que a seguir teremos oportunidade de abordar, pois nesta o que está essencialmente em questão, como aprofundaremos, é a circunstância de o agente ter produzido um dano numa hipótese em que, caso não tivesse actuado ou omitido, aquele produzir-se-ia igualmente em tempo e sob condições tipicamente semelhantes por força de um caso fortuito, da conduta do próprio lesado ou a conduta de um terceiro que induziria também a responsabilidade do seu autor caso se tivesse causado efectivamente o dano⁽⁸⁵⁾.

(82) Cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17], p. 331 e ss., esp.^{te} pp. 336-338. Para uma perspectiva distinta, que não seguimos, advogando, em síntese, que a verificação do curso hipotético dos eventos em caso de comportamento lícito alternativo não desempenha qualquer papel na determinação da responsabilidade do agente, não influndo sobre a caracterização da conduta típica ou sobre a existência de um desvalor de perigo e não sendo também relevante para a imputação do resultado, pese embora tal não signifique uma opção pela sua condenação, devendo, diferentemente, exigir-se a verificação de uma especial relação entre a acção ilícita e evento típico que terá o seu ponto de partida no uso de um juízo concreto de adequação, designadamente sendo necessário averiguar se foi realizado no resultado um dos modelos de perigo em atenção ao qual a conduta é considerada lícita cf., porém, João CURADO NEVES, *Comportamento Lícito Alternativo e Concurso de Riscos. Contributo para uma Teoria da Imputação Objectiva em Direito Penal*, AAFDL, Lisboa, 1989.

No sentido essencialmente do texto vd., outrossim, Maria FERNANDA PALMA, [n. 81], p. 548.

(83) Cf. ID., [n. 17], p. 337.

(84) Contra, conforme visto, João CURADO NEVES, [n. 82], *passim*.

(85) Cf. Francisco PEREIRA COELHO, [n. 73], p. 104, Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17] p. 342, e Maria FERNANDA PALMA, [n. 81], pp. 544-548, afirmando esta

Poderá, então, a figura jurídica e conexa doutrina da conexão do risco acima mencionadas serem adoptadas para efeitos da responsabilidade civil, em geral, e do regime especial de responsabilidade civil dos fiscalizadores estabelecido no art. 81.º, n.º 2, do CSC, em particular?

Em nossa óptica, tudo ponderado, não vemos razões para que, efectivamente, aquela doutrina e figura não possam relevar para efeitos do instituto da responsabilidade civil. Mas como? Ora, se, salvo melhor opinião, pensamos que aquelas não se podem reconduzir ao pressuposto da ilicitude (e, por via disso, desde logo, p. ex., à dicotomia ilícito da acção/ilícito de resultado⁽⁸⁶⁾), por não deixar em todo o caso de haver na sobredita situação uma violação do dever-ser jurídico, não deixando de se mostrar a conduta do agente como desconforme com o Direito (antijuridicidade), havendo, portanto, quer desvalor da acção, quer desvalor de resultado, entendemos, na linha das considerações que atrás fizemos relativamente aos pressupostos da imputação do facto ao lesante (culpa) e da causalidade, que, a respeito das sobreditas doutrina e figura nos encontramos no vector (objectivo) facto-dano, pelo qual se determina quais os danos indemnizáveis, que é dizer no âmbito do pressuposto da causalidade.

A esta luz, atenta, pois, a circunstância acima referida segundo a qual a teoria da causalidade adequada⁽⁸⁷⁾ não consegue dar resposta adequada ao problema subjacente à figura do comportamento lícito alternativo e por que nos parece de todo igualmente inadequada, como atrás dito (cf. *supra* n. 74), a teoria do escopo da protecção da norma, temos, pois, por certo, que a doutrina da conexão do risco e muito em particular a figura do comportamento lícito alternativo, enquadrando-se, conforme exposto, no âmbito da causalidade, constituem um segundo degrau ou patamar no pressuposto

última A., desde logo, inclusive, que o comportamento lícito alternativo é apenas uma hipótese intelectual (não latente) de conduta do agente, sem existência como possibilidade real.

⁽⁸⁶⁾ Sobre esta, por outros, vd. Adelaide MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 648-653.

⁽⁸⁷⁾ Sobre esta e suas diferentes formulações, por todos, cf. Francisco PEREIRA COELHO, [n. 73], p. 137 e ss..

geral do nexo de causalidade entre um facto e dano (um primeiro constituirá a teoria da causalidade adequada)⁽⁸⁸⁾, dentro do sistema geral da responsabilidade civil, desde logo, porquanto, dispõe expressamente o art. 563.º do CC que «A obrigação de indemnizar só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão», o que significa, portanto, com respeito à figura do comportamento lícito alternativo, na qual o dano produzir-se-ia sempre ainda que o lesante não tivesse cometido um facto ilícito, que o lesado, não provavelmente, mas sim seguramente, note-se, teria, em qualquer circunstância, *maxime* caso tivesse sido observada a conduta conforme ao Direito, sofrido o dano, que a mesma tem pleno acolhimento na referida disposição legal.

De modo que, isto dito, parece-nos que, em resposta ao particular problema que acima colocamos com respeito a saber qual o efeito do comportamento lícito alternativo do fiscalizador no quadro do regime de responsabilidade civil a que está adstrito nos termos do art. 81.º, n.º 2, do CSC, tudo visto, verificando-se uma situação deste tipo, não estará aquele obrigado a indemnizar porquanto não existe, nos termos expostos, um nexo de causalidade entre a sua conduta (omissão do dever de fiscalizar) e o dano assim produzido, o qual, na verdade, ter-se-ia sempre produzido ainda que por aquele tivessem sido observadas as suas obrigações de fiscalização⁽⁸⁹⁾.

(88) De três degraus na imputação objectiva do resultado à acção no domínio da responsabilidade penal fala-nos Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17] p. 322 e ss., esp.¹⁶ p. 323, p. 327 e p. 331, constituindo o primeiro degrau a categoria da pura causalidade, aferida através da teoria das condições equivalentes, um segundo degrau a causalidade jurídica sob a forma da teoria da causalidade adequada e, por fim, um terceiro degrau respeitante à (doutrina da) conexão do risco.

(89) Em idêntico sentido parece concorrer Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, o qual, não se debruçando explicitamente, porém, sobre a questão analisada da relevância do comportamento lícito alternativo no domínio da responsabilidade civil prevista no n.º 2 do art. 81.º do CSC, em todo o caso, a propósito do nexo de causalidade intercedente entre a violação das obrigações de fiscalização e o dano verificado não deixa de escrever significativamente que «[Embora] a redacção do art. 81.º, n.º 2, não [seja] [...] particularmente elucidativa [...] atendendo [no entanto] à expressão “quando o dano não se teria produzido se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização”, parece-me [...] De facto, para que haja lugar à responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização com os administradores nos termos do art. 81.º, n.º 2, depois de demonstrada a violação das obrigações de

Aliás, se, conforme dito (*supra* n. 77), a responsabilidade civil tem, pois, uma função primária de reparação de danos, não deixa, porém, de ter, de forma secundária, uma função sancionatória (que atende à sanção) a qual, desta feita, bem vistas as coisas, não se encontra apenas subjacente aos pressupostos da ilicitude e da culpa (cf., v.g., arts. 494.º e 497.º, n.º 2, do CC), mas também ao nexo de causalidade que, tudo visto, também decorre do conceito material de justiça⁽⁹⁰⁾.

Ora, mas, diferentemente, imagine-se agora que, não obstante se encontrar reunido o conjunto de pressupostos da obrigação de indemnizar estabelecidos no n.º 2 do art. 81.º do CSC, o fiscalizador alega, porém, em sua defesa que, pese embora tenha efectivamente omitido o cumprimento das suas obrigações de fiscalização que, a terem sido observadas, teriam feito com que o dano causado pela acção ou omissão do gestor não se tivesse produzido, um tal dano teria ainda assim sido sempre sofrido, v.g., pela sociedade, porquanto por força de uma inesperada situação de grave crise no sector de actividade económica respectivo aquela teria registado perdas enormes que conduziriam inevitavelmente à sua insolvência. Procede, então, a arguição do fiscalizador? Pode, na verdade, a defesa por esta apresentada relevar no sentido de o exonerar (ou porventura obter a redução) da sua responsabilidade para os efeitos do disposto no n.º 2 do art. 81.º do CSC?

Ora, está aqui causa, na verdade, o chamado problema da relevância negativa da causa virtual^(91/92), o qual se caracteriza pela

fiscalização, o intérprete-aplicador deve indagar se o dano sofrido pela sociedade ou pelos terceiros podia, de alguma forma, ter sido evitado pelo cumprimento das obrigações de fiscalização violadas [...] [pelo que,] caso nos encontremos perante uma resposta afirmativa, teremos de concluir pela responsabilidade solidária dos fiscalizadores com os administradores da sociedade.» (*sic*): cf. ID., [n. 5], p. 248 e s. — interpolação nossa.

⁽⁹⁰⁾ Assim também Adelaide MENEZES LEITÃO, [n. 86], p. 713, escrevendo «No estudo de PEREIRA COELHO [...] as diferentes teorias são afastadas com base no facto de ferirem *profundamente os nossos sentimentos de justiça* ou serem incompatíveis com os dados normativos [...] o que de alguma maneira espelha que, subjacente à operatividade e função deste pressuposto [da causalidade], se deparam questões de justiça.» (*sic*) — itálico da A.; interpolação nossa.

⁽⁹¹⁾ A par deste existe ainda o chamado problema da relevância positiva da causa virtual, no qual ao invés do que se verifica na relevância negativa da causa virtual onde se procura determinar se o responsável pela causa real pode ser exonerado ou obter a redução

circunstância de se verificar um dano resultante de uma causa real (no caso, a omissão do fiscalizador) que, ainda assim, ter-se-ia produzido, na ausência desta, por via de uma outra, denominada causa virtual (no exemplo, a situação de crise económica), consistente num caso fortuito, num facto do próprio lesado ou num facto de um terceiro que induziria também a responsabilidade do seu autor caso tivesse causado efectivamente o dano⁽⁹³⁾.

da sua responsabilidade civil, se visa dar resposta à questão de se saber se o responsável pela causa virtual deve ser responsabilizado pelo dano nos mesmos termos em que o responsável pela causa real. Note-se, pois, que nesta situação que a causa virtual procede sempre de um facto de terceiro e, bem assim, de um facto que induziria sempre a responsabilidade deste caso tivesse causado efectivamente o dano, já que apenas neste circunstancialismo tem sentido perguntar se o responsável da causa virtual estará obrigado a indemnizar o dano que teria causado.

A doutrina é praticamente unânime em afirmar a tese da irrelevância positiva da causa virtual, visto que, embora, conforme dito, se possa considerar ultrapassada a ideia de que a responsabilidade civil tem apenas uma função reparadora de danos, a relevância positiva da causa virtual implicaria prescindir do nexo de causalidade enquanto pressuposto da responsabilidade civil, na medida em que este, naquela situação, é interrompido pela verificação da causa real, estabelecendo o art. 483.º, n.º 1, parte final, do CC (travestida de todo o sistema de responsabilidade civil português) que apenas existe obrigação de indemnizar relativamente aos «danos resultantes da violação», pelo que esta pressupõe uma relação de causalidade efectiva ou real entre facto e dano — cf. Francisco PEREIRA COELHO, [n. 73], p. 41, n. 41.

Por razões óbvias, deixámos, pois, este problema considerado no presente estudo, não cabendo neste o tratamento dogmático do mesmo que, bem vistas as coisas, em nada diferirá daqueloutro de carácter geral acima exposto.

De outra parte, sobre os importantes conceitos de concorrência de causas, causalidade hipotética, causalidade interrompida (que, na realidade, constitui um aspecto do problema mais geral da relevância positiva da causa virtual), causalidade cumulativa e causalidade antecipada (que, na verdade, não é senão o problema da relevância negativa da causa virtual) que neste domínio do problema da causa virtual entram em jogo vd. ID., [n. 73], p. 24 e ss..

⁽⁹²⁾ Saliente-se, pois, que para que o problema da relevância negativa tenha lugar é necessário que esteja reunido um conjunto de pressupostos, a saber: 1) a causa real do dano deve fundar a obrigação de indemnizar de uma pessoa; 2) a questão só se coloca relativamente ao dano efectivamente provocado pela causa real; 3) a intervenção da causa virtual há-de ter sido somente hipotética e não efectiva para o dano provocado pela causa real; 4) o dano ter-se-ia que produzir igualmente sem a causa real por força da causa virtual; — cf. ID., [n. 73], p. 55 e ss..

⁽⁹³⁾ Cf. ID., [n. 73], p. 103 e ss.. De notar, pois, como refere PEREIRA COELHO, que a causa virtual pode ser um facto real ou um facto hipotético e que a verificação hipotética do dano pode ser anterior, contemporânea ou posterior à produção do dano em consequência da causa real.

Ora, quanto a este três teses fundamentais têm sido avançadas pela doutrina⁽⁹⁴⁾.

Uma primeira, defendida por PESSOA JORGE⁽⁹⁵⁾, segundo a qual se afirma a relevância negativa da causa virtual, apoiando-se, para o efeito, para além da ideia de a indemnização dever sempre ser fixada com base na teoria da diferença, na ideia de que a função sancionatória da responsabilidade civil é excepcional, constituindo a função essencial desta a função reparadora, concluindo, por isso, que os preceitos do Código Civil que consagram a relevância negativa da causa virtual mais não são do que o afloramento de um princípio geral nesse sentido.

Uma segunda, que tem em ESSER⁽⁹⁶⁾ o seu maior advogado, por sua vez, alega a irrelevância negativa da causa virtual enquanto a reparação do dano é feita mediante a reconstituição natural, mas já a sua relevância no caso de se verificar, na inversa, que aquela é prestada através de uma indemnização pecuniária.

Por fim, já PEREIRA COELHO⁽⁹⁷⁾, conclui pela irrelevância negativa da causa virtual como regra e limita a sua relevância (excepcional) aos casos legalmente estabelecidos, visto que tais disposições não correspondem ao regime normal da responsabilidade civil mas antes consagram uma responsabilidade agravada em resultado de uma presunção de culpa ou de uma imputação pelo risco, funcionando a relevância negativa da causa virtual como uma compensação pelo agravamento da responsabilidade. Por outro lado, desempenhando a responsabilidade civil também funções preventivas, punitivas e sancionatórias, não se justifica a consagração de uma relevância genérica da causa virtual. Não obstante isto, o A. não deixa, porém, de estender por analogia o regime da relevância negativa da causa virtual a outras hipóteses de *casus mixtus*, designadamente quando o dano procede directamente de caso fortuito ou de facto de terceiro e só indirectamente do facto do responsável e, bem assim, *a fortiori*, aos casos de responsabilidade objectiva.

(94) Cf., desenvolvidamente, ID., [n. 73], p. 113 e ss., obra na qual são expostos as várias posições que têm sido assumidos a respeito deste problema.

(95) ID., [n. 65], p. 417 e s..

(96) Citado *apud* Francisco PEREIRA COELHO, [n. 73], *ibidem*.

(97) ID., [n. 73], esp.^{te} p. 293 e ss..

Ora, isto dito, importa, desde logo, referir, designadamente, a respeito da primeira das sobreditas posições, que a função sancionatória da responsabilidade civil embora sendo uma função secundária, não tem um carácter excepcional, já que, atenta a amplitude com que o art. 494.º do CC⁽⁹⁸⁾ atribui ao tribunal o poder de graduar o montante indemnizatório, sobretudo, atendendo ao grau de culpabilidade do lesante, desde logo se impõe concluir que, embora subordinada (visto que, em princípio, a indemnização não excede o valor do dano causado pelo lesante), a função sancionatória da responsabilidade civil tem um carácter geral (fundado, acima de tudo, na ilicitude do facto), deste modo se impondo a sanção efectiva do responsável da causa real do dano.

Por outro lado, a propósito do entendimento defendido por ESSER, cabe dizer que o mesmo vai notoriamente contra a função sancionatória da responsabilidade civil, expressa em diversas disposições legais, impondo, para mais, um claro tratamento desigual de situações que não tem qualquer justificação, contrariando, aliás, os mais elementares sentimentos de justiça (desde logo, p. ex., quando o lesante age com dolo), para além de, os próprios termos em que a teoria da diferença se encontra consagrada no art. 566.º, n.º 2, do CC⁽⁹⁹⁾ não são de modo a impor a solução propugnada por aquele A., visto que a situação hipotética que este manda recorrer para o efeito é a situação a que o lesado teria caso não existissem danos e não a situação que o lesado teria se não fosse o facto⁽¹⁰⁰⁾.

Neste enfiamento, impõe-se, deste modo, concluir que perfilhamos a posição de PEREIRA COELHO na parte em que este proclama a regra geral da irrelevância negativa da causa virtual

(98) Outras disposições legais reflectem o carácter sancionatório da responsabilidade civil, como, p. ex., as que fixam indemnizações intencional ou eventualmente superiores ao valor do dano (cf. arts. 1041.º, 1127.º, 1276.º, 1320.º, n.º 2, e 1152.º do CC), as que expressamente afastam a relevância negativa de certas causas virtuais (p. ex., o art. 495.º, n.º 1, parte final, do CC), a que aceita o nexó de causalidade adequada entre facto e dano em termos que excedem o nexó de culpa entre o facto e vontade do lesante (art. 563.º do CC), assim como, a que consagra a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no domínio da responsabilidade extracontratual (art. 496.º, n.º 1, do CC) — cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 934 e s., n. 1.

(99) Cf. ID., [n. 8], pp. 906-909.

(100) Assim também vd. ID., [n. 8], p. 934 e s..

com os argumentos respectivamente apresentados, cabendo, inclusive, enfatizar que a função sancionatória da responsabilidade civil, embora, como dito, se subordine à função reparatória, bem vistas as coisas, não pode deixar de ter como consequência a irrelevância negativa da causa virtual, sendo que os casos nos quais a lei dá relevo à causa virtual⁽¹⁰¹⁾, fá-lo num condicionalismo muito particular que se explica pelas razões aduzidas pelo referido A..

Todavia, acompanhando ANTUNES VARELA⁽¹⁰²⁾, não podemos deixar de colocar as maiores reservas à tese apresentada por aquele insigne mestre na parte em que pretende estender o regime da relevância a casos análogos aos legalmente previstos, com especial incidência para o problema em mãos, para o caso em que o dano procede directamente de caso fortuito ou de facto de terceiro e só indirectamente do facto do responsável⁽¹⁰³⁾, designadamente o disposto nos arts. 491.º a 493.º do CC, visto que a relevância negativa da causa virtual nestes preceitos explica-se pelo carácter accidental do dano posto a cargo do responsável, o qual nasce directamente de um facto fortuito ou de um facto de terceiro e indirectamente do facto culposo do responsável, consagrando, pois, uma responsabilidade agravada em resultado de uma presunção de culpa e funcionando a relevância negativa da causa virtual como uma compensação pela mesma, o que leva a concluir, em jeito de remate, que não se justifica a aplicação de um tal regime a quaisquer danos causados directamente por dolo ou negligência do lesante e de que apenas se compreende a relevância negativa da causa virtual à luz da referida ideia de compensação pelo regime de responsabilidade agravado estabelecido a cargo do responsável.

Aliás, bem vistas as coisas, nenhuma relação de analogia material intercede entre o caso atrás colocado respeitante à exoneração dos membros dos órgãos de fiscalização para efeitos do disposto do regime de responsabilidade previsto no art. 81.º, n.º 2, do CSC, e o art. 491.º do CC («Responsabilidade das pessoas obrigadas à vigiância de outrem»), na realidade, o único susceptível de um qualquer

⁽¹⁰¹⁾ Cf. arts. 491.º, 492.º, 493.º, 616.º, n.º 2, 807, n.º 2, e 1136.º, n.º 2, do CC.

⁽¹⁰²⁾ ID., [n. 8], pp. 930-934.

⁽¹⁰³⁾ Cf., quanto às demais situações, João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], *ibidem*.

tipo de paralelismo com aquele, já que, a entender-se que os fiscalizadores das sociedades comerciais vigiam e não (como nos parece devido) fiscalizam (demais a mais a vigiar, vigiam a observância de normas e não sujeitos ou órgãos societários), os gestores, desde logo, nos termos do disposto nos arts. 252.º, n.º 1, e 390.º, n.º 3, do CSC não podem ser incapazes, não fazendo qualquer sentido a aplicação analógica da referida norma ao caso acima exposto.

Tudo o que faz concluir, portanto, pela irrelevância negativa da causa virtual também para efeitos do disposto no art. 81, n.º 2, do CSC, não podendo o fiscalizador exonerar-se de responsabilidade nas situações em que a mesma se verificará⁽¹⁰⁴⁾, não obstante aquela mesma causa virtual poder ser tomada devidamente em conta para efeitos do cálculo do lucro cessante em caso de produção dos mesmos⁽¹⁰⁵⁾.

3. Danos ressarcíveis. Regime, natureza e fundamento da obrigação solidária de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização.

Estatui o art. 81.º, n.º 2, do CSC que os membros dos órgãos de fiscalização nas condições acima analisadas respondem solidariamente com os gestores das sociedades comerciais pela prática de factos danosos de sua autoria, o que, de imediato, faz concluir que entre ambos existe uma obrigação solidária⁽¹⁰⁶⁾ de indemnizar o lesado, isto é, isolada ou cumulativamente, a sociedade, os credores sociais ou os sócios e terceiros.

Ora, consabidamente, a solidariedade passiva⁽¹⁰⁷⁾ caracteriza-se pela existência, para além da pluralidade de devedores em face

⁽¹⁰⁴⁾ No mesmo sentido vd. Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, [n. 5], p. 248 e s., n. 571.

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 936.

⁽¹⁰⁶⁾ Note-se, pois, que, nos termos do disposto no art. 513.º do CC, apenas existe solidariedade nas obrigações quando tal resulte da vontade das partes ou, como é o caso, da própria lei.

⁽¹⁰⁷⁾ A par desta existe a chamada solidariedade activa na qual qualquer um dos credores tem a faculdade de exigir do devedor a prestação por inteiro e a prestação efec-

do mesmo credor⁽¹⁰⁸⁾, de duas notas típicas (cf. art. 512.º, n.º 1, 1.ª parte, do CC), a saber: o dever de prestação integral a cargo de qualquer um dos devedores, podendo o credor comum exigir a prestação integral a qualquer um dos devedores; e o efeito extintivo recíproco da satisfação dada por qualquer um dos devedores ao direito do credor comum, pelo qual a prestação de um daqueles libera os restantes perante este.

Ora, assim sendo, cabe, deste modo, questionar: estão os membros dos órgãos de fiscalização obrigados a reparar todos os danos, resultantes ou decorrentes, isto é, causados pela conduta do gestor? Quais são os danos produzidos pela acção ou omissão do gestor que aqueles estão solidariamente obrigados a ressarcir?

Tenha-se em vista, antes disso, porém, duas notas que importa salientar.

A primeira serve para dizer que, em conformidade com o disposto no art. 517.º, n.º 1, e 519.º, n.º 1, do CC, o lesado pode, nas situações em apreço, demandar directa e exclusivamente os membros dos órgãos de fiscalização, já que prescrevem os referidos normativos que a solidariedade não impede que os devedores solidários demandem conjuntamente o credor ou sejam por ele conjuntamente demandados e que o credor tem o direito de exigir judicialmente a um dos devedores a totalidade ou parte da prestação, proporcional ou não à quota do interpelado, deste modo se podendo concluir, mormente das expressões «não impede» e «sejam por ele conjuntamente demandados» previstas no primeiro dos referidos preceitos, *a contrario sensu*, que a lei parte inclusive

tuada pelo devedor a qualquer um deles libera-o em face dos demais (cf. art. 512.º, n.º 1, 2.ª parte, do CC). Para uma caracterização das chamadas obrigações solidárias (activas ou passivas) e sua distinção face às obrigações conjuntas (que constitui o regime-regra nos termos do art. 513.º do CC) vd., por todos, João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 748 e ss..

⁽¹⁰⁸⁾ Efectivamente, trata-se este de um pressuposto da solidariedade passiva (tal como na solidariedade activa a pluralidade de vários credores relativamente ao mesmo devedor) e que distingue, por conseguinte, as obrigações com esta natureza das chamadas obrigações de mão comum, colectivas ou comuns, as quais se caracterizam pela existência de créditos pertencentes directa ou indirectamente a vários titulares em comum e em que a prestação deve ser efectuada a todos em conjunto ou de débitos em que a prestação não pode ser exigida de um só dos devedores, mas de todos em conjunto — cf. ID., [n. 8], p. 752, n. 3, e p. 755, n. 1.

do princípio que o regime-regra consistirá no lesado (autor da acção) demandar unicamente um dos devedores solidários, o que significará, no caso, que a sociedade, credores sociais ou sócios e terceiros podem demandar singularmente o gestor ou o fiscalizador ou ambos conjuntamente, verificando-se aqui, portanto, uma situação de litisconsórcio voluntário legal (cf. art. 27.º, n.º 2, do CPC)⁽¹⁰⁹⁾.

A segunda das referidas notas resulta da *facti-species* do art. 81.º, n.º 2, do CSC, nos termos da qual a conduta do gestor causou danos (isolada ou cumulativamente) à sociedade, aos credores sociais ou aos sócios e terceiros, que não se teriam produzido caso o fiscalizador houvesse cumprido as suas obrigações de fiscalização, existindo, portanto, nesta situação, dois responsáveis pelos mesmos, um deles — o gestor —, conforme exposto, como autor, e o outro — o fiscalizador —, como cúmplice por omissão (cf. arts. 490.º e 497.º, n.º 1, do CC), pelo que serve a mesma para referir, conforme anteriormente visto, que o fiscalizador apenas se encontra obrigado a indemnizar caso o dano sofrido pelo lesado respectivo resultar ou decorrer da omissão do seu dever de fiscalizar.

Assim sendo, pressuposto o facto de o fiscalizador ter sido demandado directa e exclusivamente pelo respectivo lesado ou, bem vistas as coisas, ainda que conjuntamente com o gestor e em resposta à pergunta acima colocada, cumpre afirmar que o fiscalizador não é responsável por todos os danos sofridos pelo lesado resultantes ou decorrentes da conduta do gestor, mas apenas e tão-só pelos danos que igualmente resultaram ou decorreram da sua própria conduta omissiva, a qual, a não se ter verificado, teria impedido que aqueles se tivessem produzido, o que terá como consequência que aquele apenas está obrigado a reparar (solidariamente) os danos que igualmente resultaram ou decorreram da sua

⁽¹⁰⁹⁾ O que pode significar, por sua vez, que uma vez demandado singularmente pelo lesado (autor) o gestor ou o fiscalizador (réu), podem estes, em sede de contestação, mediante a figura processual da intervenção principal provocada, chamar a Juízo na qualidade de réu o respectivo (con)-devedor solidário, desde logo, no caso de o lesado ter demandado unicamente o fiscalizador exigindo deste a prestação na totalidade pode o mesmo chamar a Juízo o gestor com vista a condená-lo na satisfação do direito de regresso que lhe possa assistir no caso (cf. art. 325.º e ss. do CPC).

própria conduta omissiva, ou seja, de entre os danos causados pela conduta do gestor aqueles que não se teriam produzido caso não tivesse omitido o cumprimento das suas obrigações de fiscalização, assim se concluindo que o fiscalizador apenas está obrigado a reparar solidariamente os danos a que deu con-causa em resultado da omissão do dever de fiscalizar. O que equivale a dizer, por conseguinte, que o lesado (credor) não terá o direito de exigir do fiscalizador o ressarcimento de todos os danos causados pela conduta do gestor, mas tão-somente aqueles danos que resultaram ou decorreram igualmente da omissão do seu dever de fiscalizar [na verdade, porque somente relativamente a estes existe uma relação de causalidade entre facto (inobservância das obrigações de fiscalização) e dano], sendo apenas dentro destes é que existe o dever de prestação integral a cargo do fiscalizador resultante do regime de responsabilidade solidária estabelecido no art. 81.º, n.º 2, do CSC, podendo o lesado (credor) exigir a totalidade da prestação devida⁽¹¹⁰⁾.

De modo que, tudo visto, existindo uma obrigação solidária de indemnizar do fiscalizador somente relativamente a tais danos, caracteriza-se a solidariedade passiva aqui existente como uma solidariedade falsa aparente ou imperfeita⁽¹¹¹⁾, desde logo, permitida pelo disposto no n.º 2 do art. 512.º do CC, segundo o qual a obrigação não deixa de ser solidária pelo facto de os devedores — *in casu* gestor e fiscalizador — estarem obrigados em termos diversos ou de ser diferente o conteúdo da sua prestação. O que se verifica, portanto, é que a referida solidariedade apenas existe em relação à parte comum da sua responsabilidade, ou seja, relativamente aos danos causados pela conduta do gestor e que igualmente resultaram ou decorreram da omissão do dever de fiscalizar por parte do fiscalizador. Tanto que, apenas em relação a esta mesma

⁽¹¹⁰⁾ Saliente-se, no entanto, que caso o lesado exija judicialmente a apenas um dos devedores (p. ex., ao fiscalizador) a totalidade ou até parte da prestação, fica, porém, inibido de proceder judicialmente contra o outro relativamente ao que aquele primeiro tenha exigido, excepto se houver razão atendível, como a insolvência ou o risco do demandado ou dificuldade, por outra causa, em obter dele a prestação — cf. art. 519.º, n.º 1, 2.ª parte, do CC.

⁽¹¹¹⁾ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 756 e s..

parte comum é que se coloca a questão do direito de regresso pela quota respectiva no plano das relações internas (fiscalizador-gestor)⁽¹¹²⁾ e a respectiva medida das culpas e suas consequências (cf. arts. 497.º, n.º 2⁽¹¹³⁾, e 524.º do CC).

Demais a mais, cumpre mencionar que uma tal obrigação solidária imperfeita de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização, encontra, pois, a sua explicação exactamente no facto de, nos termos expostos, o gestor ser responsável pela produção do dano a título de autoria e o fiscalizador ser responsável pelo mesmo a título de cumplicidade por omissão.

Por último, no que diz respeito ao fundamento, em geral, da consagração de um regime de solidariedade passiva no art. 81.º, n.º 2, do CSC, em nossa óptica, tal reconduz-se, em primeiro lugar, a um fundamento de facilitação da exigência do crédito, visto que havendo diferentes responsáveis pelo dano (pluralidade de devedores) — gestor e fiscalizador —, a lei, com o propósito de melhor acautelar os interesses do lesado (sociedade; credores sociais; sócios e terceiros), estabelece uma obrigação solidária de indemnizar entre os mesmos, pois, na verdade, deste modo, o lesado, v.g., goza do direito de exigir de qualquer um dos devedores solidários toda a prestação ou parte dela proporcional ou não à quota do interpelado (cf. art. 519.º, n.º 1, 1.ª parte, do CSC), podendo, desde logo, conforme visto, quando se trate de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação demandar apenas um ou alguns dos devedores solidários (art. 517.º, n.º 1, do CC), não podendo o devedor solidário demandado opor o benefício da divisão, estando, ainda que chame os restantes devedores à demanda, obrigado a efectuar a prestação por inteiro (art. 518.º do CC), assim como, tratando-se de uma obrigação solidária, enquanto esta não prescrever em relação a todos os devedores, o lesado (credor) pode exigí-la, na íntegra, de um ou algum deles, o que não aconteceria caso esta

⁽¹¹²⁾ Efectivamente, atento o facto de o gestor ser o autor do facto danoso não goza este, evidentemente, de qualquer direito de regresso relativamente ao fiscalizador, sendo este direito unicamente exercitável pelo fiscalizador relativamente ao gestor.

⁽¹¹³⁾ Note-se, pois, que nos termos da parte final deste preceito se estabelece uma presunção *tantum iuris* (art. 350.º, n.º 2, 1.ª parte, do CC) de que as culpas dos responsáveis são iguais.

fosse uma obrigação conjunta, visto que teria que interpelar todos os devedores para evitar que alguma parte do crédito pudesse vir a prescrever, para além do facto de se um dos devedores se encontrar insolvente ou por qualquer outro motivo cumprir a prestação a que está adstrito, a sua quota-parte é repartida proporcionalmente entre todos os demais (art. 526.º do CC)⁽¹¹⁴⁾.

Por outro lado, parece-nos que o fundamento de uma tal obrigação solidária de indemnizar reside também na ideia-reitora de gerar segurança com vista a promover a confiança no funcionamento das sociedades comerciais (particularmente das estruturas de fiscalização respectivas), e, por via disso, da economia no geral, deste modo se prevenindo e punindo condutas omissivas dos membros dos órgãos de fiscalização, fundamento este que se encontra, aliás, bem vistas as coisas, em estreita ligação com o fundamento de facilitação da exigência do crédito acima referido e em directa consonância com o princípio condutor de todo o Direito Comercial (e, por isso também, das estruturas de fiscalização e respectivos regimes de responsabilidade das sociedades comerciais — cf. *supra* n. 24), que é a ideia de eficiência pragmática (funcionalidade), visando garantir a segurança jurídica capaz ela própria de promover a confiança no regular funcionamento das sociedades comerciais (agentes económicos, por excelência) e, em razão desta, na economia em geral.

4. Finalidade e natureza jurídica da responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização por factos danosos da autoria dos gestores das sociedades comerciais.

Em jeito de conclusão, uma derradeira reflexão importa fazer com respeito ao objecto do presente estudo. Tem esta a ver, de um lado, com a finalidade própria da responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização prevista no art. 81.º, n.º 2, do CSC e, de outro lado, com a natureza jurídica da mesma.

(114) Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 753.

Neste enfiamento, cumpre desde logo afirmar que este regime especial de responsabilidade civil, em nossa opinião, visa três propósitos fundamentais, a saber: ressarcimento ou reparação de danos do lesado; punição dos membros dos órgãos de fiscalização omitentes; prevenção ou prolixia da omissão do cumprimento do dever de fiscalizar por parte dos membros dos órgãos de fiscalização.

Na verdade, o primeiro dos ditos propósitos, encontra-se em directa consonância com a função primária de reparação ou indemnização de danos da responsabilidade civil e, bem assim, com o fundamento de facilitação da exigência do crédito da obrigação solidária de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização, impondo sobre estes um dever de indemnizar o lesado em resultado dos danos sofridos.

Já o segundo daqueles fins, por seu turno, trata-se de uma projecção da função sancionatória da responsabilidade civil, consabidamente uma função secundária, acessória ou subordinada deste instituto jurídico que prevê uma sanção ou punição aos membros dos órgãos de fiscalização pela omissão ilícita e culposa das suas obrigações de fiscalização, encontrando-se ainda, bem vistas as coisas, em directa consonância com a ideia reitora de garantia de segurança e consequente promoção da confiança no regular funcionamento das sociedades comerciais, em particular das respectivas estrutura de fiscalização, que acima apontámos como fundamento da natureza solidária da obrigação de indemnizar a cargo do fiscalizador, porquanto estabelecendo-se uma sanção ou punição pela infracção por este cometida, pretende-se garantir a confiança geral naquelas mesmas estruturas de fiscalização e respectivas finalidades.

Em terceiro lugar, segundo nos parece, o regime de responsabilidade civil previsto no art. 81.º, n.º 2, do CSC visa ainda prevenir, mediante dissuasão pelo estabelecimento de uma obrigação solidária de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização pela inobservância das suas obrigações de fiscalização que a serem cumpridas impediriam a produção de danos resultantes ou decorrentes de actos ou omissões praticadas pelos gestores das sociedades comerciais, precisamente que aqueles não omitam o cumprimento do seu dever de fiscalizar, constituindo, deste modo,

uma manifestação da referida função secundária da responsabilidade civil, na sua vertente de função preventiva e, encontrando-se, também, assim, em linha com sobredita ideia reitora de garantia de segurança e conseqüente promoção da confiança no regular funcionamento das sociedades comerciais, atrás assinalada como fundamento da natureza solidária da obrigação de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização.

Por outro lado, no tocante à natureza jurídica da responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização respectivamente prevista no art. 81.º, n.º 2, do CSC, cabe dizer que esta terá uma natureza obrigacional (art. 798.º e ss. do CC) quando estejam em causa danos sofridos pela sociedade, em virtude do vínculo obrigacional de origem legal que existe entre aqueles e a sociedade e cuja violação origina a sua responsabilidade civil⁽¹¹⁵⁾.

De outra parte, tal responsabilidade terá, ao invés, uma natureza extracontratual quando se trate da responsabilidade dos fiscalizadores perante credores sociais e sócios e terceiros, isto porquanto, não existe nesta circunstância nenhuma relação jurídica de carácter contratual (*rectior*, obrigacional) entre os membros dos órgãos de fiscalização e aqueles enquanto lesados, tudo indicando, porém, que não se tratará aqui de uma responsabilidade pela violação de direitos subjectivos absolutos de outrem (1.ª variante da ilicitude — «violar ilicitamente o direito de outrem» — cf. n.º 1 do art. 483.º do CC), na medida em que nenhum dos mesmos possui qualquer direito absoluto susceptível de ser lesado pela inobservância das obrigações de fiscalização por parte dos membros dos órgãos de fiscalização, por um lado, e o facto consabido de o ordenamento jurídico não reconhecer um direito genérico ao património ou à sua integridade, por outro lado⁽¹¹⁶⁾, mas antes de uma responsabilidade pela violação de disposições legais de protecção (2.ª variante da ilicitude — «ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios» — cf. n.º 1 do art. 483.º do CC), uma vez que aquando da produção de danos na esfera jurídica dos

⁽¹¹⁵⁾ No mesmo sentido, a propósito da responsabilidade dos fiscalizadores perante a sociedade por actos ou omissões de sua própria autoria (art. 81.º, n.º 1, do CSC), vd. Gabriela FIGUEIREDO DIAS, [n. 34], pp. 58-60.

⁽¹¹⁶⁾ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 540.

credores sociais, sócios e terceiros resultantes ou decorrentes da omissão do cumprimento do dever de fiscalizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização estes configuram danos puramente patrimoniais (*pure economic loss*), caracterizados como lesões no património dos mesmos não correspondentes à violação de qualquer direito subjectivo, sendo que a ressarcibilidade dos referidos danos somente é admissível quando ocorre precisamente a violação de disposições legais de protecção⁽¹¹⁷⁾. Isto dito, importará, contudo, para que se concretize a responsabilidade civil do fiscalizador que se verifiquem cumulativamente os seguintes pressupostos⁽¹¹⁸⁾:

- 1) Que a lesão dos interesses do particular (credor social, sócio e terceiros) corresponda a violação de uma norma legal;
- 2) Que a tutela dos interesses particulares figure, efectivamente, entre os fins visados pela norma violada;
- 3) Que o dano se inscreva no círculo de interesses particulares que a lei visa tutelar.

Desta feita, mostrar-se-á então necessário verificar (atento o facto de, para efeitos do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC, já ter ocorrido a violação de normas legais em consequência da omissão do cumprimento das obrigações de fiscalização por parte do fiscalizador, estando, assim, já preenchido o primeiro dos referidos pressupostos) se, em concreto, foram de facto inobservadas normas especificamente destinadas a proteger os interesses do credor social, sócio e terceiros e se o dano produzido se inscreve no círculo de interesses particulares que a norma em causa pretende tutelar⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁷⁾ Profundamente sobre a temática dos danos puramente patrimoniais e da responsabilidade civil pela violação de disposições legais de protecção, por todos, vd. Adelaide MENEZES LEITÃO, [n. 86], esp.^{ic} p. 295 e ss. e p. 639 e ss..

⁽¹¹⁸⁾ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], pp. 539-542.

⁽¹¹⁹⁾ No sentido do texto a respeito da responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização perante credores sociais, sócios e terceiros por actos ou omissões da sua autoria (art. 81.º, n.º 2, do CSC), cf. Gabriela FIGUEIREDO DIAS, [n. 34], pp. 60-64.

III. Conclusões.

Uma vez aqui chegados, eis, em síntese, as principais conclusões a que tivemos o ensejo de chegar com respeito ao objecto do presente estudo:

- 1) A responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização estabelecida no art. 81.º, n.º 2, do CSC pressupõe o cometimento de factos danosos pelos gestores das sociedades comerciais, tendo, simultaneamente, os membros dos órgãos de fiscalização omitido o cumprimento das suas obrigações de fiscalização que, caso tivessem sido observadas, teriam feito com que os referidos factos danosos não se teriam produzido;
- 2) O facto danoso assim produzido é da autoria do gestor da sociedade comercial, sendo que os membros dos órgãos de fiscalização são co-responsáveis pelo mesmo, porquanto caso não tivessem omitido o cumprimento das suas obrigações de fiscalização aquele não se teria verificado, razão pela qual são cúmplices por omissão relativamente ao mesmo;
- 3) Na verdade, não gerando a sua omissão física ou materialmente o dano, por pender sobre os membros dos órgãos de fiscalização uma prestação de facto de conteúdo positivo (prestação *de facere*), imposta pelo dever de fiscalizar, a sua inobservância em todo o caso deu con-causa ao facto danoso da autoria do gestor da sociedade comercial;
- 4) São destinatários do art. 81.º, n.º 2, do CSC e, por via disso, sujeitos responsáveis para efeitos do mesmo os seguintes membros de órgãos de fiscalização das sociedades comerciais:
 - a) os membros do conselho fiscal;
 - b) os membros da comissão de auditoria;
 - c) os membros do conselho geral e de supervisão;
- 5) O ROC será responsabilizados nos termos e para os efeitos do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC quando dentro da estrutura de fiscalização que integra actuar no exercício de funções de fiscalização propriamente dita (fiscalização política), o que

implicará, por conseguinte, analisar, no caso concreto, se a acção ou omissão geradora de responsabilidade civil do ROC foi cometida no âmbito das mesmas;

- 6) Para que haja lugar à obrigação de indemnizar estabelecida no art. 81.º, n.º 2, do CSC terá de se verificar a responsabilidade civil do próprio gestor por factos danosos causados, isolada ou cumulativamente, à sociedade, credores sociais e sócios e terceiros, nos termos do disposto no art. 72.º, 78.º e 79.º do CSC;
- 7) Os membros dos órgãos de fiscalização são igualmente responsáveis solidariamente nos termos e para os efeitos do disposto no art. 81, n.º 2, do CSC pelos factos danosos de autoria dos gestores suplentes das sociedades anónimas, dos directores-gerais, dos mandatários sem representação da sociedade e dos accionistas por deliberações sociais respeitantes a matérias de gestão tomadas em resultado de pedido do órgão de administração e representação para o efeito;
- 8) Os membros dos órgãos de fiscalização respondem solidariamente também nos termos e para os efeitos do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC pelos factos danosos de autoria dos administradores de facto;
- 9) Para que haja lugar à obrigação de indemnizar prevista no art. 81.º, n.º 2, do CSC terá igualmente que se verificar a omissão do dever de fiscalizar por parte dos membros dos órgãos de fiscalização, dever esse legalmente imposto, tanto por normas preceptivas que impõem a estes directamente determinada conduta, como indirectamente por normas que impõem aos mesmos a sua colaboração na prevenção de certo resultado punido ou reprovado de outro modo naquela, consubstanciando, assim, em caso de inobservância, respectivamente, omissões puras e comissões por omissão;
- 10) Este genérico dever de fiscalizar, paralelo no âmbito de actuação dos fiscalizadores ao dever de administrar que constitui a obrigação típica dos gestores, constitui o agregado dos deveres próprios dos membros dos órgãos de fiscalização, conferindo individualidade, tipicidade e unidade à sua situação, pelo que, os deveres de cuidado consagrados no art. 64.º,

- n.º 2, do CSC a cargo dos mesmos estabelecem, na verdade, um modo-de-conduta do referido dever de fiscalizar, fazendo que os membros dos órgãos de fiscalização estejam obrigados a prestar uma fiscalização cuidada (impondo-lhe, por isso, um princípio de responsabilidade acrescido) que se caracteriza pelo cumprimento das obrigações de fiscalização revelando a disponibilidade, competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequado às suas funções, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade no interesse da sociedade;
- 11) A omissão do dever de fiscalizar por parte dos membros dos órgãos de fiscalização enquadra-se no âmbito do sistema de responsabilidade civil na categoria da ilicitude;
 - 12) Constitui também pressuposto da obrigação de indemnizar previsto no art. 81.º, n.º 2, do CSC a produção de um dano resultante ou decorrente da omissão do dever de fiscalizar por parte dos membros dos órgãos de fiscalização;
 - 13) Pressuposto que as categorias autónomas e distintas da culpa e da causalidade se referem, respectivamente, a um nexó facto-pessoa pelo qual se analisa se determinado sujeito é responsável por certo facto para efeitos de sobre ele fazer pender a obrigação de indemnizar e a um nexó (objectivo) facto-dano que constitui uma medida de delimitação dos danos indemnizáveis e porque no sobredito pressuposto da obrigação de indemnizar previsto no art. 81, n.º 2, do CSC intercede notoriamente um nexó deste segundo tipo, aquele respeita à categoria da causalidade, relevando, assim, para efeitos gerais da mesma;
 - 14) Também no âmbito da categoria da causalidade, mostra-se relevante para afastar a obrigação de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização a verificação de uma situação de comportamento lícito alternativo, segundo a qual o facto danoso, que não se teria produzido caso os membros dos órgãos de fiscalização tivessem observado as suas obrigações de fiscalização, teria tido ainda assim seguramente lugar, como efectivamente teve, ainda que aqueles tivessem cum-

prido as suas obrigações de fiscalização, em virtude da inexistência de um nexo de causalidade entre a conduta omissiva (do dever de fiscalizar) dos mesmos e o dano, o qual, conforme dito, ter-se-ia sempre produzido ainda que os membros dos órgãos de fiscalização tivessem observado as suas obrigações de fiscalização, funcionando, pois, a doutrina da conexão do risco e a referida figura do comportamento lícito alternativo, dentro do sistema geral da responsabilidade civil, como um segundo degrau do pressuposto do nexo de causalidade;

- 15) Pelo contrário, no âmbito do regime de responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização previsto no art. 81.º, n.º 2, do CSC, verifica-se a irrelevância negativa da causa virtual, nos termos da qual ocorrendo um dano resultante da inobservância por parte dos membros dos órgãos de fiscalização das respectivas obrigações de fiscalização (causa real) que, ainda assim, ter-se-ia produzido, na ausência desta, por força de um caso fortuito, dum facto do próprio lesado ou de um facto de um terceiro que induziria também a responsabilidade do seu autor caso tivesse causado efectivamente o dano (causa virtual), já que, entre nós, salvo os casos excepcionais insusceptíveis de analogia material previstos no CC, vigora a regra geral da irrelevância negativa da causa virtual, não intercedendo, aliás, qualquer tipo de analogia possível entre a situação acima referida e o disposto no art. 491.º do CC, na realidade o único preceito legal, à partida, susceptível de um qualquer paralelismo com a mesma;
- 16) Recaindo sobre os membros os órgãos de fiscalização uma obrigação solidária de indemnizar o lesado, estes não são responsáveis por todos os danos causados pela conduta do gestor, mas apenas e tão-só pelos danos que igualmente resultaram ou decorreram da sua própria conduta omissiva, a qual, a não se ter verificado, teria impedido que aqueles se tivessem produzido, razão pela qual, os membros dos órgãos de fiscalização apenas estão obrigados a reparar de entre os danos causados pela conduta do gestor aqueles que não se teriam produzido caso não tivesse omitido o cumprimento das suas obrigações de fiscalização, apenas podendo o lesado exigir dos mesmos os danos que

- resultaram ou decorreram igualmente da omissão do seu dever de fiscalizar, sendo somente relativamente a estes é que existe um dever de prestação integral resultante do regime de responsabilidade solidária estabelecido no art. 81.º, n.º 2, do CSC;
- 17) Nesta conformidade, a solidariedade passiva resultante do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC, caracteriza-se por ser uma solidariedade falsa, aparente ou imperfeita, permitida nos termos do disposto no art. 512.º, n.º 2, do CSC, unicamente havendo uma obrigação solidária de indemnizar a cargo de gestor e fiscalizador relativamente à parte comum da responsabilidade de ambos, isto é, relativamente aos danos causados pela conduta do gestor que igualmente resultaram ou decorreram da omissão do dever de fiscalizar por parte do fiscalizador, assim, apenas se colocando em relação aos mesmos a questão do direito de regresso pela quota respectiva do fiscalizador relativamente ao gestor e a respectiva medida das culpas e suas consequências;
 - 18) Esta obrigação solidária imperfeita de indemnizar tem a sua explicação pela circunstância de o gestor ser autor do facto danoso e o fiscalizador ser responsável pelo mesmo a título de cumplicidade por omissão;
 - 19) A consagração, em geral, de um regime de solidariedade passiva no art. 81.º, n.º 2, do CSC tem como fundamento a facilitação da exigência do crédito e a ideia-reitora de gerar segurança com vista a promover a confiança no regular funcionamento das sociedades comerciais, em particular das estruturas de fiscalização respectivas, e, por via disso, na economia em geral;
 - 20) O regime de responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização estabelecido no art. 81.º, n.º 2, do CSC visa três fins fundamentais, a saber: a reparação de danos do lesado, a punição dos membros dos órgãos de fiscalização omitentes e a prevenção da omissão do cumprimento das suas obrigações de fiscalização, os quais, respectivamente, estão em consonância com a função de reparação de danos da responsabilidade civil e com o fundamento da facilitação da exi-

gência do crédito acima referido respeitante à obrigação solidária de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização e com as chamadas funções sancionatória e preventiva da responsabilidade civil e a ideia reitora de garantia de segurança e conseqüente promoção da confiança no regular funcionamento das sociedades comerciais, em particular das suas estruturas de fiscalização, apontada como fundamento da natureza solidária da obrigação de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização;

- 21) A responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização prevista no art. 81.º, n.º 2, do CSC tem natureza obrigacional (art. 798.º e ss. do CC) quando estejam em causa danos sofridos pela sociedade;
- 22) A responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização prevista no art. 81.º, n.º 2, do CSC tem natureza extracontratual quando se trate de danos sofridos pelos credores sociais, sócios e terceiros (art. 483.º e ss. do CC), designadamente configurando uma responsabilidade pela violação de disposições legais de protecção (2.ª variante de ilicitude), sendo necessário para que a mesma se concretize que se verifique se, em concreto, foram de facto inobservadas normas especificamente destinadas a proteger os interesses daqueles e se o dano produzido se inscreve no círculo de interesses particulares que a norma em questão pretende tutelar.

A RESPONSABILIDADE DOS PODERES PÚBLICOS PELA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pelo Dr. Tiago Viana Barra

SUMÁRIO

§ 1. Introdução. 1. Tema. **§ 2. Antecedentes Históricos.** 1. A Relação dos Poderes Públicos com os Direitos Fundamentais. 2. A Constitucionalização dos Direitos Fundamentais. **§3. A Protecção Constitucional dos Direitos, Liberdades e Garantias.** 1. Aspectos Gerais. 2. O Acesso dos Particulares à Tutela dos Direitos Fundamentais. 3. A Vinculação das Entidades Públicas aos Direitos Fundamentais. **§4. Mecanismos de Responsabilidade pela Violação de Direitos Fundamentais.** 1. Noção de Responsabilidade. 2. Os Meios de Tutela da Responsabilidade pela Violação de Direitos Fundamentais. 3. A Entrada em Vigor da LRCEE. 4. A Responsabilidade pela Função Legislativa. **§5. Conclusões. Bibliografia.**

MODO DE CITAR E LISTA DE SIGLAS, ABREVIATURAS E ACRÓNIMOS

Apenas na primeira referência bibliográfica a citação se fará através da identificação de todos os elementos necessários à correcta identificação da obra. Nas referências posteriores, a citação será feita apenas pela indicação do autor e pela identificação do título da obra e através da designação “cit.”. No caso de serem citadas várias obras do mesmo autor, a citação será feita pela indicação do autor e do título de forma abreviada.

As publicações periódicas serão referidas através da utilização de siglas, seguidas da indicação da numeração da publicação, do mês, do ano e da página.

Em seguida indica-se a lista de siglas, abreviaturas e acrónimos:

| | |
|--|---|
| AAVV — Autores Vários | CPP — Código de Processo Penal |
| Ac. — Acórdão | CRP — Constituição da República Portuguesa |
| AR — Assembleia da República | ed. — edição |
| art. — artigo | ETAF — Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais |
| arts. — artigos | FCG — Fundação Calouste Gulbenkian |
| BFDC — Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra | GG — <i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</i> (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha) |
| BMJ — Boletim do Ministério da Justiça | ICLQ — <i>International and Comparative Law Quarterly</i> |
| BVerfG — <i>Das Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) | i.e. — <i>id est</i> |
| cap. — capítulo | LGDJ — <i>Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence</i> |
| CC — Código Civil | LRCEE — Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, publicada na 1. ^a série do Diário da República, n.º 251, em 31 de Dezembro de 2007) |
| CCP — Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro. | LRJAP — <i>Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común</i> |
| CDFUE — Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia | n. — nota |
| CEDH — Convenção Europeia dos Direitos do Homem | n.º — número |
| CEE — Comunidade Económica Europeia | Nm — Número de margem |
| CJA — Cadernos de Justiça Administrativa | p. — página |
| DUDH — Declaração Universal dos Direitos do Homem | |
| cfr. — conferir | |
| cit. — citado | |
| CPA — Código do Procedimento Administrativo | |

| | |
|---|---|
| pp. — páginas | TFUE — Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia |
| p. ex. — por exemplo | TJC — Tribunal de Justiça das Comunidades |
| PR — Presidente da República | TJ — Tribunal de Justiça |
| REDC — <i>Revista Española de Derecho Constitucional</i> | TL — Tratado de Lisboa |
| reimp. — reimpressão | TM — Tratado de Maastricht |
| REP — <i>Revista de Estudios Políticos</i> | TN — Tratado de Nice |
| RLJ — Revista de Legislação e Jurisprudência | TR — Tratado de Roma |
| segs. — seguintes | trad. — tradução |
| STJ — Supremo Tribunal de Justiça | TUE — Tratado da União Europeia |
| TA — Tratado de Amesterdão | UE — União Europeia |
| TC — Tribunal Constitucional | vol. — volume |
| TCE — Tratado da Comunidade Europeia | |

§ 1. Introdução

1. Tema

O presente tema empenha-se no domínio transversal de matérias jurídicas do Direito — Público e Privado — o que se revelou um difícil obstáculo durante a abordagem das temáticas que se impunham.

A nossa escolha visou o enquadramento jurídico-político da problemática que constitui o tema central deste trabalho — *a Responsabilidade dos Poderes Públicos pela Violação de Direitos Fundamentais*.

A abordagem dos antecedentes históricos não pretende apolo-gizar o passado, mas apenas revisitá-lo com o intuito de captar melhor a sua evolução, designadamente ao nível da constitucionalização dos direitos fundamentais. (cap.§2).

Este percurso permite encarar a perspectiva de gregos e romanos sobre a relação dos poderes públicos com os direitos fundamentais e perceber como foi trilhado o caminho — entre a Idade

Média e Idade Moderna — que conduziria ao princípio geral de que os poderes públicos devem ser responsabilizados pelos danos provocados a particulares.

Com efeito, tendo em conta que o enquadramento dogmático desta matéria se coloca em sede da evolução histórica da constitucionalização dos direitos fundamentais, tenta-se fazer a devida contextualização com a organização metodológica da catalogação dos direitos — em cartilha — mas também com o modo como se internacionalizou a ideia de protecção dos direitos humanos à escola global.

A disciplina de direitos fundamentais, que constitui objecto de estudo no presente seminário dedicado à garantia jurisdicional nacional, europeia e internacional dos direitos fundamentais, não pode ignorar o caminho que atravessa a União Europeia, tendo em conta o reforço das exigências feitas ao modelo de legitimação e de exercício do poder político baseado no respeito pela dignidade da pessoa humana, com a recente aprovação do Tratado de Lisboa, que inclui, entre outras inovações, a CDFUE.

Entrados no capítulo da protecção constitucional dos direitos, liberdades e garantias (cap.§3) cumprirá distinguir a força normativa de tutela de direitos económicos, sociais e culturais.

A tutela constitucional reproduz o embate entre interesses públicos de primeira grandeza e interesses privados especialmente relevantes para o bem-estar e a qualidade de vida dos cidadãos, pelo que importará analisar questões como a da influência dos direitos fundamentais no direito privado, o acesso de particulares à tutela efectiva dos direitos fundamentais.

O âmbito de protecção constitucional dos direitos fundamentais abrange, no plano funcional, a administração, os tribunais e o legislador. Assim, optámos por inserir neste capítulo o plano funcional da administração traduzido na vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais.

O plano funcional da protecção constitucional aplicada aos tribunais e ao legislador foi deixado para o capítulo dos mecanismos de efectivação da responsabilidade (cap.§4), uma vez que nos parece que é a sede própria para a análise das funções do Estado (política, legislativa, executiva e judicial).

A análise da responsabilidade do Estado justifica-se, em nosso entender, na medida em que a sua aplicação, individual ou combinada, condiciona em cada sistema legal a relação entre os tradicionais poderes soberanos e, em particular, a atitude dos outros poderes do Estado — legislativo e judicial — face ao executivo, bem como a capacidade de resposta deste último às solicitações dos cidadãos.

Seguir-se-á uma breve análise dos pressupostos da responsabilidade civil numa perspectiva de tutela dos direitos fundamentais naquela que é a análise *de iure condito* do Direito português sobre a responsabilidade dos poderes públicos, suas fontes, modos de efectivação e limitações.

§2. Antecedentes Históricos

1. A Relação dos Poderes Públicos com os Direitos Fundamentais

As origens dos direitos do Homem, entendidos como um conjunto de normas que visam defender a pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado confundem-se na luta do Homem pelos seus direitos e liberdades inerentes à sua condição e dignidade. A Antiguidade associava o direito da dignidade ou da igualdade aos direitos naturais, que seriam transcendentais pela sua natureza supra humana⁽¹⁾.

O *Código de Hamurabi*, ao preocupar-se em impor a justiça para impedir o poderoso de fazer mal ao fraco, deve ser apontado como um dos primeiros textos sobre os direitos do Homem em sentido abstracto⁽²⁾.

(1) Como afirma VIEIRA DE ANDRADE, o valor dos direitos fundamentais era de difícil compreensão para os antigos, uma vez que a civilização se baseava na escravatura. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 4.^a ed., 2009, p.18.

(2) Segundo EMANUEL BOUZON, o Código de Hamurabi (1728-1686 a.C.), apesar

Toda a luta contra a tirania e o poder despótico, p.ex. de ANTÍGONA diante de CREONTE, afirmando o direito de desobediência ao poder face a leis superiores ao próprio Estado, clamando diante dos escravos o direito de resistência à opressão, demonstra a dificuldade de afirmação dos direitos do Homem ao longo dos tempos.

A civilização grega trouxe o interesse dos filósofos para a relação entre o Estado, a religião e o indivíduo. Começando por considerar que “em qualquer lugar do planeta o melhor sempre se opõe à democracia”⁽³⁾, o modelo político ateniense, confiaria aos pobres e ao povo o poder da cidade⁽⁴⁾, já que entre “as classes baixas abunda a ignorância, a falta de disciplina e a maldade, as quais traduzem o governo dos piores”⁽⁵⁾. Em Atenas, diz-nos XENOFONTE, não preocupa o mau governo, sendo desse mau governo que “o povo extrai a sua força e a sua liberdade”⁽⁶⁾.

Na sociedade grega, a concepção de poderes públicos encontrava-se limitada ao entendimento de que a lei existe para levar os cidadãos a participar na fortificação dos laços do Estado, pelo que a ordem jurídica devia ser norteadada pelo propósito de seleccionar os cidadãos, verificando-se que o indivíduo só existe dentro do Estado e para o Estado, num modelo de ausência de qualquer noção de direitos da pessoa humana⁽⁷⁾.

de não ser o corpo de leis mais antigo entre os conhecidos, é, sem dúvida, o melhor transmitido. O termo «código», usado com referência a este conjunto de princípios jurídicos, deve-se a SCHEIL, que identificou e traduziu uma estela encontrada em Susa. A própria divisão em duzentos e oitenta e dois parágrafos deve-se ao citado tradutor. Todavia, a opinião majoritária tende hoje no sentido de considerar o conteúdo da referida estela como uma obra literária, não obstante nela estarem consagrados certos princípios jurídicos. Esta tese sustenta-se, para além de outros aspectos, no facto de serem frequentes as passagens laudatórias à acção do rei (Hamurábi), bem como por constarem sentenças justas que o monarca proferira, as quais seriam o exemplo para os outros julgadores. EMANUEL BOUZON — *O Código de Hamurabi*, 4.^a ed., Petrópolis, 1987, pp.23-27.

⁽³⁾ XENOFONTE — *Constitución de Atenas in Constituciones Políticas Griegas*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, p.144.

⁽⁴⁾ XENOFONTE — *Constitución de Atenas in Constituciones Políticas Griegas*, cit., p. 143.

⁽⁵⁾ XENOFONTE — *Constitución de Atenas in Constituciones Políticas Griegas*, cit., p. 144-145.

⁽⁶⁾ XENOFONTE — *Constitución de Atenas in Constituciones Políticas Griegas*, cit., p. 145.

⁽⁷⁾ Cfr. CABRAL DE MONCADA — *Filosofia do Direito e do Estado*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 14.

Durante a permanência do Império Romano vigorava um sistema de administrador-polícia onde o particular é visto como um súbdito. Aliás, a doutrina aponta para a existência de um retrocesso civilizacional na incapacidade para manter a herança do Código de Justiniano (530 DC)⁽⁸⁾. No Direito Romano, surgiam já situações de responsabilidade de entidades públicas por actos lícitos, em particular, pela expropriação, com referências que se mantiveram no período intermédio⁽⁹⁾. A ordem jurídica romana continha mecanismos jurídicos que deveriam, ao mesmo tempo, possibilitar, pressupor e promover uma colaboração dos cidadãos e dos estrangeiros. Esses mecanismos decorrem de uma convicção fundamental relativa ao Direito do Estado segundo a qual uma comunidade politicamente organizada somente pode funcionar se domina um consenso geral sobre as suas estruturas jurídicas e se a vida em comum traz consigo um proveito colectivo.

A *res publica*, que de modo insuficiente pode ser traduzida pela palavra “Estado”, não representa um “Estado frontal” contra a violação de direitos fundamentais, mas sim a fusão política, a soma política da *cives*⁽¹⁰⁾.

Tendo em vista que, segundo essa percepção da realidade, a *res publica* não é a composição de um *aliud* corpóreo frente ao cidadão, não há a necessidade de definir direitos individuais na sua função de defesa contra o Estado nem de atribuir ao Estado finalidades e tarefas sociais no sentido de uma independente e paternalista função conformadora frente ao cidadão: a todos cabe o direito de realizar os seus interesses e de livremente agir sob os seus próprios riscos.

Com os estóicos, inicia-se o estudo de um direito natural: as leis estabelecidas pelos homens seriam réplicas imperfeitas de um

(8) Referimo-nos, em concreto, à herança proveniente dos tempos do Império Romano, sobre os valores e princípios do uso das armas e das leis. OTTO MAYER — «*Derecho Administrativo Alemán*» (trad. de *Deutsches verwaltungsrecht* por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin), Madrid: editorial Depalma, 1982, pp. 29-30.

(9) GOMES CANOTILHO — *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, 1974, pp.30-31.

(10) PINTO MONTEIRO/JORG NEUNER/INGO SARLET — *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, uma perspectiva de Direito Comparado, Coimbra: Livraria Almedina, 2007, pp.12-13.

direito eterno e imutável aplicável universalmente; aquelas só teriam valor quando correspondessem à lei natural da liberdade interior⁽¹¹⁾.

O estoicismo marca uma ruptura com o pensamento da Antiguidade: “a liberdade do Homem livre, que até então se confundia com o exercício de direitos cívicos, transmuta-se, à falta de melhor, em liberdade interior⁽¹²⁾.”

No pensamento judaico reside a descoberta da noção basilar de pessoa, enquanto criatura humana criada à imagem e semelhança de Deus, o Homem é agora, ao invés do entendimento grego da escola eleática⁽¹³⁾, um reflexo da própria divindade.

O Cristianismo trouxe a afirmação da defesa da igualdade de todos os homens numa mesma dignidade, como formulou São Paulo na sua Epístola aos Gálatas, 3, 27-28: «Não há judeu nem grego, não há escravo nem Homem livre; todos vós sois um só, em Cristo». O Cristianismo deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, sobretudo durante a Idade Média depois de S. TOMÁS DE AQUINO e com a poderosa influência escolástica⁽¹⁴⁾.

A ideia medieval de organização política e de constituição assentava na limitação do poder pelo direito. A teorização medieval sobre a tirania e os limites do poder, sobre os fins últimos da governação e direito de resistência, representa a vontade de encerrar o poder público numa ordem regrada e constitucionalizada. A constituição medieval não é mais do que um enunciado precário de regras, contratos, pactos e equilíbrios que submeteram os governantes da época⁽¹⁵⁾. Aliás, o princípio da responsabilidade dos

⁽¹¹⁾ WALTER THEIMER — *História das Ideias Políticas* (trad. de Dinória Freitas e Sampaio Marinho), Lisboa, Livraria Arcádia, 1970, p. 50.

⁽¹²⁾ PIERRE AUBENQUE — *As filosofias helenéticas: estoicismo, epicurismo, cepticismo* in P. AUBENQUE/J. BERNHARDT/ F. CHÂTELET — *A Filosofia Pagã do séc. VI a.c. ao séc. III d.c.*, 2.^a ed., Lisboa, 1978, p.157.

⁽¹³⁾ Neste sentido, o filósofo grego XENÓFANES DE CÓLOFON entendia que o homem não se parecia com Deus, nem pela forma, nem pelo pensamento. Vide PINHARANDA GOMES — *Filosofia grega pré-socrática*, 4.^a ed., Lisboa, 1994, p. 171.

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. COMPAGNONI — *I diritti dell'uomo: genesi, storia e impegno Cristiano*, 1995, p. 17.

⁽¹⁵⁾ Como refere FREITAS DO AMARAL, o Estado medieval é uma ordem exterior e coerciva, não tem a ver com o Bem e a Justiça, mas apenas com a paz e a segurança possíveis. DIOGO FREITAS DO AMARAL — *História das Ideias Políticas — (9.ª reimp.)*, vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, pp.159-160.

poderes públicos, adoptado muito mais tarde por regimes liberais, remonta à preocupação da filosofia política medieval com a moderação e legitimidade do poder político⁽¹⁶⁾. A sua implantação só se tornou possível com a revisão das concepções religiosas e teocráticas sobre a origem do poder político⁽¹⁷⁾.

O princípio segundo o qual o rei não podia agir de forma ilícita era aplicável tanto aos actos relativos às pessoas como aos de natureza política e, dentro destes, não apenas aos materializados pessoalmente pelo soberano, mas a todos os praticados em seu nome⁽¹⁸⁾. A consequência natural era a de que o rei não podia ter autorizado qualquer pessoa a agir de forma ilícita, pelo que o acto reprovável não podia ter sido cometido e, por isso, também não havia lugar a qualquer direito de reparação.

Os filósofos cristãos da Idade Média recolheram e desenvolveram a teoria do direito natural, fundando-se nos princípios expostos nos «Dez Mandamentos» e nas «Tábuas da Lei»; para SÃO TOMÁS DE AQUINO, o indivíduo está no centro de uma ordem social e jurídica justa, mas a lei divina tem prevalência sobre o direito laico tal como é definido pelo imperador, o rei ou o príncipe⁽¹⁹⁾.

Neste período, o Estado padecia das características do Estado de Polícia, no qual se confundiam as tarefas de administrar e julgar porque os tribunais tinham carácter de autoridade e a sua indepen-

⁽¹⁶⁾ Já durante este período da Idade Média determinadas convenções jurídicas expressamente consagravam que “Toda a população pode ser castigada por um erro cometido pelo rei quando, p. ex., este declara uma guerra injusta”. ANTONIO TRUYOL SERRA — *Los Principios del Derecho Publico en Francisco de Vitoria* [XXXIII], Madrid: Ediciones Cultura Hispanica, 1946, p. 47.

⁽¹⁷⁾ A Idade Média pode definir-se como uma concepção «descendente» do poder, segundo a qual a autoridade emanava de uma entidade superior: Deus ou o Papa, o seu representante; e outra concepção «ascendente» onde o poder político aparece com a criação de uma comunidade ou *populus*. E será a partir desta última que os estados modernos se libertarão do domínio universal da Igreja. Cfr. WALTER ULLMAN — *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, New York, 1961, pp.19 e ss.

⁽¹⁸⁾ Recordar-se aqui a velha máxima que atribui fundamento divino ao poder régio: “The King must not be under man but under God and under the law, because it is the law that makes the King”. WILLIAM WADE/C.F. FORSITH — *Administrative Law*, 9.th edition, New York: Oxford University Press, 2004, p.809.

⁽¹⁹⁾ Cfr. EUSTÁQUIO GALÁN Y GUTIÉRREZ — *La filosofía política de S.^{to} Tomás de Aquino*, Madrid, 1945, p. 37.

dência não estava assegurada. No entanto, apesar deste período do Estado de Polícia, era aceite a responsabilidade dos poderes públicos no âmbito das relações de carácter patrimonial e não soberano que mantivessem com os particulares⁽²⁰⁾.

O pensamento humanista da modernidade cristã não é ainda capaz de gerar a ideia de direitos fundamentais⁽²¹⁾. Era necessário que o Homem se descobrisse no acto de pensar e conhecer o mundo, de modo que o indivíduo assumisse uma autonomia moral da Razão.

A afirmação histórica dos direitos fundamentais dá-se com o iluminismo, que traz consigo o novo tipo de Homem, ou seja o indivíduo autodeterminado, crente na razão, na investigação experimental, no progresso e na sua capacidade de atingir a felicidade individual e colectiva⁽²²⁾.

A reforma do modelo de Estado de Polícia e a edificação da protecção da liberdade individual e garantia contra o domínio arbitrário dos poderes públicos foi suportada por ideias do direito natural iluminista⁽²³⁾.

Mais tarde, a Escola do direito natural, com GROTIUS (*de jure belli ac pacis*) e seus discípulos, defendeu a existência de direitos que pertencem originária e essencialmente ao Homem, que são inerentes à sua natureza, que ele goza pelo simples facto de ser Homem.

Com a Idade Moderna⁽²⁴⁾ e os racionalistas dos séculos XVII e XVIII, o Homem descobre-se gradualmente no acto de pensar e

(20) MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS — *Responsabilidade Civil Administrativa*, Direito Administrativo Geral, Tomo III, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008, p. 12.

(21) Sobre o contributo da imagem cristã do homem para os direitos fundamentais, v. THOMAS FLEINER — GERSTER — *Teoria Geral do Estado* (trad. de Allgemeine Staatslehre por Marlene Holzhausen), Martins Fontes, 2006, p.101.

(22) Segundo FREITAS DO AMARAL, é com o Iluminismo que nasce uma nova concepção de direito natural: direitos individuais dos cidadãos que são oponíveis ao Estado. DIOGO FREITAS DO AMARAL — *História das ideias políticas (apontamentos)*, vol. II, Lisboa: edição de Pedro Ferreira — artes gráficas, 1998, p. 14.

(23) Sobre a passagem do Estado Polícia para o Estado liberal já no séc. XX, vide VASCO PEREIRA DA SILVA — *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2009, pp. 13-51.

(24) Segundo GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ, a Idade Moderna introduz um período onde pela primeira vez o indivíduo desfruta a glória de lutas em que se empenhou na conquista da liberdade religiosa, intelectual, política e económica. GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ — *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II: siglo XVIII, vol. I:

de conhecer o mundo⁽²⁵⁾; substituiu-se a Razão à revelação e reformulam-se as teorias do direito natural que já não repousa nem está submetido a uma ordem divina⁽²⁶⁾.

A implantação definitiva de um modelo de responsabilização dos poderes públicos e dos seus agentes pelos ilícitos cometidos no exercício das diversas funções públicas evoluiu em simultâneo com a mudança de sistemas políticos. De facto, como lembrava CUNHA GONÇALVES, a irresponsabilidade dos poderes públicos só era concebível na época em que a coisa pública pertencia a um só indivíduo ou a uma só classe, sendo até sacrilégio duvidar da impecabilidade das autoridades, como sob a tirania bizantina⁽²⁷⁾.

O pensamento racionalista desenvolveu posteriormente a teoria do contrato social, a qual se funda no princípio de que todo o contrato deve ser respeitado; para ROUSSEAU, «o contrato social é um pacto pelo qual cada um submete a sua vontade individual à vontade geral», vontade definida pelo povo instituído como um corpo⁽²⁸⁾.

Para os racionalistas todos os homens são por natureza livres e têm certos direitos inatos de que não podem ser despojados quando entram em sociedade e celebram o contrato social; deste modo, existiriam direitos inerentes à qualidade do Homem que se impõem a qualquer ordem jurídica⁽²⁹⁾.

El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de la evolución (Edit. Dykinson e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, Madrid, 2001, p. 15).

⁽²⁵⁾ Uma das afirmações contra o positivismo jurídico afirmava que o positivismo “tinha caído num solipsismo jurídico”. Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ — *La Lucha contra el positivismo jurídico en la República Weimar*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 79.

⁽²⁶⁾ A fase do Renascimento implicou uma atenuação muito forte do espírito religioso global que marcou a Idade Média, e uma clara acentuação do humanismo e dos valores profanos, em que se recuperam os valores da cultura greco-romana da Antiguidade Clássica e tudo o que é humano passa a ser mais importante que o divino. DIOGO FREITAS DO AMARAL — *História das ideias políticas*, vol. I, cit., p. 193.

⁽²⁷⁾ CUNHA GONÇALVES, L. — *A Responsabilidade da Administração Pública pelos Actos dos seus Agentes*, Coimbra: 1905, p. 18.

⁽²⁸⁾ Ver cap. 6, do livro II, da obra magna do autor: JEAN-JACQUES ROUSSEAU — *Du Contrat Social* — cronologie et introduction par Jean Pierre Bur Gelin, Paris: Garnier Flammarion, 1966.

⁽²⁹⁾ Sobre a relação entre o contratualismo e os direitos fundamentais: PECES-BARBA/FERNANDEZ GARCIA — *Historia de los derechos fundamentales*, 1998, I, p. 192.

A teoria do direito natural foi muito criticada nos fins do século XVIII por EDMUND BURKE⁽³⁰⁾, MARX e ENGELS até que uma corrente de pensamento, inspirada nas ideias de justiça social sopradas de diversos ângulos, acabou por se impor, reconhecendo importância não só à tradição dos direitos do Homem mas ainda aos direitos sociais económicos e culturais⁽³¹⁾.

2. A Constitucionalização dos Direitos Fundamentais

O século XVIII assistiu à explosão das afirmações mais ou menos solenes dos direitos do Homem⁽³²⁾. A 12 de Junho de 1776, a Convenção Geral de Delegados e Representantes da Virgínia adoptou o texto que viria a ser conhecido como a Declaração dos Direitos de Virgínia⁽³³⁾. Este foi um documento novo que empregava uma linguagem nova que constituía uma declaração de direitos e não um documento subjectivo no qual se declaravam direitos⁽³⁴⁾.

No entanto, é necessário recuar, por momentos, até ao séc. XIII, para identificar a primeira ideia de catalogação de direitos fundamentais nas declarações anglo-saxónicas⁽³⁵⁾ — *Magna*

⁽³⁰⁾ Segundo EDMUND BURKE, a história inglesa da liberdade estava muito relacionada com as vicissitudes que afectaram o direito de propriedade dos ingleses. GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ/FERNANDEZ GARCIA — *Historia de los derechos fundamentales*, cit., p. 775.

⁽³¹⁾ BACELAR GOUVEIA — *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, 3.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2009, pp. 754-755.

⁽³²⁾ Como refere HORST DIPPEL, apesar de, actualmente, quase todas as Constituições continuarem a declarar direitos, todas elas o fazem, em grande medida, com base na herança dos finais do século XVIII. HORST DIPPEL — *História do Constitucionalismo Moderno* (trad. de *Modern Constitutionalism. An introduction to a History in the need of writing* por António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva), FCG, Lisboa, 2007, p. 230.

⁽³³⁾ Sobre a perspectiva histórica do trabalho da Convenção, JOHN E. SELBY — *The Revolution in Virginia, 1775-1783*, Williamsburg, The Colonial Williamsburg Foundation, 1988, pp.100-110.

⁽³⁴⁾ Cfr. HORST DIPPEL — *História do Constitucionalismo Moderno*, cit., pp. 6-7.

⁽³⁵⁾ Sobre o “arranque dos poderes constitucionais” em Inglaterra, Vide BARTOLOMÉ CLAVERO relaciona o entendimento do princípio da separação de poderes de JOHN LOCK com o calendário político inglês de 1689 e a catalogação do Bill of Rights. BARTO-

Charta Libertatum, de 1215⁽³⁶⁾, *Petition of Rights*, de 1628, *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689⁽³⁷⁾. O «Bill of Rights» britânico de 13 de Fevereiro de 1689, resultante da Revolução de 1688, incorporava a preocupação principal de estabelecer que o poder do monarca procedia da vontade do povo⁽³⁸⁾, proclamando simultaneamente os direitos fundamentais do indivíduo⁽³⁹⁾.

Em França, a constitucionalização dos direitos fundamentais aparece na Revolução Francesa⁽⁴⁰⁾ e, posteriormente, a tentativa de reintroduzir o constitucionalismo e os seus principais elementos ficou documentada nos projectos constitucionais do Senado, de 6 de Abril de 1814, da Câmara dos Representantes de 29 de Junho de 1815 e na Declaração dos Direitos dos Franceses, de 5 de Julho de 1815⁽⁴¹⁾.

Os Estados Unidos da América incorporaram os primeiros 10 princípios da Constituição, em 1791, que se traduziram em

LOMÉ CLAVERO — *El Orden de los Poderes*, Historias Constituyentes de la Trindad Constitucional, Madrid: Editorial Trotta, 2007, pp. 40-41.

⁽³⁶⁾ A Magna Carta de 15 de Maio de 1215, celebrada entre o rei João e os barões ingleses rebeldes, continha disposições que influenciaram documentos como «The Petition of Rights» (1628) e «The Habeas Corpus Act» (1679). BRYCE LYON — *A constitutional and legal history of medieval England*, Nova Iorque: Harper&Brothers, 1960, pp. 322-323.

⁽³⁷⁾ Como refere VIEIRA DE ANDRADE, ao serem transplantados para os territórios coloniais, estes “direitos dos ingleses” vão crescer na Revolução Americana como direitos dos homens. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., 23.

⁽³⁸⁾ Cfr. R.C. VAN CAENEGEN — *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental* (trad. de *an historical introduction to western constitutional law* por Alexandre Vaz Pereira), Lisboa: FCG, 2009, p. 201.

⁽³⁹⁾ Segundo BARTOLOMÉ CLAVERO, no ordenamento jurídico britânico o indivíduo é apresentado como uma súmula de direitos primários individuais em todas as instituições, magistraturas e corporações. BARTOLOMÉ CLAVERO — *El Orden de los Poderes*, cit., p. 49.

⁽⁴⁰⁾ Em 29 de Julho de 1789, a assembleia nacional adopta o projecto do deputado *Sinety* que ensaiava o seguinte texto: “Os representantes do povo francês, reunidos em assembleia nacional, resolveram regenerar o Estado, assim sendo a ordem social deve estar munida de uma Constituição que reflecta os princípios imutáveis; o Homem nasceu para ser livre e conhecer os seus direitos naturais”. DANIEL AMSON — *Histoire Constitutionnelle Française — De la Prise de La Bastille à Waterloo*, Paris: LGDJ, lextenso éditions, 2010, p. 43.

⁽⁴¹⁾ LÉON DUGUIT — *Les Constitutions et les Principales Lois Politiques de la France depuis 1789*, 7.^{ème} ed. By Georges Berlia, Paris: Librairie Générale de Doit et de

10 aditamentos inspirados nos pressupostos valorativos do texto de 1787, onde se encontram normas sobre direitos, liberdades e garantias⁽⁴²⁾.

Com estes textos, passou-se do domínio da filosofia para o do direito, ressurgindo um pouco por todo o lado um movimento de constitucionalização de direitos fundamentais⁽⁴³⁾.

Apesar da diferença considerável entre estas proclamações, os textos jurídicos e a situação de facto, o movimento de progresso dos direitos e da dignidade do Homem era irresistível; viveram-se épocas em que se regrediu, mas a sua herança nunca morreu⁽⁴⁴⁾.

No século passado, a DUDH constituiu a grande matriz de toda a legislação europeia em matéria de direitos fundamentais⁽⁴⁵⁾. Quando os direitos subjacentes à dignidade humana se tornaram direito positivo o caminho para a constitucionalização dos direitos fundamentais começou a ser trilhado⁽⁴⁶⁾.

A tendência para a consagração da protecção constitucional dos direitos humanos marcaria a transição dos países ibéricos para sistemas de democracia representativa e pluralista⁽⁴⁷⁾.

Na verdade, é a circunstância do fundamento dessa protecção radicar em valores que se têm por universais e perenes, essenciais à convivência humana e social, que justifica que a ordem internacional por ela se venha igualmente a responsabilizar e que os Estados que incorram na sua violação possam ser alvo de condenação em instâncias internacionais⁽⁴⁸⁾.

Dando corpo a esta ideia, a CEDH, concluída em 4 de Novembro de 1950, em Roma, no seio do Conselho da Europa, viria a estabelecer um conjunto de direitos que os Estados que a ela se vinculassem deveriam reconhecer a todas as pessoas dependentes da sua jurisdição, prevendo igualmente a criação de um tribunal permanente (TEDH) que asseguraria o respeito, por parte daqueles, dos compromissos assim assumidos⁽⁴⁹⁾.

Durante décadas a CE assumiu frontalmente o desígnio económico e prudentemente a ambição política, declinando em larga medida a responsabilidade em matéria social. Uma posição que remonta ao Tratado de Roma e à convicção de raiz liberal de que a realização do mercado comum era capaz de promover automaticamente a melhoria das condições de vida e de trabalho dos europeus⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴²⁾ ANTONIN SCALIA — *Federal Constitutional guarantees of individual rights in the United States of America in Human Rights and Judicial Review* — A comparative Perspective, 1994, p. 57.

⁽⁴³⁾ WILLI PAUL ADAMS — *The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era* (trad. de *Republikanische Verfassung und burgerliche freiheit* por Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt und Neuvied), Lanham, 2001, p. 254.

⁽⁴⁴⁾ Sobre o que representou a referida “regressão” nas Grandes Guerras Mundiais e o papel da Convenção de Génova de 1949 na protecção das vítimas, a qual herdou, de certa maneira, a tradição antiga dos direitos provenientes do Código de Hamurabi, de textos religiosos da Bíblia, ou do Corão. Vide JEAN-MARC MAILLOT — *Le grand oral: Protection des libertés et droits fondamentaux* [“Les Sources Internationales des libertes et droits fondamentaux”], Paris: Montchrestien, 2003, pp. 17-18.

⁽⁴⁵⁾ Os instrumentos internacionais de protecção dos direitos e liberdades fundamentais consagrados p.ex., através do núcleo de protecção referido no preâmbulo da Carta das Nações Unidas em 1945, permitiriam acautelar situações de genocídio, escravatura e proteger minorias étnicas como os estrangeiros, os refugiados e os apátridas. Cfr. JEAN-

Neste contexto, sendo as preocupações sociais subsidiárias do desenvolvimento harmonioso da actividade económica, a dimensão social passou a ocupar um lugar marginal no âmbito da construção da Europa, remetida a um papel meramente instrumental, centrado, sobretudo, na viabilização da livre circulação de trabalhadores como objectivo de primeira grandeza⁽⁵¹⁾.

Ora, a UE enfrentava grandes desafios ligados à globalização e às rápidas mudanças tecnológicas, persistindo contudo a convicção de que o modelo social europeu continuava a corresponder à estrutura mais adequada para enfrentar com êxito as novas apostas de desenvolvimento⁽⁵²⁾.

Só após o Conselho Europeu de Madrid (Junho de 1989) é que passou a assistir-se verdadeiramente ao lançamento efectivo da dimensão social da integração europeia, expressa de um modo inquestionável na Carta Social dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores⁽⁵³⁾.

No período que se tinha seguido à II Guerra Mundial, a Europa Ocidental havia alicerçado o seu modelo político na Democracia e nos Direitos Humanos e, do ponto de vista sócio-económico, no pleno emprego e no Estado-providência. Ora, com o desaparecimento do mundo bipolar, assente em dois blocos político-militares, passou a assistir-se ao desbloqueamento estratégico do centro de gravidade da actuação dos governos na defesa e no equilíbrio nuclear, transferido para o desenvolvimento económico e para a competitividade das economias⁽⁵⁴⁾.

Ao mesmo tempo, tornou-se nítido que, apesar dos esforços envidados pela Europa, não era mais possível considerar o pleno

-MARC MAILLOT — [“Les Sources Internacionales des libertes et droits fondamentaux”], cit., p. 20.

(46) A dicotomia entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais reflectiu-se em quase todas as Constituições feitas após a Primeira Grande Guerra; a nível internacional essa dicotomia está patente nos dois pactos de 1966 — Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais e Pacto de Direitos Cívicos e Políticos — ou na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia. Vide. JORGE MIRANDA — *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Cascais: Principia, 2006, p. 456.

emprego como o efeito automático e inevitável das políticas económicas fomentadoras de crescimento⁽⁵⁵⁾.

Num período inicial, o TJCE, quando chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade de disposições comunitárias com as normas constitucionais dos Estados-membros relativas à protecção dos direitos fundamentais, limitou-se a afirmar só ter de garantir o respeito do tratado e dos regulamentos de execução, não devendo regra geral pronunciar-se sobre as normas de direito interno, e não podendo, em consequência, «examinar o argumento segundo o qual, ao adoptar a sua decisão, a Alta Autoridade violou princípios do direito constitucional»⁽⁵⁶⁾.

O défice de protecção comunitária dos direitos fundamentais seria reforçado, no plano nacional quando o tribunal sublinhou que não podia deixar de controlar a compatibilidade do direito comunitário derivado com os direitos fundamentais enquanto não existisse, por falta de catálogo de direitos fundamentais no sistema comunitário, uma garantia suficiente quanto à protecção de tais direitos nesta ordem jurídica⁽⁵⁷⁾.

O TJCE chamaria a si o papel de garante dos direitos fundamentais ao apreciar uma disposição em conformidade com os princípios gerais do direito comunitário determinando que a interpretação que para ela preconizava não revelava «qualquer elemento susceptível de colocar em causa os direitos fundamentais individuais compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cuja observância é assegurada pelo tribunal»⁽⁵⁸⁾.

Posteriormente, o ser confrontado com a alegação de que certas disposições comunitárias, além de contrariarem disposições

(47) Em referência à Constituição Portuguesa de 1976, veja-se sobretudo VIEIRA DE ANDRADE — *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Livraria Almedina; GOMES CANOTILHO — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed. (7.^a reimp.), Coimbra: Livraria Almedina, 2010, pp. 349-496; e JORGE MIRANDA — *Manual de Direito Constitucional*, Direitos Fundamentais, Tomo IV, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2008, p. 58.

(48) No espaço jurídico aberto da UE o imperativo de protecção de direitos fundamentais exercido pela via judicial do Tribunal de Justiça tece relações de convergência com outros poderes de decisão aplicativa existentes no continente europeu, como p.ex. o sistema judicial instituído pela CEDH. MARIA LUÍSA DUARTE — *União Europeia e Direitos Fundamentais — (no espaço da internormatividade)* — Lisboa: AAFDL, 2006, p. 22.

constitucionais, violavam ainda diversos instrumentos internacionais, nomeadamente a CEDH, o tribunal alargaria o quadro de parâmetros de identificação dos direitos fundamentais, ao acrescentar a ideia de que se deveria «inspirar nas tradições constitucionais dos Estados-membros para reconhecer que os instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do Homem podem igualmente dar indicações sobre o que deve ser tomado em consideração no âmbito do Direito Comunitário»⁽⁵⁹⁾.

Pode dizer-se que a partir desta altura a vinculação das comunidades à garantia dos direitos fundamentais não deixaria de ser uma constante da jurisprudência comunitária. Na ausência de textos claros de direito primário que consagrassem o carácter geral desta obrigação, ela apresentava-se assim como uma corrente de natureza pretoriana, que procurava suprir a falta de um catálogo preciso de direitos fundamentais recorrendo às tradições constitucionais nacionais e, de forma crescente, à CEDH⁽⁶⁰⁾. A importância deste texto levou a Comissão a apresentar uma proposta de adesão das Comunidades à CEDH⁽⁶¹⁾, tal como o fez, mais tarde, quando propôs ao Conselho a adesão à CEDH⁽⁶²⁾.

O conjunto dos princípios jurídicos que nas últimas décadas foram explicitados pelo TJCE definiram e consolidaram os direitos fundamentais, com obrigatoriedade sobre o Direito Comunitário em toda a sua vertente material, independentemente da questão de se saber se a potencial violação é imputável ao decisor comunitário ou ao decisor nacional⁽⁶³⁾.

(49) MARIA LUISA DUARTE lembra que apesar dos acórdãos do TEDH não possuírem força executiva directa, obrigam os Estados a dar-lhe execução. Vide MARIA LUISA DUARTE — *O Conselho da Europa e a Protecção dos Direitos do Homem* in Boletim de Documentação e Direito Comparado, n.º 39-40, Lisboa, 1989, pp. 191-242.

(50) PAULO DE PITTA E CUNHA, *Direito Europeu*. Instituições e Políticas da União, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 18.

Actualmente é possível aludir à existência de uma genuína cultura constitucional europeia comum criada pela adesão a um tratado internacional⁽⁶⁴⁾ mas também impulsionada pela jurisprudência do TEDH e a entrada em vigor da CDFUE.

Neste sentido, é possível aludir ao constitucionalismo global ou internacional, conceito que rompe com a perspectiva clássica de Constituição, enquanto termo reservado ao constitucionalismo nacional⁽⁶⁵⁾.

Com efeito, os ordenamentos jurídico-constitucionais complementam-se mutuamente, em moldes de globalização do Direito Constitucional nacional (*globalization of domestic constitutional law*)⁽⁶⁶⁾.

A entrada em vigor da CDFUE permite a defesa de um princípio fundador da UE e uma condição imprescindível para a sua legitimidade, já que nela vêm consignados, com toda a evidência, a importância primordial de certos direitos e o seu alcance para os cidadãos⁽⁶⁷⁾. Na realidade, a Carta é, no seu conteúdo essencial, um instrumento declarativo e codificador de direitos há já muito

⁽⁵¹⁾ E. HEYNIG, *Problèmes Institutionnels Posés par La mise en oeuvre d'une Politique Sociale au Niveau Communautaire*, Revue du Marché Commun, n.º 100, 1967, p. 196.

⁽⁵²⁾ PATRICK VENTURI — *Um espaço social europeu no horizonte de 1992*, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1989, p. 72.

⁽⁵³⁾ J-L MONEREO PÉREZ — *Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 54, 1992, p. 843; F. Alfonso Soto — *La Carta de los Derechos Sociales Fundamentales y La Política Social de La Comunidad*, I Jornadas sobre la CE, 1994.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. D. GREENWAY/CHARLES MILNER/SANJAYA LALL — *Dossier Política de empleo y mundialización*, Revista Internacional del Trabajo, OIT, vol. 14, n.ºs 4-5, 1995, p. 555.

reconhecidos na ordem jurídica comunitária⁽⁶⁸⁾. A CDFUE tem o mesmo valor jurídico que os tratados (art. 6.º, n.º 1, do TUE).

A CDFUE não vincula todos os Estados-Membros. Através de um protocolo, o Reino Unido e a Polónia obtiveram o acordo dos restantes Estados-membros sobre a não aplicação da CDFUE nos respectivos ordenamentos jurídicos⁽⁶⁹⁾. Este protocolo garante a estes dois Estados-Membros que as disposições da CDFUE não podem ser invocadas como fundamento de não aplicação por desconformidade comunitária de leis, práticas e acções administrativas internas⁽⁷⁰⁾. Acresce que, no limite, uma vontade política contrária pode ser exercida por estes Estados-Membros para impedir uma revisão da Carta no sentido do aprofundamento do seu escopo de garantia (art. 48.º, n.º 2, TUE)⁽⁷¹⁾.

A proclamação solene dos direitos fundamentais permite oficializar um sentimento comum dos estados que constituem a UE⁽⁷²⁾, de modo que exista uma matriz para todos aqueles países que se perfilam como candidatos a entrar na UE.

(55) MARIA EDUARDA AZEVEDO — *Desenvolver a Dimensão Social Europeia*, Revista de Estudos Europeus, ano II, n.º 3, Coimbra: Livraria Almedina, 2008, p. 136.

(56) *Ac. Algera, de 12 de Julho de 1957*, consultado a 22 de Janeiro de 2010, disponível no sítio da Internet seguinte: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61956J0007:EN:HTML>

(57) *Ac. Bundesverfassungsgericht, de 29 de Maio de 1974*, consultado a 22 de Janeiro de 2010, disponível no sítio da Internet seguinte: http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=588.

(58) *Ac. Stauder, de 12 de Novembro de 1969*, consultado a 22 a Janeiro de 2010, disponível no sítio da Internet seguinte: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969J0029:IT:NOT>.

§3. A Protecção Constitucional dos Direitos, Liberdades e Garantias

1. Aspectos Gerais

A aplicabilidade directa dos direitos, liberdades e garantias, tal como dos direitos de natureza análoga, implica uma tutela acrescida quando comparada com os direitos económicos, sociais e culturais⁽⁷³⁾. Na verdade, apesar de ambos consubstanciarem genuínos direitos fundamentais, não susceptíveis de hierarquização, certo é que, em regra, enquanto os direitos, liberdades e garantias podem ser postos em causa pela generalidade dos poderes públicos e pelos particulares, os direitos sociais (que não possuem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias) vinculam apenas o legislador⁽⁷⁴⁾. Parece-nos, todavia, que, nos nossos dias, é mister acentuar-se que o legislador não deverá reduzir o conteúdo mínimo dos direitos sociais e, sob reserva do possível, deverá concretizá-los⁽⁷⁵⁾.

2. O Acesso dos Particulares à Tutela de Direitos Fundamentais

O Estado assume diversas formas de intervenção pública no domínio privado, designadamente tarefas de ordem económica, enquanto guardião das condições de funcionamento económico do mercado⁽⁷⁶⁾.

⁽⁵⁹⁾ *Ac. Nold, de 14 de Maio de 1974*, consultado a 22 de Janeiro de 2010, disponível no sitio da Internet seguinte: http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61973J0004&lg=en

⁽⁶⁰⁾ Em Portugal, a CEDH foi uma das fontes inspiradoras da Constituição e integra o direito ordinário convencional, que completa a ordem jurídica interna (art. 8.º, n.º 2, da CRP). CATARINA SANTOS BOTELHO — *A Tutela Directa nos Direitos Fundamentais*, Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 321.

⁽⁶¹⁾ *Memorandum* de 4 de Abril de 1979.

⁽⁶²⁾ Comunicação de 19 de Novembro de 1990.

⁽⁶³⁾ O caso *Internationale Handelsgesellschaft*, de 12 de Agosto de 1970, o TJCE

Neste sentido, os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos manifestam-se num embate entre interesses públicos de primeira grandeza e interesses privados especialmente relevantes para o bem-estar e a qualidade de vida dos cidadãos⁽⁷⁷⁾.

A doutrina alemã discute a influência dos direitos fundamentais sobre a legislação do direito privado, nomeadamente sobre o âmbito de aplicação da GG⁽⁷⁸⁾, sobretudo para saber se os direitos fundamentais constituem meras asserções programáticas quando estiver em causa a tutela de um privado que se sinta lesado pelo poder público. Um caso concreto dessa situação é, p. ex., uma alteração legislativa do governo que afecte o regime civil do arrendamento urbano e prejudique o arrendatário no seu direito fundamental à habitação⁽⁷⁹⁾.

Na Alemanha, os direitos fundamentais vigoram para as normas de direito privado e para a sua aplicação e desenvolvimento, o que equivale a dizer que qualquer pessoa prejudicada por uma legislação de direito privado pode deduzir queixa constitucional

abre caminho a uma aplicação coerente dos princípios gerais de Direito Comunitário, cujo conteúdo de protecção passa a ser identificado com as normas materiais, de origem constitucional ou internacional; já o caso *Nold II*, de 14 de Maio de 1974, permite que as fontes

com fundamento em ter sido lesada, pelo poder público, num dos seus direitos fundamentais⁽⁸⁰⁾.

Será que em Portugal existe um acesso directo dos particulares à Constituição⁽⁸¹⁾? O facto de não existirem instrumentos jurídicos destinados especificamente à protecção constitucional de direitos fundamentais não implica *per se* a inexistência de uma defesa satisfatória dos direitos fundamentais⁽⁸²⁾.

No entanto, se os poderes públicos praticam actos que restringem excessiva ou injustificadamente os direitos fundamentais dos particulares, se lesam nessa actuação princípios tão essenciais como o princípio da igualdade, da proibição do excesso, ou da dignidade da pessoa humana, o particular não pode invocar tal violação no TC, a não ser que tenha a possibilidade de invocar a aplicação judicial, no caso concreto, de uma norma inconstitucional, ou de uma sua interpretação particular⁽⁸³⁾. O recurso de constitucionalidade em fiscalização concreta cumpre algumas das funções do recurso de amparo e mecanismos semelhantes⁽⁸⁴⁾. Neste sentido, certa doutrina admite que é já possível obter os efeitos do recurso de amparo, tendo em conta a existência do “quase-recurso de amparo” atribuído aos cidadãos (art. 280.º, n.º 1, al. b), da CRP)⁽⁸⁵⁾.

reveladoras de direitos fundamentais se alarguem aos princípios gerais de Direito onde se consideram as constituições dos Estados-membros e outros instrumentos internacionais relativos aos Direitos do Homem.

⁽⁶⁴⁾ PETER HABERLE — *Derecho Constitucional Común Europeo* (trad. de Emilio Mikunda Franco), in REP, Núm. 79, Enero-Marzo 1993, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 7-46; *El Estado Constitucional Europeo* (trad. de Francisco Balaguer Callejón), in CuC, n.º 2, Enero-Junio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Mexico, 2000, pp. 87-104.

⁽⁶⁵⁾ Segundo VASCO PEREIRA DA SILVA, ainda que não considere que já se atingiu o estágio de um constitucionalismo «global», defende que não são de descuidar os seus postulados essenciais, em especial, o imperativo da protecção dos direitos dos indivíduos para além das fronteiras estaduais. VASCO PEREIRA DA SILVA — *A cultura a que tenho direito*, Coimbra: Livraria Almedina, 2007, pp. 43-44.

⁽⁶⁶⁾ Segundo ERIKA DE WET, existem ‘constituições parciais’ de cariz internacional, correspondentes a tratados internacionais que unem os estados em temáticas muito específicas como a Saúde (Organização Mundial da Saúde). Por outro lado, segundo a autora, os ordenamentos jurídico-constitucionais complementam-se mutuamente. ERIKA DE WET — *The International Constitutional Order*, in ICLQ, Vol.55, Part 1, Oxford University Press, 2006, pp. 51-53.

⁽⁶⁷⁾ Em posição diametralmente oposta, OLIVEIRA ASCENSÃO considera a elaboração da CDFUE como “um desperdício de energias sem contrapartida, a não ser em obscu-

No entanto, em nossa opinião, o instituto do amparo ou da queixa constitucional experimentado com sucesso na Alemanha, como vimos — a concretizar na nossa Constituição — sempre permitiria que o TC verificasse a intensidade da lesão sofrida e julgasse directamente o caso concreto⁽⁸⁶⁾.

3. A Vinculação das Entidades Públicas aos Direitos Fundamentais

Como foi referido anteriormente, os direitos fundamentais nasceram como garantias concretas de liberdade e autonomia das pessoas contra o Estado. A Administração Pública está, desde logo e por força do art. 18.º, n.º 1 da CRP, vinculada ao respeito dos direitos, liberdades e garantias⁽⁸⁷⁾.

No plano funcional, são destinatários o legislador, a administração e os tribunais⁽⁸⁸⁾ — seja qual for a forma de actuação, os direitos, liberdades e garantias vinculam directamente todas as funções do Estado (política, legislativa, administrativa, jurisdicional, técnica e de regulação).

No plano da estrutura e da organização dos poderes públicos, são destinatários todos os órgãos e agentes do Estado, das regiões

ros jogos de poder. A estranha realidade é a de uma Carta de direitos humanos cujo objectivo não é o reforço de defesa dos direitos humanos, já que não há que supor que os direitos

autónomas, das autarquias locais e das demais pessoas colectivas públicas e ainda as pessoas privadas que exerçam poderes públicos (concessionários de serviços públicos).

A Administração Pública está não só obrigada ao respeito dos direitos fundamentais como a sua actuação deve criar condições objectivas capazes de permitir aos cidadãos a vivência efectiva daqueles⁽⁸⁹⁾. Os direitos fundamentais são o referencial de toda a actuação administrativa, não sendo de excluir a responsabilidade do Estado por causa de leis de revisão constitucional, nomeadamente por preterição de limites materiais, em caso de derrogação (art. 288.º, als. *d*) e *e*), da CRP)⁽⁹⁰⁾.

Assim, o CPA comina com o vício de nulidade os actos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental (al. *d*), do n.º 2, do art. 133.º, do CPA).

A vinculação é extensiva a todos os poderes públicos e não apenas aos poderes estaduais⁽⁹¹⁾. A Constituição é a fonte de legalidade primeira que obriga a administração.

A propósito da vinculação da administração dotada de “discricionariedade”, ensina-nos GOMES CANOTILHO que quanto mais ténue for a vinculação da administração à lei, tanto mais forte é a vinculação imediata pelos direitos, liberdades e garantias⁽⁹²⁾. Assim, os direitos, liberdades e garantias constituem, desde logo, medidas de valoração decisivas quando a administração tem de densificar conceitos indeterminados (como, p.ex., o conceito de “sigilo”).

Da mesma forma, a administração no âmbito da sua margem de livre apreciação, no exercício de uma competência numa área

humanos se protegem melhor com a multiplicação de declarações e com a ampliação do seu âmbito”. OLIVEIRA ASCENSÃO — *Direitos Humanos, Uma lacuna no Tratado de Amizade Luso-Brasileiro?* — Intervenção no Colóquio “*A relação internacional Portugal — Brasil*”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por iniciativa do Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros, em 7 de Maio de 2002.

⁽⁶⁸⁾ Nos 40 anos posteriores ao Tratado de Roma, os Tratados por que se regia a UE não continham uma verdadeira Carta de Direitos Fundamentais. Esta só viria a ser aprovada em Nice (Dezembro de 2000), mas apenas como declaração de princípios (que não é parte integrante dos Tratados, sem carácter vinculativo do ponto de vista jurídico, permanecendo na esfera de competências do TJ o poder de conformação dos Direitos Fundamentais e a sua consideração nas decisões a tomar, à luz dos princípios gerais de Direito Comunitário constantes dos Tratados, das normas constitucionais dos Estados-membros e das normas da CEDH. AVELÂS NUNES — *A Constituição Europeia, a Constitucionalização*

de discricionariedade, está obrigada a actuar em conformidade com os direitos, liberdades e garantias⁽⁹³⁾.

Assim sendo, cumpre notar a problemática do eventual conflito entre a eficácia directa das normas referentes a direitos, liberdades e garantias (que obrigam a administração) e a observância do princípio da legalidade, igualmente vinculativo da administração⁽⁹⁴⁾. Para PAULO OTERO⁽⁹⁵⁾, não existe dever de obediência a qualquer comando hierárquico violador em termos ostensivos e dificilmente reparáveis de um direito, liberdade e garantia fundamental porque o mesmo se encontra ferido de nulidade.

A temática da vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais quando actuam com as vestes de direito privado não tem autonomia. Ainda que se admita que haja entre a vinculação das entidades públicas e privadas uma diferença quanto ao grau ou intensidade de compromisso, prevalecendo quanto às entidades públicas uma vinculação quase total, e, por fim, relativamente aos privados sem mais uma vinculação excepcional⁽⁹⁶⁾, sempre se dirá

do Neoliberalismo, Coimbra Editora, 2006, p. 77.

⁽⁶⁹⁾ *Protocolo n.º 30, relativo à aplicação da CDFUE à Polónia e Reino Unido.*

⁽⁷⁰⁾ Como refere MARIA LUISA DUARTE, a fuga à vinculatividade da CDFUE por estes Estados-membros fragiliza o compromisso da UE com os direitos fundamentais, MARIA LUÍSA DUARTE — *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 109.

⁽⁷¹⁾ O estatuto de privilégio destes três Estados-membros constitui um retrocesso em termos históricos, seja em relação à Constituição Europeia seja mesmo em relação à CDFUE, MARIA LUISA DUARTE — *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, cit., p. 110.

⁽⁷²⁾ MARIA LUÍSA DUARTE — *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, cit., p. 93; sobre a europeização dos direitos fundamentais ao nível do Direito Comunitário, veja-se os ensi-

que quanto às entidades públicas, ainda que actuem sob as vestes de direito privado, a eficácia dos direitos, liberdades e garantias é absoluta e a vinculação total⁽⁹⁷⁾.

§4. Mecanismos de Responsabilidade pela Violação de Direitos Fundamentais

1. Noção de Responsabilidade

O conceito jurídico de responsabilidade traduz sempre a ideia de sujeição às consequências de um comportamento. Trata-se de um conceito de base ética, que remete originariamente para uma relação causal entre a adopção consciente e voluntária de um comportamento lesivo de valores socialmente relevantes — e, por isso, mercedores de protecção — e as consequências reprováveis resultantes de tal comportamento.

A consagração constitucional dos direitos fundamentais impõe sempre ao Estado, e a cada um dos seus poderes constituídos, deveres de subordinação e vinculação jurídicas de que, em geral, resultam para os particulares, correspondentes pretensões e

namentos de CRISTINA QUEIROZ — *Direito Constitucional, as instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Lisboa: Coimbra Editora, 2009, pp. 41-42.

⁽⁷³⁾ Veja-se os ensinamentos de PIERRE BON que alerta para a necessidade de protecção dos direitos económicos, sociais e culturais, enquanto genuínos «direitos». PIERRE BON — *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux: aspects de droit compare européen* in RFDUL, vol. XXXI, 1990, pp. 38-39.

⁽⁷⁴⁾ JORGE MIRANDA — *Manual de Direito Constitucional*, Direitos Fundamentais, Tomo IV, cit., pp. 113-114.

⁽⁷⁵⁾ JOSÉ CASALTA NABAIS — *Por uma liberdade com responsabilidade, estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 75-80.

⁽⁷⁶⁾ Sobre a intervenção pública no domínio económico privado, veja-se as lições

direitos de realização cuja consistência pode traduzir-se na titularidade de direitos subjectivos públicos, ou seja, direitos a exigir judicialmente, no interesse dos próprios⁽⁹⁸⁾.

Neste contexto, consoante a natureza e a importância dos valores lesados pelo comportamento, podem se conceber diversas espécies de responsabilidade do Estado:

- I) a responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, decorrente de um prejuízo causado a alguém⁽⁹⁹⁾;
- II) a responsabilidade disciplinar, resultante de um ilícito desta natureza;
- III) a responsabilidade criminal, consequência da prática de um crime, uma conduta muito grave, por pôr em causa valores decisivos da vida em sociedade⁽¹⁰⁰⁾;
- IV) a responsabilidade pelo exercício da função política⁽¹⁰¹⁾.

de ANA PRATA — *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra: Livraria Almedina, 1982, pp. 37-42.

⁽⁷⁷⁾ O caso paradigmático desta situação surgiu na qualificação da posição jurídica do titular da patente de um medicamento de referência, perante a administração e perante os requerentes, no contexto dos procedimentos administrativos de autorização e fixação do preço do medicamento genérico, cuja comercialização ofendia o exclusivo resultante dessa patente. Este foi o conflito que resultou entre o direito de propriedade industrial, de um lado, e a liberdade de exercício de uma actividade económica, do outro. J.C. VIEIRA DE ANDRADE — *A protecção do direito fundado em patente no âmbito do procedimento de autorização da comercialização de medicamentos* in RLJ, ano 138.º, n.º 3953, Coimbra Editora, 2008, pp. 70-96.

⁽⁷⁸⁾ Art. 1.º, n.º 3, da GG: “Os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente”. CLAUS-WILHELM CANARIS — *«Direitos Fundamentais e Direito Privado»* (tradução de *Grundrechte und Privatrecht* por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto), 2.ª reimpressão da edição de Julho/2003, Livraria Almedina, pp. 39-52.

⁽⁷⁹⁾ Neste particular, a razão está com CANARIS quando afirma: “As normas de direito privado têm muitas vezes uma clara natureza ofensiva e a circunstância de do outro lado da relação estar um titular de direitos fundamentais, e de a lei de direito privado servir frequentemente para o proteger, não pode alterar nada neste aspecto, desde logo, porque também normas de direito público — por exemplo as do direito penal, direito do urbanismo e do ambiente — visam muitas vezes, em igual medida, ou, mesmo, primariamente, a protecção individual de outras pessoas, e não apenas a promoção de interesses públicos”.

A responsabilidade do Estado resulta ainda do exercício das funções legislativa, administrativa, judicial⁽¹⁰²⁾ e política⁽¹⁰³⁾.

O sistema político e social da actualidade faz com que o Estado tenha um conjunto de novas responsabilidades, que ultrapassam os limites definidos no quadro do Estado liberal⁽¹⁰⁴⁾.

Os deveres estatais correlativos dos direitos fundamentais começaram por ser entendidos, na primeira fase do Estado constitucional, o Estado de Direito Liberal, como deveres de não intervenção, deveres de abstenção, de não interferência nas esferas da liberdade e autonomia dos particulares⁽¹⁰⁵⁾.

⁽⁸⁰⁾ Como refere GOMES CANOTILHO, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos e do dever de protecção de direitos fundamentais por parte do Poder Público em relação a terceiros na ordem jurídico-privada dos contratos. GOMES CANOTILHO — *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 192.

⁽⁸¹⁾ Também a doutrina espanhola discute a questão do acesso dos particulares às vias jurisdicionais quando haja uma violação de direitos fundamentais. LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO — *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Civitas Ediciones, 2003, p. 91.

⁽⁸²⁾ GIANCARLO ROLLA — *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici* in AAVV, *Tecniche de Garanzia dei Diritti Fondamentali*, (à cura di Giancarli Rolla), Centro di Ricerca e Formazione sul Diritto Costituzionale Comparato — Quaderni Per La Ricerca, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 49-50.

⁽⁸³⁾ JORGE REIS NOVAIS — *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*, cap. IV [em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)], Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 164-165.

⁽⁸⁴⁾ VITAL MOREIRA — *A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional* in AAVV, BFDC, Boletim Comemorativo do 75.º Tomo do BFD, 2003, pp. 845-846.

⁽⁸⁵⁾ CARLOS BLANCO DE MORAIS — *Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos Direitos Fundamentais: Apontamento sobre os passos de uma evolução subjectiva*

Porém, à medida que o Estado Liberal deu lugar ao Estado Social, as preocupações passaram a centralizar-se nas condições fácticas inerentes à liberdade e cidadania, como as relacionadas com a redistribuição da riqueza ou a prestação generalizada de serviços públicos; trata-se de preocupações com efectividade institucional e participação igualitária à luz de uma nova concepção legal da pessoa humana⁽¹⁰⁶⁾.

O dever estatal de respeito aos direitos fundamentais traduz-se hoje num dever de abstenção na liberdade e bem-estar dos particulares garantidas pelos direitos fundamentais⁽¹⁰⁷⁾.

Em sentido diametralmente oposto, o Estado não deixa de estar vinculado a um dever positivo de protecção dos direitos fundamentais, seja contra ameaças ou agressões de terceiros; sejam eventos de ordem natural que pertencem ao núcleo de protecção da sociedade de risco (catástrofes naturais, actividades perigosas, riscos tecnológicos)⁽¹⁰⁸⁾.

2. Os Meios de Tutela da Responsabilidade pela Violação de Direitos Fundamentais

A posição jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, bem como a pormenorização e abertura da respectiva positivização, levando ainda em consideração a sua eficácia jurídica, são os aspectos cruciais na obtenção de um desiderato de efectividade desses mesmos direitos fundamentais⁽¹⁰⁹⁾.

Mas sem a implementação de mecanismos de ordem prática destinados à sua defesa, nunca essa efectivização poderia concreti-

vista in AAVV, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, Almeida, Coimbra, 2003, p. 106.

⁽⁸⁶⁾ No mesmo sentido, vide JORGE REIS NOVAIS — *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*, cit., pp. 184-185.

⁽⁸⁷⁾ A origem da vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais está relacionada com as mutações históricas das características da lei e do poder legislativo, bem como do próprio processo legislativo. Neste sentido, JOÃO CAUPERS refere que a constatação de que não só a lei como outras formas de manifestação do poder eram susceptíveis de ofender os direitos fundamentais dos cidadãos é que levou ao alargamento da protecção.

zar-se e penetrar na realidade constitucional do quotidiano dos cidadãos que fossem turbados na titularidade e exercício dos seus direitos⁽¹¹⁰⁾.

Contudo, tornou-se indispensável contar, no plano do direito constitucional, com o contributo de duas instâncias do poder público que podem neste âmbito desempenhar um papel indiscutível, numa dicotomia entre duas espécies de tutela dos direitos fundamentais: I) a tutela não contenciosa e; II) a tutela contenciosa.

A tutela não contenciosa corresponde ao conjunto de mecanismos que determinam a possibilidade de defender os direitos fundamentais sem ser necessário recorrer aos tribunais. Como exemplos desta figura podem nomear-se o direito de resistência à ofensa de direitos, liberdades e garantias (art. 21.º, da CRP)⁽¹¹¹⁾. Como refere JORGE MIRANDA, o direito de resistência pode ser exercido contra actos de outros poderes que não os poderes públicos; e impõe-se analogamente nas relações entre particulares⁽¹¹²⁾. Para além disso, deverá salientar-se a figura da desobediência colectiva, traduzindo uma conduta pública e não violenta de uma pluralidade indeterminável de pessoas, que se revelará um mecanismo de autotutela privada colectiva e garantística promovedora do Estado de Direito democrático. No limite, a desobediência civil, desde que pacífica, é ainda uma expressão constitucional inerente ao próprio Estado democrático de Direito, sendo legítima a sua utilização para a defesa das respectivas instituições, princípios e valores⁽¹¹³⁾.

A sua defesa muitas vezes passa pela consciencialização do poder público para o respectivo cumprimento, através de instru-

vide JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, Lisboa, 1985, p. 152.

⁽⁸⁸⁾ Segundo JORGE MIRANDA, a vinculação dos tribunais aos preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais traduz-se na atribuição de eficácia aos direitos fundamentais dentro do sistema jurídico e na não aplicação de preceitos legais que violem direitos fundamentais (art.204.º, da CRP). JORGE MIRANDA — *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, cit., pp. 297-298.

mentos que possam interferir junto dos próprios titulares do poder que ofende esses direitos⁽¹¹⁴⁾. Deste modo, é igualmente de referir órgãos que, não fazendo parte dos tribunais, podem da mesma forma exercer uma actividade de controlo quanto ao respeito da defesa dos direitos fundamentais, a partir de uma actuação independente — é o caso do Provedor de Justiça (art. 23.º, da CRP)⁽¹¹⁵⁾. Deve notar-se o modo de publicidade dado à actividade do *Ombudsman*, que, na sua forma típica, consiste na apresentação de relatórios anuais, em regra ao órgão competente para a designação do respectivo titular, para além de “dar conta” da actividade desenvolvida (o que evidencia, por seu turno, o sentido de responsabilidade na actuação do *Ombudsman*)⁽¹¹⁶⁾.

Está em causa, em primeiro lugar, a Administração Pública, cabendo-lhe boa parte das responsabilidades nas violações que são cometidas. Ora, há meios destinados a fazer ver à actuação administrativa da necessidade de rever os actos praticados, com isso se restabelecendo a juridicidade no que respeita aos órgãos administrativos, como p. ex. o direito de informação por parte dos particulares sobre o andamento de processos em que sejam directamente interessados (art. 268, n.º 1, da CRP)⁽¹¹⁷⁾.

(89) Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, 2.ª ed., Tomo III, Lisboa: Livraria Almedina, 2009, p. 408; VIEIRA DE ANDRADE — *Panorama Geral do Direito da Responsabilidade Civil da Administração Pública em Portugal*, in *La Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, AAVV, Madrid, 1999, p. 39.

(90) No mesmo sentido, vide. FRANÇOIS-CHARLES BOUSQUET — *La responsabilité de l'État du fait des dispositions constitutionnelles*, in *Revue du droit public*, 2007, p. 937.

(91) A extensão a todos os poderes públicos também existe na responsabilidade civil do Estado, nos termos do art. 22.º, da CRP: “o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis(...)”.

(92) GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 419.

A tutela contenciosa implica que a defesa dos direitos fundamentais seja levada a cabo por órgãos de natureza jurisdicional, com tudo quanto isso acarreta no modo de decidir e nos parâmetros de decisão (arts. 20.º e 202.º, da CRP)⁽¹¹⁸⁾.

O efeito prático dessa protecção desemboca depois na (I) desvalorização dos actos jurídico-públicos que violem os direitos fundamentais⁽¹¹⁹⁾ ou na (II) imposição de deveres de indemnização de acordo com mecanismos da responsabilidade civil⁽¹²⁰⁾, ou mesmo da responsabilidade penal⁽¹²¹⁾.

O meio de tutela contenciosa para a protecção de direitos fundamentais que iremos aprofundar é o do direito à reparação de danos em sede de responsabilidade civil, por violação dos direitos, liberdades e garantias, nos termos do qual: «O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos liberdades e garantias ou prejuízo para outrem»⁽¹²²⁾.

⁽⁹³⁾ No mesmo sentido, vide JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO — *Direitos Fundamentais*, cit., p. 90.

⁽⁹⁴⁾ Esta temática importaria a análise do art. 270.º, da CRP, e uma proposta de solução ao problema assim colocado por JOÃO CAUPERS, cit., p. 155: “*a especial vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais coloca uma questão particularmente importante: devem os poderes públicos aplicar uma norma legal ou regulamentar que consideram ofender uma disposição constitucional que reconhece um direito fundamental*”. A administração pode verificar a inconstitucionalidade das normas a aplicar, embora valha uma presunção de constitucionalidade; o órgão administrativo, não podendo suspender a lei e tendo de optar pela aplicação ou não aplicação, deverá não a aplicar se a inconstitucionalidade for evidente; sendo ainda possível acrescentar que, se o não for, o órgão poderá não aplicar se estiver convencido da inconstitucionalidade e os efeitos da não aplicação não forem superiores aos prejuízos resultantes da aplicação.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. PAULO OTERO — *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, nota 313, p. 181.

⁽⁹⁶⁾ Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, *A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, in RDES, n.º 2, 1987, que distingue uma eficácia interpretada “horizontal”, quando estejam em causa relações de poder-sujeição, e uma eficácia interpretada “externa”, quando os sujeitos privados, na medida em que se encontram num plano em que não se descortina uma desigualdade material, apenas fiquem adstritos a um dever geral de respeito de um direito, liberdade ou garantia constituído numa relação relativamente à qual são terceiros. No primeiro caso, os direitos fundamentais valem directamente contra particulares, as entidades têm o dever não só de respeitar, como fazer efecti-

3. A Entrada em Vigor da LRCEE

Perante a impossibilidade de desenvolver todos os tipos possíveis de responsabilidade dos poderes públicos, optámos por dedicar o nosso estudo à Responsabilidade Civil do Estado, na medida em que se trata de uma matéria relativamente recente.

O factor determinante para a criação de um novo regime de responsabilidade das entidades públicas foi de origem europeia e internacional⁽¹²³⁾. Efectivamente, o direito europeu compreende soluções muito claras a este respeito, directamente aplicáveis entre nós pelos tribunais e pela própria administração, com preferência, como é bem sabido, sobre quaisquer normas internas de sinal contrário, beneficiando com isso eventualmente o cidadão nacional por actos das entidades públicas. O regime europeu da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas é fonte directa do nosso Direito, de modo radical depois da sexta revisão constitucional de 2004⁽¹²⁴⁾, como se sabe, e, portanto, cumpria, a bem de evitar conflitos, corrigir as soluções nacionais à medida das europeias⁽¹²⁵⁾.

A LRCEE entrou em vigor no dia 30 de Janeiro de 2008⁽¹²⁶⁾. O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado foi, durante décadas, regulado, essencialmente, pelo Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967⁽¹²⁷⁾ e por algumas normas do CPP⁽¹²⁸⁾. Considerava-se que abrangia apenas os actos integrados na função administrativa do Estado.

var (dever de colaboração). No segundo, ao invés, está apenas em causa assegurar o

A criação do regime da LRCEE esteve prestes a concretizar-se em múltiplas situações, durante largos anos, e foi precedida de um projecto de lei e de três propostas de lei⁽¹²⁹⁾.

A primeira observação que a LRCEE justifica prende-se com o seu âmbito material: ao contrário do diploma anterior, o novo regime legal aplica-se à responsabilidade civil extracontratual decorrente de actos das funções administrativa, legislativa e judicial do Estado (art. 1.º, n.º 1, da LRCEE)⁽¹³⁰⁾.

Acrescente-se ainda que a LRCEE, salvaguarda os regimes especiais de responsabilidade civil por danos decorrentes da função administrativa, como é o caso do regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais (art. 2.º, da LRCEE).

No que respeita ao âmbito subjectivo, muito embora subsista a referência ao Estado e demais pessoas colectivas de direito público⁽¹³¹⁾, o legislador alarga o âmbito de aplicação subjectiva do novo regime legal às pessoas colectivas de direito privado que actuem com prerrogativas de Poder Público ou sob a égide de prin-

conteúdo essencial desses direitos. VASCO PEREIRA DA SILVA proclama uma vinculação total relativamente às entidades públicas e uma vinculação quase total quanto às entidades privadas dotadas de poder. Isto porquanto, segundo afirma, faz sentido que os direitos, liberdades e garantias vinculem as entidades privadas, mas não faz sentido que as obriguem nos mesmos termos e com a mesma força, uma vez que se a erupção dos grupos implicou que os direitos fundamentais se aplicassem nas relações interprivadas, a História sugere que o seu destinatário preferencial continua a ser o Estado e as demais entidades públicas.

⁽⁹⁷⁾ Como salienta VIEIRA DE ANDRADE, é certo que, neste caminho, importa a existência, nas relações jurídicas em causa, de entidades com poderes públicos, com competências ou prerrogativas de autoridade. Esta situação de “supremacia enquanto expressão do poder — impõe uma protecção especial dos direitos, liberdades e garantias dos indivíduos. A sujeição aos direitos dos cidadãos é a contrapartida de um privilégio de poder, ou, noutra perspectiva, uma defesa contra as arbitrariedades ou os abusos deste. Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pp. 222-223.

cípios e regras de direito administrativo (art. 1.º, n.º 2, da LRCEE), aproximando-se assim de uma concepção material da Administração Pública (como actividade e não como organização)⁽¹³²⁾.

Observe-se ainda que a LRCEE também se aplica à responsabilidade dos titulares do órgão, funcionários⁽¹³³⁾ e agentes públicos⁽¹³⁴⁾, trabalhadores, titulares dos órgãos sociais e representantes legais ou auxiliares (art. 1.º, n.º 5, da LRCEE)⁽¹³⁵⁾.

Quanto aos pressupostos da responsabilidade civil são os gerais: ilicitude, culpa, dano, e nexos de causalidade entre culpa e dano. Mas, para além destes elementos gerais, há um regime particular que assenta nos seguintes traços: I) a responsabilidade é solidária (envolvendo tanto o Estado como os titulares, funcionários e agentes); II) Pode haver responsabilidade tanto por acções como por omissões (p.ex., por grave omissão legislativa ou por insuficiente protecção de um direito pessoal; III) Pode haver responsabi-

⁽⁹⁸⁾ Sobre a natureza de direito subjectivo dos direitos fundamentais, vide TIAGO FREITAS — *O Princípio da Proibição de retrocesso social* in Estudos de Homenagem ao Professor Marcello Caetano, II, 2006, p. 790.

⁽⁹⁹⁾ O princípio da responsabilidade civil do Estado tem vindo a ser esvaziado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, na medida em que esta considera que o art. 22.º, da CRP, não atribui direitos subjectivos, modelando apenas o instituto da responsabilidade civil cuja densificação terá de ser deixada ao legislador. Vide *Ac. n.º 236/2004, do TC*, disponível no sítio da Internet em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040236.html>, consultado em 09 de Fevereiro de 2010; *Ac. n.º 5/2005, do TC*, disponível no sítio da Internet em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050005.html>, consultado em 09 de Fevereiro de 2010 e; *Ac. n.º 13/2005, do TC*, disponível no sítio da Internet em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050013.html>, consultado em 09 de Fevereiro de 2010. No mesmo sentido, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO — *Direitos Fundamentais*, cit., p. 103.

⁽¹⁰⁰⁾ A Constituição da República Portuguesa adopta esta duplicação: o art. 22.º estabelece a responsabilidade civil do Estado e de outras entidades públicas e três normas constitucionais regulam ainda, a título individual, a responsabilidade criminal do Presidente da República (art. 130.º), a responsabilidade criminal dos deputados (art. 157.º) e a responsabilidade criminal dos membros do Governo (art. 196.º).

⁽¹⁰¹⁾ É o caso da função política, p. ex., da função de condução das relações externas do Estado, quando a ilicitude se funde num acto jurídico e não num acto político.

Tomemos como exemplo um tratado internacional mal negociado por um Estado com um Estado vizinho sobre caudais de rios, de onde resulte danos evidentes para pessoas públicas ou privadas do primeiro dos Estados: p. ex., enxuradas, destruição de imóveis ou outros bens, danos físicos em pessoas, etc. Neste caso, o Estado é civilmente responsável ainda que não o seja pelo exercício das funções legislativa, administrativa ou judicial.

A função política corresponde à prática de actos que exprimem opções sobre a defi-

lidade tanto por actos políticos e legislativos inconstitucionais (*caso Aquaparque*) como por actos administrativos e jurisdicionais.

A Lei 67/2007, de responsabilização assenta nas ideias de ilicitude e de culpa.

Começando pela ilicitude, esta consiste numa acção ou omissão violadora de princípios e regras constitucionais, legais ou regulamentares; de regras técnicas; de deveres objectivos de cuidado (art. 9.º, n.º 1, da LRCEE); ou resultante do funcionamento anormal do serviço (art.7.º, n.º 3, da LRCEE).

Neste contexto legal, cabe referir a dificuldade de preencher o requisito da ilicitude devido ao problema da distinção entre ilicitude e ilegalidade⁽¹³⁶⁾. Este problema desencadeia a questão da irrelevância ressarcitória de vícios de forma, de procedimento ou de competências das actuações administrativas, por não serem afectadas substancialmente posições jurídicas subjectivas dos particulares⁽¹³⁷⁾.

A responsabilidade objectiva do Estado pelo funcionamento anormal do serviço, não é mais do que a consagração legal da figura francesa da *faute du service*⁽¹³⁸⁾.

nição e prossecução dos interesses essenciais da colectividade, e que respeitam, às relações dentro do poder político e deste com outros poderes políticos. Como refere H. F. KOEHLIN, existem inúmeras situações de responsabilidade política pelo exercício da função diplomática, tais como as questões desencadeadas por protestos de países prejudicados pela distribuição de benefícios nos tratados internacionais, os abusos da colonização, ou práticas de discriminação contra cidadãos estrangeiros. H. F. KOEHLIN, — “*La responsabilité de l’État*” en dehors des contrats de l’an VIII à 1873 (étude de jurisprudence), Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1957, p. 25.

⁽¹⁰²⁾ Esta responsabilidade faz incorrer o Estado na obrigação de indemnizar, exclusiva ou solidária com a responsabilidade do juiz, por danos causados com decisão deste, designadamente por erro (arts. 12.º a 14.º, da Lei 67/2007, de 2007). Para mais desenvolvimentos, vide JOÃO AVEIRO PEREIRA — *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais*, Coimbra Editora, 2001, pp. 49-50.

⁽¹⁰³⁾ Temos dúvidas em concordar que o ordenamento jurídico autonomize a responsabilidade política face à responsabilidade civil, disciplinar e criminal. Neste particular, a responsabilidade política é um instituto sem autonomia para analisar a ilicitude, a menos que se pretenda uma ordem jurídica sem resposta para todos os pressupostos da teoria geral da responsabilidade (civil, criminal ou disciplinar): ilicitude, culpa, imputação da responsabilidade, prova, nexo de causalidade; em sentido diametralmente oposto, vejam-se as opiniões de PEDRO LOMBA — *Teoria da Responsabilidade Política*, Coimbra Editora, 2008, pp. 52-53 e; EDUARDO, GARCIA DE ENTERRÍA, *El principio de “la responsabilidad de los poderes públicos” según el art. 9.3 de la Constitución y de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*,

Quanto à culpa, esta decorre de um comportamento adoptado com diligência ou aptidão inferiores àquelas que fosse razoável exigir, no caso, a um titular de órgão administrativo, funcionário ou agente zeloso e cumpridor, com base nos princípios e regras jurídicas relevantes (art. 10.º, n.º 1, da LRCEE)⁽¹³⁹⁾.

A culpa pode revestir duas modalidades⁽¹⁴⁰⁾:

- I) Culpa grave, mais séria, quando o autor da conduta ilícita haja actuado com dolo ou diligência e zelo manifestamente inferiores àquele a que se encontrava obrigado em razão do cargo (art. 8.º, n.º 1, da LRCEE)⁽¹⁴¹⁾;
- II) A culpa leve, menos séria, não está definida na lei, ocorrendo quando o autor da conduta ilícita haja actuado com diligência e zelo inferiores, mas não manifestamente inferiores, àquelas a que se encontrava obrigado⁽¹⁴²⁾.

in REDC, Ano 23, n.º 67 — Jan/Abr.2003, pp. 27-28. Enquanto o primeiro admite que o mesmo facto jurídico pode accionar, em simultâneo, os três tipos de responsabilidade, na medida em que qualquer pessoa pode ser objecto de imputações civis, criminais e políticas, o último interpreta o artigo 9.3 da Constituição espanhola e escreve que a responsabilidade aí consagrada é a responsabilidade mais geral, e política, dos titulares de cargos públicos, existindo *per se*, enquanto figura jurídica autónoma e independente das demais responsabilidades (civil, disciplinar e criminal): “*la responsabilidad política es una forma de responsabilidad...que constituye un género por sí mesma y por tanto no es una forma de responsabilidad jurídica*”.

⁽¹⁰⁴⁾ VICENTE DE PAULO BARRETO — *Globalização, Direito Cosmopolito e direitos humanos*, in *Revista O Direito*, n.º 138, II, 2006, p. 286.

⁽¹⁰⁵⁾ JORGE REIS NOVAIS — *Direitos Sociais*, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 256.

4. A Responsabilidade pela Função Legislativa

O legislador é quem recebe o mandato mais alargado para a efectivação dos direitos e liberdades fundamentais, mandato que envolve múltiplas dimensões: I) uma dimensão negativa⁽¹⁴³⁾ (o legislador não pode editar leis que afectem desfavoravelmente o conteúdo jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, quer por contradição ou lesão directa, quer por violação dos requisitos constitucionais aplicáveis); II) uma dimensão positiva⁽¹⁴⁴⁾ (ao concretizar, desenvolver e configurar os direitos fundamentais e a própria ordem jurídica, o legislador está vinculado a adoptar as soluções que se conformem com os efeitos de protecção das normas de direitos, liberdades e garantias)⁽¹⁴⁵⁾; III) uma dimensão protectora (existe, particularmente para o legislador, um dever geral de protecção e diversos deveres especiais de protecção de direitos, liberdades e garantias, seja essa protecção jurídica ou não jurídica).

A problemática da responsabilidade civil do Estado não pode ser equacionada apenas como uma questão respeitante ao exercício da função administrativa, estando justamente na ordem do dia o problema da responsabilidade do Estado tanto pelo exercício da função jurisdicional, incluindo por erros judiciários fora do domínio processual penal, assim como no próprio âmbito do exercício da função político-legislativa⁽¹⁴⁶⁾.

Por outro lado, com a crescente afirmação e teorização dos deveres de protecção dos direitos fundamentais, i.e., deveres que têm como destinatário, não já os privados que põem em perigo os

⁽¹⁰⁶⁾ VASCO PEREIRA DA SILVA — *A Cultura a que tenho direito*, cit., p. 33.

⁽¹⁰⁷⁾ JORGE REIS NOVAIS — *Direitos Sociais*, cit., p. 257.

⁽¹⁰⁸⁾ DOMÉNECH PASCUAL — *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*, Madrid, 2006.

⁽¹⁰⁹⁾ Como refere JORGE MIRANDA, a primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento. Só quem tem consciência dos seus direitos é que os pode efectivar quando eles são violados. JORGE MIRANDA — *Manual de Direito Constitucional*, Direitos Fundamentais, cit., p. 317.

bens fundamentais, mas antes o próprio Estado, que assume por esta via o papel de uma espécie de garante dos direitos fundamentais, admite-se inclusivamente uma pretensão de que o Estado proteja os particulares das agressões de terceiros⁽¹⁴⁷⁾.

Deste modo, a consagração de um regime legal de responsabilidade do Estado e das regiões autónomas por acções ou omissões ilícitas cometidas no exercício da função político-legislativa revela-se de especial alcance⁽¹⁴⁸⁾.

As situações de ilicitude são as que se reportam à ofensa de direitos fundamentais, quando esteja em causa a violação evidente do dever de protecção⁽¹⁴⁹⁾, bem como a lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos, quando resulte a violação de normas constitucionais⁽¹⁵⁰⁾, de valor reforçado, ou de direito internacional ou comunitário, assim confirmando a superioridade hierárquica destas relativamente ao direito interno de nível legislativo ou político (art. 15.º, n.º 1, da LRCEE).

Efectivamente, indemnizável é não apenas a violação de direitos, liberdades e garantias, mas também o prejuízo para outrem. O leque de situações danosas abrangidas é assim muito amplo.

(110) Cfr. PAULO OTERO — *Direito Constitucional Português*, vol. I, Identidade Constitucional, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 106.

(111) Cfr. MARIA DA ASSUNÇÃO ESTEVES — *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, Lisboa, 1989, p. 238; JOSÉ ANTÓNIO ESTEVEZ ARAUJO — *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, 1994, p. 13; MARIO TURCHETTI — *Tyrannie et tyrannicide à nos jours*, Paris, 2001, p. 935.

(112) JORGE MIRANDA — *Manual de Direito Constitucional*, cit., p. 408.

(113) Sobre o recorte da desobediência civil, vide CARLOS BLANCO DE MORAIS — *Justiça Constitucional*, Tomo I, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 96; JÜRGEN HABERMAS, *La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de Derecho*, in JÜRGEN HABERMAS, *Ensayos Políticos*, Barcelona, 2000, p. 51.

Mas não se pense que qualquer dano é indemnizável. A CRP não exige isso⁽¹⁵¹⁾. Há limites aos danos a considerar para efeitos de indemnização designadamente quando está em causa a responsabilidade puramente objectiva e exclusiva das entidades públicas. A CRP considera que a violação dos direitos subjectivos é fundamento bastante da obrigação de indemnizar das entidades públicas por responsabilidade. O dano consiste assim na violação dos direitos, liberdades e garantias⁽¹⁵²⁾, bem como dos direitos fundamentais de natureza análoga⁽¹⁵³⁾. É pois fundamentalmente no terreno da violação daqueles direitos que se coloca a questão da natureza do dano indemnizável.

A violação de direitos, económicos, sociais e culturais como fundamento de dano também deve estar incluída na obrigação de indemnizar⁽¹⁵⁴⁾.

Uma vez que o conceito civilístico de culpa se coaduna mal com a liberdade de conformação inerente à função política e com o contraditório inerente ao pluralismo parlamentar, o legislador optou por evitar o apelo a um conceito de culpa na apreciação do contexto que rodeou a conduta lesiva, nomeadamente quando se pretende saber se a actuação do legislador abstracto corresponde a padrões objectivamente exigíveis nas circunstâncias do caso concreto.

A responsabilidade por acção, decorrente de actos praticados no exercício da função político-legislativa fica ela consagrada em termos gerais no novo diploma, compreendendo todos os danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos (lei).

⁽¹¹⁴⁾ Sobre os instrumentos que podem interferir com o poder público, refira-se o Direito de Petição (art. 52.º, n.º 1, da CRP), que foi primeiramente inserido na Constituição monárquica de 1822. No essencial este direito possui uma dupla natureza. Por um lado é classificado como um direito de participação política dos cidadãos e tem por objecto quer a defesa de direitos pessoais (reclamações e queixas), quer a defesa da Constituição, das leis ou do interesse geral (petições e representações). Por outro lado, consubstancia também uma garantia não contenciosa para a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos. CATARINA SANTOS BOTELHO — *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais*, cit., pp. 120-121.

⁽¹¹⁵⁾ ANA NEVES — *O Provedor de Justiça e a Administração Pública*, in *Estudos em homenagem ao Prof. JOAQUIM MOREIRA DA SILVA CUNHA*, AAVV, Coimbra: Coimbra

Pelo que toca aos danos resultantes das omissões, verifica-se que a consagração da responsabilidade por omissão legislativa é uma solução necessária para uma ordem jurídica em que a omissão de comportamentos releva ao ponto de constituir motivo para uma decisão de inconstitucionalidade.

O diploma prevê a responsabilidade por situações de omissão ilícita de providências legislativas necessárias para tornar executíveis normas constitucionais⁽¹⁵⁵⁾, logo acrescentando que essa responsabilidade dependerá de prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo TC⁽¹⁵⁶⁾.

A responsabilidade do Estado por danos decorrentes de actos praticados no exercício da função legislativa suscitou um animado debate, constitucional e administrativo⁽¹⁵⁷⁾. Muito embora exista uma posição doutrinária claramente maioritária, não existe unanimidade na doutrina quanto à susceptibilidade do art. 22.º da CRP, abranger também esta espécie de responsabilidade⁽¹⁵⁸⁾.

Segundo MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, a forma ampla como o artigo 22.º da Constituição define a matéria da responsabilidade não oferece dúvidas. As fórmulas usadas — «Estado e demais entidades públicas», «actos ou omissões praticados no exercício das suas funções pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes» são de molde a abranger a actuação do Estado no campo jurisdicional, legislativo, político e administrativo⁽¹⁵⁹⁾.

Editora, 2005, p. 51.

⁽¹¹⁶⁾ Como afirma ANA NEVES, a publicidade é também um instrumento da responsabilidade pública do Provedor de Justiça. ANA NEVES — *O Provedor de Justiça e a Administração Pública*, cit., p. 91.

⁽¹¹⁷⁾ Como refere JORGE MIRANDA, o direito de informação dos administrados é um verdadeiro e próprio direito, liberdade e garantia, um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos enunciados no Título II, da parte I, da Constituição. JORGE MIRANDA — *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, cit., p. 218; JORGE MIRANDA — *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, cit., p. 159.

No mesmo sentido se pronunciaram DIOGO FREITAS DO AMARAL e RUI MEDEIROS, chamando nomeadamente a atenção para que o art. 22.º consagraria um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e que, por isso, a inércia do legislador ordinário não obstará à sua directa invocação pelos particulares⁽¹⁶⁰⁾.

Em apoio desta posição tem sido chamado à colação o direito comunitário. No mencionado escrito de RUI MEDEIROS e DIOGO FREITAS DO AMARAL, os autores cotejam longamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça, sublinhando a relevância para o problema em apreço do Ac. *Brasserie du pêcheur /Factortame*, que firmou no direito comunitário jurisprudência no sentido da responsabilidade dos Estados-Membros por actos legislativos praticados no âmbito da transposição de directivas.

A voz discordante nesta matéria foi a de MARIA LÚCIA AMARAL, que sustenta a inexistência de responsabilidade civil do Estado por prejuízos causados por actos da função legislativa, lícitos ou ilícitos. Vejamos o essencial da sua argumentação. Segundo a autora, falar da existência de responsabilidade civil do Estado por actos legislativos lícitos é falar de um contrasenso. Esta asserção é fundada na circunstância de, em sua opinião, uma lei que seja «lícita» só poder causar prejuízos a privados num único caso: quando imponha a estes sacrifícios graves e especiais que mereçam ser compensados justamente pelo carácter de gravidade e de especialidade de que se revestem. Só que, se tal for o caso, aquilo que, na aparência, surge como um problema de “responsabilidade” do Estado por prejuízos causados por leis, revela-se assim, à reflexão, como um problema de validade, ou de constitucionalidade, dos actos legislativos que “prejudicam”⁽¹⁶¹⁾.

Restariam, pois, as leis “ilícitas”.

⁽¹¹⁸⁾ MARC-ANDRÉ EISSEN — *Le Droit à un tribunal dans la jurisprudence de la Commission* (article 6, § 1, de la Convention Européenne des Droits de l’Homme), in *Miscellanea W. J. Ganshof Van Der Meersch*, AAVV, I, Bruxelas, 1972, p. 455; FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO — *Los sistemas de garantías jurisdiccionales de los derechos*, in Manuel Fraga — *Homenage Academico*, AAVV, Madrid, 1997, p. 463; MARCELA ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA — *Prestação Jurisdicional e Estado Democrático de Direito*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 85, Julho de 1997, p. 103.

⁽¹¹⁹⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA — *Orgânica Judicial, Responsabilidade dos Jui-*

Sucedo, porém, que a autora considera que o conceito de “ilicitude” não é sinónimo de anti-juridicidade, antes remetendo para um tipo particular de comportamento anti-jurídico, que se consubstancia na omissão do comportamento devido, que vincula certo sujeito de direito a outro sujeito. Ora, nenhum particular individualmente considerado pode ser considerado como “titular” de um direito “subjectivo” à emissão de leis conformes à Constituição⁽¹⁶²⁾.

Nesta lógica, MARIA LÚCIA AMARAL rejeita a hipotética criação de uma acção autónoma de responsabilidade do Estado por prejuízos causados pelos chamados “factos ilícitos” do legislador, que consubstanciaría uma forma nova, atípica, de controlo da constitucionalidade, forma essa que é estranha ao sistema de justiça constitucional⁽¹⁶³⁾.

Restaria, conclui a autora, uma possibilidade: o apuramento da responsabilidade por actos legislativos “ilícitos” ser feito a título subsidiário, uma vez obtida uma decisão de inconstitucionalidade e apenas nos casos em que a eficácia retroactiva desta última decisão se não tenha mostrado capaz de eliminar todos os prejuízos sofridos pelo privado por causa da vigência da lei inconstitucional e durante o período de tempo que mediou entre o momento da entrada em vigor da lei e o momento da certificação jurisdiccional da sua invalidade⁽¹⁶⁴⁾.

Sucedo que, o preceito começa por afirmar preemprtoriamente o princípio da responsabilidade civil do Estado e das regiões autónomas pelos danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por actos que, no exercício da função político-legislativa, pratiquem, em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário, ou acto legislativo de valor reforçado (art. 15.º, da LRCEE).

Neste contexto, importa referir três observações.

zes e Tribunal Constitucional, Lisboa, 1992, pp. 8-9; PAULO DE CASTRO RANGEL — *Reserva de Jurisdição — sentido dogmático e sentido jurisprudencial*, Porto, 1997; RUI MEDEIROS E MARIA JOÃO FERNANDES, anotação ao art. 202.º, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, III, Coimbra, 2007, p. 13.

⁽¹²⁰⁾ Seria com a Constituição de 1976 que se estabelecería o princípio da responsabilidade civil pelos danos causados no exercício das funções do Estado aos direitos, liberdades e garantias dos particulares (art. 22.º, da CRP), através do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro, que iria vigorar — embora não sem levantar problemas de inconstitucionalidade superveniente — até à Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

⁽¹²¹⁾ A Constituição de 1976 alargou o princípio da responsabilidade criminal por

A primeira observação que o preceito justifica vai no sentido do reconhecimento de que, para o legislador, a responsabilidade civil por acto legislativo (ou omissão legislativa) consubstancia um comportamento antijurídico subjectivável — chame-se-lhe ou não ilícito (e o legislador chama-lhe, bem ou mal, assim, no n.º 4, do art. 15.º, da LRCEE). Parece que existe mesmo um direito a que não sejam praticados actos — ou não ocorram omissões — contrários à Constituição, pelo menos na medida em que produzam danos anormais a certas pessoas⁽¹⁶⁵⁾.

A segunda observação tem a ver com a articulação que o legislador estabeleceu entre a desconformidade constitucional da lei e a susceptibilidade de reparação dos danos causados por esta (art. 15.º, n.ºs 2 e 5, da LRCEE). Na verdade, nos termos destas disposições, o direito à reparação dos danos depende de duas condições: a anormalidade destes e a prévia emissão de um juízo de inconstitucionalidade sobre a lei ou a omissão legislativa danosa. Esta articulação confirma que, na lógica do legislador, a produção de leis inconstitucionais ou contrárias a convenções internacionais vinculativas do Estado português não só consubstancia um comportamento antijurídico, como, se o dano produzido for anormal, gera na esfera jurídica do lesado um verdadeiro direito subjectivo público à sua reparação.

A terceira observação vai para a aferição da antijuridicidade: esta não se contenta com a ofensa do texto constitucional, antes ponderando também a desconformidade da lei interna ordinária com o direito internacional, com o direito da UE e com as leis de valor reforçado⁽¹⁶⁶⁾.

actos e omissões no exercício das suas funções a todos os titulares de cargos políticos (art. 120.º; hoje art. 117, n.º 1, da CRP).

⁽¹²²⁾ Como refere JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, o princípio da responsabilidade civil do Estado constitui um corolário do princípio do Estado de Direito e diversamente do princípio da protecção da confiança, obteve uma previsão expressa no art. 22.º, da CRP.

Claro que o legislador, tendo feito a sua opção — que terá por certo entendido decorrer da Constituição — não ignorou as dificuldades do tema. Prudentemente, estabeleceu que a existência e a extensão da responsabilidade são determinadas em cada caso concreto, fornecendo três critérios para iluminar esta determinação. O primeiro critério diz respeito ao grau de clareza e precisão da norma violada (sabendo-se que as normas constitucionais comportam níveis de densificação muito variáveis); o segundo respeita ao tipo de inconstitucionalidade — material, orgânica ou formal; e, finalmente, o terceiro relaciona-se com a circunstância de terem sido adoptadas ou omitidas diligências susceptíveis de evitar a situação de ilicitude (cfr. art. 15.º, n.º 4, da LRCEE).

A norma do art. 15.º, n.º 3, da Proposta de Lei, previa a responsabilidade civil do Estado com fundamento em violação evidente do dever de protecção de direitos fundamentais, visando incluir no ilícito omissivo a violação do dever de legislar, por parte do Estado, sobre matéria atinente aos direitos fundamentais. Essa possibilidade versava sobre as situações em que o Estado se tivesse abtido de intervir legislativamente de modo a assegurar a necessária protecção de direitos fundamentais dos cidadãos, quando esses direitos, reconhecidos constitucionalmente, carecessem de regulamentação legal.

Em todo o caso, apesar de os preceitos constitucionais respeitantes a direitos fundamentais serem directamente aplicáveis (art. 17.º, n.º 1, da CRP), poderá entender-se necessário, em certos casos, garantir por via legislativa um maior grau de determinabilidade do direito, precisando melhor o seu conteúdo jurídico quanto aos pressupostos de facto, consequências jurídicas e âmbito de protecção. Não fica, por conseguinte, afastado um direito indemnizatório quando se venha a constatar uma inconstitucionalidade por omissão. Ou seja, quando se possa concluir que uma norma constitucional que prevê um direito fundamental não é exequível, em toda a sua dimensão, por falta de integração legislativa⁽¹⁶⁷⁾. No

Cfr. MELO ALEXANDRINO — *Direitos Fundamentais*, Introdução Geral, Cascais: Principia, 2007, p. 102.

⁽¹²³⁾ Veja-se o n.º 5, do art.5.º, da CEDH, aprovada para ratificação pela Lei

entanto, a existência de inconstitucionalidade tem de ser previamente declarada pelo TC (art. 15, n.º 5, da LRCEE)⁽¹⁶⁸⁾.

§5. Conclusões

As origens dos direitos do Homem, entendidos como um conjunto de normas que visam defender a pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado confundem-se na luta do Homem pelos seus direitos e liberdades inerentes à sua condição e dignidade. A Antiguidade associava o direito da dignidade ou da igualdade aos direitos naturais, que seriam transcendentais pela sua natureza supra humana.

O *Código de Hamurabi*, ao preocupar-se em impor a justiça para impedir o poderoso de fazer mal ao fraco, deve ser apontado como um dos primeiros textos sobre os direitos do Homem em sentido abstracto.

Na sociedade grega, a concepção de poderes públicos encontrava-se limitada ao entendimento de que a lei existe para levar os cidadãos a participar na fortificação dos laços do Estado, pelo que a ordem jurídica devia ser norteada pelo propósito de seleccionar os cidadãos, verificando-se que o indivíduo só existe dentro do Estado e para o Estado, num modelo de ausência de qualquer noção de direitos da pessoa humana.

No Direito Romano, surgiam já situações de responsabilidade de entidades públicas por actos lícitos, em particular, pela

n.º 65/78, de 13 de Outubro.

⁽¹²⁴⁾ V. art. 8.º, n.º 4, da CRP.

⁽¹²⁵⁾ Aliás, essa correcção foi ao ponto de motivar uma alteração da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, de modo a incluir *os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário* na indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos (art. 7.º, n.º 2, da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro).

⁽¹²⁶⁾ Cfr. art. 6.º, da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.

⁽¹²⁷⁾ Este Decreto-Lei regulava a responsabilidade extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas no domínio dos actos de gestão pública.

⁽¹²⁸⁾ Não existia qualquer norma legal que prevísse os danos provocados no exer-

expropriação, com referências que se mantiveram no período intermédio.

A ideia medieval de organização política e de constituição assentava na limitação do poder pelo direito. A teorização medieval sobre a tirania e os limites do poder, sobre os fins últimos da governação e direito de resistência, representa a vontade de encerrar o poder público numa ordem regrada e constitucionalizada. Aliás, o princípio da responsabilidade dos poderes públicos, adoptado muito mais tarde por regimes liberais, remonta à preocupação da filosofia política medieval com a moderação e legitimidade do poder político.

O princípio segundo o qual o rei não podia agir de forma ilícita era aplicável tanto aos actos relativos às pessoas como aos de natureza política e, dentro destes, não apenas aos materializados pessoalmente pelo soberano, mas a todos os praticados em seu nome. A consequência natural era a de que o rei não podia ter autorizado qualquer pessoa a agir de forma ilícita, pelo que o acto reprovável não podia ter sido cometido e, por isso, também não havia lugar a qualquer direito de reparação.

Os filósofos cristãos da Idade Média recolheram e desenvolveram a teoria do direito natural, fundando-se nos princípios expostos nos «Dez Mandamentos» e nas «Tábuas da Lei».

Neste período, o Estado padecia das características do Estado de Polícia, no qual se confundiam as tarefas de administrar e julgar porque os tribunais tinham carácter de autoridade e a sua independência não estava assegurada. No entanto, apesar deste período do Estado de Polícia, era aceite a responsabilidade dos poderes públicos no âmbito das relações de carácter patrimonial e não soberano que mantivessem com os particulares.

O pensamento humanista da modernidade cristã não é ainda capaz de gerar a ideia de direitos fundamentais. Era necessário que o Homem se descobrisse no acto de pensar e conhecer o mundo, de modo que o indivíduo assumisse uma autonomia moral da Razão.

A afirmação histórica dos direitos fundamentais dá-se com o iluminismo, que traz consigo o novo tipo de Homem, ou seja o indivíduo autodeterminado, crente na razão, na investigação expe-

rimental, no progresso e na sua capacidade de atingir a felicidade individual e colectiva.

A reforma do modelo de Estado de Polícia e a edificação da protecção da liberdade individual e garantia contra o domínio arbitrário dos poderes públicos foi suportada por ideias do direito natural iluminista.

Com a Idade Moderna e os racionalistas dos séculos XVII e XVIII, o Homem descobre-se gradualmente no acto de pensar e de conhecer o mundo; substitui-se a razão à revelação e reformulam-se as teorias do direito natural que já não repousa nem está submetido a uma ordem divina.

A implantação definitiva de um modelo de responsabilização dos poderes públicos e dos seus agentes pelos ilícitos cometidos no exercício das diversas funções públicas evolui em simultâneo com a mudança de sistemas políticos.

Para os racionalistas todos os homens são por natureza livres e têm certos direitos inatos de que não podem ser despojados quando entram em sociedade e celebram o contrato social; deste modo, existiriam direitos inerentes à qualidade do Homem que se impõem a qualquer ordem jurídica.

A teoria do direito natural foi muito criticada nos fins do século XVIII por EDMUND BURKE, MARX e ENGELS até que uma corrente de pensamento, inspirada nas ideias de justiça social sopradas de diversos ângulos, acabou por se impor, reconhecendo importância não só à tradição dos direitos do Homem mas ainda aos direitos sociais.

O século XVIII assistiu à explosão das afirmações mais ou menos solenes dos direitos do Homem. A 12 de Junho de 1776, a Convenção Geral de Delegados e Representantes da Virgínia adoptou o texto que viria a ser conhecido como a Declaração dos Direitos de Virgínia. Este foi um documento novo que empregava uma linguagem nova que constituía uma declaração de direitos e não um documento subjectivo no qual se declaravam direitos.

No entanto, é necessário recuar, por momentos, até ao séc. XIII, para identificar a primeira ideia de catalogação de direitos fundamentais nas declarações anglo-saxónicas — *Magna Charta Libertatum*, de 1215, *Petition of Rights*, de 1628, *Habeas Corpus Act*, de

1679, e o *Bill of Rights*, de 1689). O «Bill of Rights» britânico de 13 de Fevereiro de 1689, resultante da Revolução de 1688, incorporava a preocupação principal de estabelecer que o poder do monarca procedia da vontade do povo⁽¹⁶⁹⁾, proclamando simultaneamente os direitos fundamentais do indivíduo⁽¹⁷⁰⁾.

Em França, a constitucionalização dos direitos fundamentais aparece na revolução francesa e, posteriormente, a tentativa de reintroduzir o constitucionalismo e os seus principais elementos ficou documentada nos projectos constitucionais do Senado, de 6 de Abril de 1814, da Câmara dos Representantes de 29 de Junho de 1815 e na Declaração dos Direitos dos Franceses, de 5 de Julho de 1815.

Com estes textos, passou-se do domínio da filosofia para o do direito, ressurgindo um pouco por todo o lado um movimento de constitucionalização de direitos fundamentais.

Apesar da diferença considerável entre estas proclamações, os textos jurídicos e a situação de facto, o movimento de progresso dos direitos e da dignidade do Homem era irresistível; viveram-se épocas em que se regrediu, mas a sua herança nunca morreu.

No século passado, a DUDH constituiu a grande matriz de toda a legislação europeia em matéria de direitos fundamentais. Quando os direitos subjacentes à dignidade humana se tornaram direito positivo o caminho para a constitucionalização dos direitos fundamentais começou a ser trilhado.

Dando corpo a esta ideia, a CEDH, concluída em 4 de Novembro de 1950, em Roma, no seio do Conselho da Europa, viria a estabelecer um conjunto de direitos que os Estados que a ela se vinculassem deveriam reconhecer a todas as pessoas dependentes da sua jurisdição, prevendo igualmente a criação de um tribunal permanente (TEDH) que asseguraria o respeito, por parte daqueles, dos compromissos assim assumidos.

Só após o Conselho Europeu de Madrid (Junho de 1989) é que passou a assistir-se verdadeiramente ao lançamento efectivo da dimensão social da integração europeia, expressa de um modo inquestionável na Carta Social dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores.

No período que se tinha seguido à II Guerra Mundial, a Europa Ocidental havia alicerçado o seu modelo político na Democracia e nos Direitos Humanos e, do ponto de vista sócio-económico, no pleno emprego e no Estado-providência. Ora, com o desaparecimento do mundo bipolar, assente em dois blocos político-militares, passou a assistir-se ao desbloqueamento estratégico do centro de gravidade da actuação dos governos na defesa e no equilíbrio nuclear, transferido para o desenvolvimento económico e para a competitividade das economias.

Num período inicial, o TJCE, quando chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade de disposições comunitárias com as normas constitucionais dos Estados-Membros relativas à protecção dos direitos fundamentais, limitou-se a afirmar só ter de garantir o respeito do tratado e dos regulamentos de execução, não devendo regra geral pronunciar-se sobre as normas de direito interno, e não podendo, em consequência, «examinar o argumento segundo o qual, ao adoptar a sua decisão, a Alta Autoridade violou princípios do direito constitucional».

O défice de protecção comunitária dos direitos fundamentais seria reforçado, no plano nacional quando o tribunal sublinhou que não podia deixar de controlar a compatibilidade do direito comunitário derivado com os direitos fundamentais enquanto não existisse, por falta de catálogo de direitos fundamentais no sistema comunitário, uma garantia suficiente quanto à protecção de tais direitos nesta ordem jurídica.

O TJCE chamaria a si o papel de garante dos direitos fundamentais ao apreciar uma disposição em conformidade com os princípios gerais do direito comunitário.

Pode dizer-se que a partir desta altura a vinculação das comunidades à garantia dos direitos fundamentais não deixaria de ser uma constante da jurisprudência comunitária.

Actualmente é possível aludir à existência de uma genuína cultura constitucional europeia comum criada pela adesão a um

tratado internacional, mas também impulsionada pela jurisprudência do TEDH e a entrada em vigor da CDFUE.

A entrada em vigor da CDFUE permite a defesa de um princípio fundador da UE e uma condição imprescindível para a sua legitimidade, já que nela vêm consignados, com toda a evidência, a importância primordial de certos direitos e o seu alcance para os cidadãos. Na realidade, a Carta é, no seu conteúdo essencial, um instrumento declarativo e codificador de direitos há já muito reconhecidos na ordem jurídica comunitária. A CDFUE tem o mesmo valor jurídico que os tratados (art. 6.º, n.º 1, do TUE). A proclamação solene dos direitos fundamentais permite oficializar um sentimento comum dos estados que constituem a EU.

A aplicabilidade directa dos direitos, liberdades e garantias, tal como dos direitos de natureza análoga, implica uma tutela acrescida quando comparada com os direitos económicos, sociais e culturais.

O Estado assume diversas formas de intervenção pública no domínio privado, designadamente tarefas de ordem económica, enquanto guardião das condições de funcionamento económico do mercado.

A doutrina alemã discute a influência dos direitos fundamentais sobre a legislação do direito privado, nomeadamente sobre o âmbito de aplicação da GG, sobretudo para saber se os direitos fundamentais constituem meras asserções programáticas quando estiver em causa a tutela de um privado que se sinta lesado pelo poder público.

Na Alemanha, os direitos fundamentais vigoram para as normas de direito privado e para a sua aplicação e desenvolvimento, o que equivale a dizer que qualquer pessoa prejudicada por uma legislação de direito privado pode deduzir queixa constitucional com fundamento em ter sido lesada, pelo poder público, num dos seus direitos fundamentais.

Será que em Portugal existe um acesso directo dos particulares à Constituição? Se os poderes públicos praticam actos que restringem excessiva ou injustificadamente os direitos fundamentais dos particulares, se lesam nessa actuação princípios tão essenciais como o princípio da igualdade, da proibição do excesso, ou da dig-

nidade da pessoa humana, o particular não pode invocar tal violação no TC, a não ser que tenha a possibilidade de invocar a aplicação judicial, no caso concreto, de uma norma inconstitucional, ou de uma sua interpretação particular. Certa doutrina admite que é já possível obter os efeitos do recurso de amparo, tendo em conta a existência do “quase-recurso de amparo” atribuído aos cidadãos (art. 280.º, n.º 1, al. *b*), da CRP). No entanto, em nossa opinião, o instituto do amparo ou da queixa constitucional experimentado com sucesso na Alemanha, como vimos — a concretizar na nossa Constituição — sempre permitiria que o TC verificasse a intensidade da lesão sofrida e julgasse directamente o caso concreto.

A Administração Pública está, desde logo e por força do art. 18.º, n.º 1 da CRP, vinculada ao respeito dos direitos, liberdades e garantias.

No plano funcional, são destinatários o legislador, a administração e os tribunais — seja qual for a forma de actuação, os direitos, liberdades e garantias vinculam directamente todas as funções do Estado (política, legislativa, administrativa, jurisdicional, técnica e de regulação).

A Administração Pública está não só obrigada ao respeito dos direitos fundamentais como a sua actuação deve criar condições objectivas capazes de permitir aos cidadãos a vivência efectiva daqueles. Os direitos fundamentais são o referencial de toda a actuação administrativa, não sendo de excluir a responsabilidade do Estado por causa de leis de revisão constitucional, nomeadamente por preterição de limites materiais, em caso de derrogação (art. 288.º, als. *d*) e *e*), da CRP).

A consagração constitucional dos direitos fundamentais impõe sempre ao Estado, e a cada um dos seus poderes constituídos, deveres de subordinação e vinculação jurídicas, pelo que se podem conceber diversas espécies de responsabilidade do Estado: a responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, decorrente de um prejuízo causado a alguém; a responsabilidade disciplinar, resultante de um ilícito desta natureza; a responsabilidade criminal, consequência da prática de um crime, uma conduta muito grave, por pôr em causa valores decisivos da vida em sociedade; a responsabilidade pelo exercício da função política.

Tornou-se indispensável contar, no plano do direito constitucional, com o contributo de duas instâncias do poder público que podem neste âmbito desempenhar um papel indiscutível, numa dicotomia entre duas espécies de tutela dos direitos fundamentais: a tutela não contenciosa e a tutela contenciosa.

A tutela não contenciosa corresponde ao conjunto de mecanismos que determinam a possibilidade de defender os direitos fundamentais sem ser necessário recorrer aos tribunais. Como exemplos desta figura podem nomear-se o direito de resistência à ofensa de direitos, liberdades e garantias (art. 21.º, da CRP). Para além disso, deverá salientar-se a figura da desobediência colectiva, traduzindo uma conduta pública e não violenta de uma pluralidade indeterminável de pessoas, que se revelará um mecanismo de autotutela privada colectiva e garantística promotora do Estado de Direito democrático.

Deste modo, é igualmente de referir órgãos que, não fazendo parte dos tribunais, podem da mesma forma exercer uma actividade de controlo quanto ao respeito da defesa dos direitos fundamentais, a partir de uma actuação independente — é o caso do Provedor de Justiça (art. 23.º, da CRP). Está em causa, em primeiro lugar, a Administração Pública, cabendo-lhe boa parte das responsabilidades nas violações que são cometidas.

Ora, há meios destinados a fazer ver à actuação administrativa da necessidade de rever os actos praticados, com isso se restabelecendo a juridicidade no que respeita aos órgãos administrativos, como p. ex. o direito de informação por parte dos particulares sobre o andamento de processos em que sejam directamente interessados (art. 268, n.º 1, da CRP).

A tutela contenciosa implica que a defesa dos direitos fundamentais seja levada a cabo por órgãos de natureza jurisdicional, com tudo quanto isso acarreta no modo de decidir e nos parâmetros de decisão (arts. 20.º e 202.º, da CRP). Perante a impossibilidade de desenvolver todos os tipos possíveis de responsabilidade dos poderes públicos, optámos por dedicar o nosso estudo à Responsabilidade Civil do Estado, na medida em que se trata de uma matéria relativamente recente.

A LRCEE entrou em vigor no dia 30 de Janeiro de 2008. O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado foi,

durante décadas, regulado, essencialmente, pelo Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967 e por algumas normas do CPP.

A criação do regime da LRCEE esteve prestes a concretizar-se em múltiplas situações, durante largos anos, e foi precedida de um projecto de lei e de três propostas de lei.

A primeira observação que a LRCEE justifica prende-se com o seu âmbito material: ao contrário do diploma anterior, o novo regime legal aplica-se à responsabilidade civil extracontratual decorrente de actos das funções administrativa, legislativa e judicial do Estado (art. 1.º, n.º 1, da LRCEE).

Acrescente-se ainda que a LRCEE, salvaguarda os regimes especiais de responsabilidade civil por danos decorrentes da função administrativa, como é o caso do regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais (art. 2.º, da LRCEE).

No que respeita ao âmbito subjectivo, muito embora subsista a referência ao Estado e demais pessoas colectivas de direito público, o legislador alarga o âmbito de aplicação subjectiva do novo regime legal às pessoas colectivas de direito privado que actuem com prerrogativas de poder público ou sob a égide de princípios e regras de direito administrativo (art. 1.º, n.º 2, da LRCEE), aproximando-se assim de uma concepção material da Administração Pública (como actividade e não como organização).

Observe-se ainda que a LRCEE também se aplica à responsabilidade dos titulares do órgão, funcionários e agentes públicos, trabalhadores, titulares dos órgãos sociais e representantes legais ou auxiliares (art. 1.º, n.º 5, da LRCEE).

Quanto aos pressupostos da responsabilidade civil são os gerais: ilicitude, culpa, dano, e nexo de causalidade entre culpa e dano. Mas, para além destes elementos gerais, há um regime particular que assenta nos seguintes traços: 1) a responsabilidade é solidária (envolvendo tanto o Estado como os titulares, funcionários e agentes); 2) Pode haver responsabilidade tanto por acções como por omissões (p.ex., por grave omissão legislativa ou por insuficiente protecção de um direito pessoal; 3) Pode haver responsabilidade tanto por actos políticos e legislativos inconstitucionais (*caso Aquaparque*) como por actos administrativos e jurisdicionais.

A Lei 67/2007, de responsabilização assenta nas ideias de ilicitude e de culpa.

Começando pela ilicitude, esta consiste numa acção ou omissão violadora de princípios e regras constitucionais, legais ou regulamentares; de regras técnicas; de deveres objectivos de cuidado (art. 9.º, n.º 1, da LRCEE); ou resultante do funcionamento anormal do serviço (art. 7.º, n.º 3, da LRCEE).

Neste contexto legal, cabe referir a dificuldade de preencher o requisito da ilicitude devido ao problema da distinção entre ilicitude e ilegalidade. Este problema desencadeia a questão da irrelevância ressarcitória de vícios de forma, de procedimento ou de competências das actuações administrativas, por não serem afectadas substancialmente posições jurídicas subjectivas dos particulares.

A responsabilidade objectiva do Estado pelo funcionamento anormal do serviço, não é mais do que a consagração legal da figura francesa da *faute du service*.

Quanto à culpa, esta decorre de um comportamento adoptado com diligência ou aptidão inferiores aquelas que fosse razoável exigir, no caso, a um titular de órgão administrativo, funcionário ou agente zeloso e cumpridor, com base nos princípios e regras jurídicas relevantes (art. 10.º, n.º 1, da LRCEE).

A culpa pode revestir duas modalidades:

- I) Culpa grave, mais séria, quando o autor da conduta ilícita haja actuado com dolo ou diligência e zelo manifestamente inferiores àquele a que se encontrava obrigado em razão do cargo (art. 8.º, n.º 1, da LRCEE);
- II) A culpa leve, menos séria, não está definida na lei, ocorrendo quando o autor da conduta ilícita haja actuado com diligência e zelo inferiores, mas não manifestamente inferiores, àqueles a que se encontrava obrigado. O legislador é quem recebe o mandato mais alargado para a efectivação dos direitos e liberdades fundamentais, mandato que envolve múltiplas dimensões: I) uma dimensão negativa⁽¹⁷¹⁾ (o legislador não pode editar leis que afectem des-

jurídico da indemnização por privação da liberdade ilegal ou injustificada e da condenação

favoravelmente o conteúdo jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, quer por contradição ou lesão directa, quer por violação dos requisitos constitucionais aplicáveis); II) uma dimensão positiva⁽¹⁷²⁾ (ao concretizar, desenvolver e configurar os direitos fundamentais e a própria ordem jurídica, o legislador está vinculado a adoptar as soluções que se conformem com os efeitos de protecção das normas de direitos, liberdades e garantias)⁽¹⁷³⁾; III) uma dimensão protectora (existe, particularmente para o legislador, um dever geral de protecção e diversos deveres especiais de protecção de direitos, liberdades e garantias, seja essa protecção jurídica ou não jurídica).

A problemática da responsabilidade civil do Estado não pode ser equacionada apenas como uma questão respeitante ao exercício da função administrativa, estando justamente na ordem do dia o problema da responsabilidade do Estado tanto pelo exercício da função jurisdicional, incluindo por erros judiciários fora do domínio processual penal, assim como no próprio âmago do exercício da função político-legislativa.

Por outro lado, com a crescente afirmação e teorização dos deveres de protecção dos direitos fundamentais, i.e., deveres que têm como destinatário, não já os privados que põem em perigo os bens fundamentais, mas antes o próprio Estado, que assume por esta via o papel de uma espécie de garante dos direitos fundamentais, admite-se inclusivamente uma pretensão de que o Estado proteja os particulares das agressões de terceiros.

Deste modo, a consagração de um regime legal de responsabilidade do Estado e das regiões autónomas por acções ou omissões ilícitas cometidas no exercício da função político-legislativa revela-se de especial alcance.

penal injusta (arts. 225.º, 226.º e 462.º, todos do CPP) que é expressamente ressalvado pelo art. 13.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

⁽¹²⁹⁾ A reforma geral da responsabilidade civil administrativa do Estado começou por constar da *Proposta de Lei n.º 95/VIII/2*, de 13/7/2001, publicada no *Diário da Assembleia da República, II Série-A, de 18 de Julho de 2001*, da autoria do *XIV Governo Constitucional*. Seguiu-se a muito semelhante *Proposta de lei n.º 88/IX/2*, do *XV Governo Constitucional*, de 06/05/2003. As duas iniciativas caducaram em 4/4/2002 e em 22/12/2004, respectivamente, por demissão do governo. Apareceu também um Projecto de lei (n.º 148/IX) da autoria de um grupo parlamentar, publicado no *Diário da Assembleia da*

As situações de ilicitude são as que se reportam à ofensa de direitos fundamentais, quando esteja em causa a violação evidente do dever de protecção⁽¹⁷⁴⁾, bem como a lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos, quando resulte a violação de normas constitucionais, de valor reforçado, ou de direito internacional ou comunitário, assim confirmando a superioridade hierárquica destas relativamente ao direito interno de nível legislativo ou político (art. 15.º, n.º 1, da LRCEE).

Efectivamente, indemnizável é não apenas a violação de direitos, liberdades e garantias, mas também o prejuízo para outrem.

A responsabilidade por acção, decorrente de actos praticados no exercício da função político-legislativa fica ela consagrada em termos gerais no novo diploma, compreendendo todos os danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos (lei).

Pelo que toca aos danos resultantes das omissões, verifica-se que a consagração da responsabilidade por omissão legislativa é uma solução necessária para uma ordem jurídica em que a omissão de comportamentos releva ao ponto de constituir motivo para uma decisão de inconstitucionalidade.

O diploma prevê a responsabilidade por situações de omissão ilícita de providências legislativas necessárias para tornar executíveis normas constitucionais, logo acrescentando que essa responsabilidade dependerá de prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo TC.

A responsabilidade do Estado por danos decorrentes de actos praticados no exercício da função legislativa suscitou um animado debate, constitucional e administrativo. Muito embora exista uma posição doutrinária claramente maioritária, não existe unanimidade na doutrina quanto à susceptibilidade do art. 22.º da CRP, abranger também esta espécie de responsabilidade.

Importa referir três observações.

República, II Série-A, de 17/10/2002. Caducou com o termo da respectiva legislatura. Seguiu-se a *Proposta de lei n.º 56/X* que também caducou. A *Assembleia da República* aprovou outra Proposta de lei que foi vetada com fundamento em razões de oportunidade. Por fim, conseguiu aprovar sem veto político o presente diploma da LRCEE, embora com significativas alterações em relação ao anterior projecto.

⁽¹³⁰⁾ A responsabilidade civil contratual do Estado existirá nas situações em que o facto constitutivo da obrigação de indemnizar resulte de danos provenientes do incumprimento

A primeira observação que o preceito justifica vai no sentido do reconhecimento de que, para o legislador, a responsabilidade civil por acto legislativo (ou omissão legislativa) consubstancia um comportamento antijurídico subjectivável — chame-se-lhe ou não ilícito (e o legislador chama-lhe, bem ou mal, assim, no n.º 4, do art. 15.º, da LRCEE). Parece que existe mesmo um direito a que não sejam praticados actos — ou não ocorram omissões — contrários à Constituição, pelo menos na medida em que produzam danos anormais a certas pessoas.

A segunda observação tem a ver com a articulação que o legislador estabeleceu entre a desconformidade constitucional da lei e a susceptibilidade de reparação dos danos causados por esta (art. 15.º, n.ºs 2 e 5, da LRCEE). Na verdade, nos termos destas disposições, o direito à reparação dos danos depende de duas condições: a anormalidade destes e a prévia emissão de um juízo de inconstitucionalidade sobre a lei ou a omissão legislativa danosa. Esta articulação confirma que, na lógica do legislador, a produção de leis inconstitucionais ou contrárias a convenções internacionais vinculativas do Estado português não só consubstancia um comportamento antijurídico, como, se o dano produzido for anormal, gera na esfera jurídica do lesado um verdadeiro direito subjectivo público à sua reparação.

A terceira observação vai para a aferição da antijuridicidade: esta não se contenta com a ofensa do texto constitucional, antes ponderando também a desconformidade da lei interna ordinária com o direito internacional, com o direito da UE e com as leis de valor reforçado.

Claro que o legislador, tendo feito a sua opção — que terá por certo entendido decorrer da Constituição — não ignorou as dificuldades do tema. Prudentemente, estabeleceu que a existência e a extensão da responsabilidade são determinadas em cada caso concreto, fornecendo três critérios para iluminar esta determinação. O primeiro critério diz respeito ao grau de clareza e precisão da norma violada (sabendo-se que as normas constitucionais comportam níveis de densificação muito variáveis); o segundo respeita ao tipo de inconstitucionalidade — material, orgânica ou formal; e, finalmente, o terceiro relaciona-se com a circunstância de terem

sido adoptadas ou omitidas diligências susceptíveis de evitar a situação de ilicitude (cfr. art. 15.º, n.º 4, da LRCEE).

Em todo o caso, apesar de os preceitos constitucionais respeitantes a direitos fundamentais serem directamente aplicáveis (art. 17.º, n.º 1, da CRP), poderá entender-se necessário, em certos casos, garantir por via legislativa um maior grau de determinabilidade do direito, precisando melhor o seu conteúdo jurídico quanto aos pressupostos de facto, consequências jurídicas e âmbito de protecção.

BIBLIOGRAFIA

- ADAMS, WILLI PAUL — *The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era* (trad. de *Republikanische Verfassung und burgerliche freiheit* por Hermann Luchterhand Verlag, Darmstade und Neuvied), Lanham, 2001.
- ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO — *Direitos Fundamentais*, Introdução Geral, Cascais: Principia, 2007.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO — *História das Ideias Políticas*, vol. I (9.^a reimp.), Coimbra: Livraria Almedina, 2010.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO — *História das Ideias Políticas* (apontamentos), vol. II, Lisboa: edição de Pedro Ferreira — artes gráficas, 2003.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO — *A Responsabilidade da Administração no Direito Português*, Lisboa, 1973.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO — *Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas — o caso Aquaparque* in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Agosto-Dezembro, 2000.
- AMARAL, MARIA LÚCIA — *Responsabilidade Civil Extra-contratual do Estado* — trabalhos preparatórios da reforma (Ministério da Justiça — Gabinete de Política e Planeamento), Coimbra Editora, 2002, p. 230.
- AMARAL, MARIA LÚCIA — *Dever de Legislar e Dever de Indemnizar: a propósito do caso “Aquaparque do Restelo*, in THEMIS — *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano I, n.º 2, 2000.
- AMARAL, MARIA LÚCIA — *Responsabilidade do Estado-legislador: reflexões em torno de uma reforma*, in THEMIS — *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano II, n.º 4, 2001.
- AMSON, DANIEL — *Histoire Constitutionnelle Française — De la Prise de La Bastille à Waterloo*, Paris, LGDJ, lextenso éditions, 2010.
- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE — *Panorama Geral do direito da Responsabilidade Civil da Administração Pública em Portugal*, in *La Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, AAVV, Madrid, 1999.
- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE — *A protecção do direito fundado em patente no âmbito do procedimento de autorização da comercialização de medicamentos* in *RLJ*, ano 138.º, n.º 3953, Coimbra Editora, 2008, pp. 70-96.

- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 4.^a ed., 2009.
- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE — *A Responsabilidade por Danos decorrentes do exercício da Função Administrativa na nova Lei sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual* in *RLJ*, ano 137.^o, Coimbra Editora, 2008.
- ARAUJO, JOSÉ ANTÓNIO ESTEVEZ — *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, 1994, p.13; MARIO TURCHETTI — *Tyrannie et tyrannicide à nos jours*, Paris, 2001.
- ASCENSÃO, OLIVEIRA, — *Direitos Humanos, Uma lacuna no Tratado de Amizade Luso-Brasileiro?* — Intervenção no Colóquio “A Relação Internacional Portugal — Brasil”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por iniciativa do Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros, em 7 de Maio de 2002.
- AUBENQUE, PIERRE — *As filosofias helenéticas: estoicismo, epicurismo, ceticismo* in P. AUBENQUE/J. BERNHARDT/ F. CHÂTELET — *A Filosofia Pagã do séc. VI a.c. ao séc. III d.c.*, 2.^a ed., Lisboa, 1978.
- AZEVEDO, MARIA EDUARDA — *Desenvolver a Dimensão Social Europeia*, Revista de Estudos Europeus, ano II, n.º 3, Coimbra: Livraria Almedina, 2008.
- BARRETO, VICENTE DE PAULO — *Globalização, Direito Cosmopolito e Direitos Humanos*, in Revista O Direito, n.º 138, II, 2006.
- BON, PIERRE — *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux: aspects de droit compare européen* in *RFDUL*, vol. XXXI, 1990.
- BOTELHO, CATARINA SANTOS — *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais. Avanços e recuos na dinâmica característica da justiça constitucional, administrativa e internacional*, Lisboa: Livraria Almedina, 2010.
- BOUZON, EMANUEL — *O Código de Hamurabi*, 4.^a ed., Petrópolis, 1987.
- BOUSQUET, FRANÇOIS-CHARLES — *La responsabilité de l'État du fait des dispositions constitutionnelles*, in *Revue du droit public*, 2007.
- CADILHA, CARLOS ALBERTO — *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* — Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CAENEGEN, R.C. VAN — *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental* (trad. de *an historical introduction to western constitutional law* por Alexandre Vaz Pereira), Lisboa: FCG, 2009.

- CANARIS, CLAUS-WILHELM — «*Direitos Fundamentais e Direito Privado*» (trad. de *Grundrechte und Privatrecht* por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto), 2.^a reimp. da ed. de Julho/2003, Livraria Almedina, pp. 22-39.
- CANOTILHO, GOMES, J. J. — *O Problema da Responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, 1974.
- CANOTILHO, GOMES — *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CANOTILHO, GOMES /VITAL MOREIRA — *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.^a ed., Coimbra: Livraria Coimbra Editora, 2007.
- CANOTILHO, GOMES, J.J. — *Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Maio de 2002*, in RLJ, ano 134º, 2001.
- CANOTILHO, GOMES, J.J. — *Omissões normativas e deveres de protecção*, in Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, vol. II, Estudos variados de Direito Comunitário, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CANOTILHO, GOMES, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed. (7.^a reimp.), Coimbra: Livraria Almedina, 2010.
- CAUPERS, JOÃO — *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, Lisboa, 1985.
- CLAVERO, BARTOLOMÉ — *El Orden de los Poderes*, Historias Constituyentes de la Trindad Constitucional, Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- CORTEZ, MARGARIDA — *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado* (Trabalhos preparatórios da reforma) in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA— *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Civitas Ediciones, 2003.
- DIPPEL, HORST — *História do Constitucionalismo Moderno* (trad. e *Modern Constitutionalism. An introduction to a History in the need of writing* por António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva), FCG, Lisboa, 2007.
- DUARTE, MARIA LUÍSA — *União Europeia e Direitos Fundamentais — (no espaço da internormatividade)* — Lisboa: AAFDL, 2006.
- DUARTE, MARIA LUÍSA — *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra: Livraria Almedina, 2010.

- DUARTE, MARIA LUISA — *O Conselho da Europa e a Protecção dos Direitos do Homem* in Boletim de Documentação e Direito Comparado, n.º 39-40, Lisboa, 1989.
- DUGUIT, LÉON — *Les Constitutions et les Principales Lois Politiques de la France depuis 1789*, 7.ª ed. By Georges Berlia, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.
- ENTERRÍA, EDUARDO GARCIA DE — *El principio de “la responsabilidad de los poderes públicos” según el art. 9.3 de la Constitución y de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, in REDC, Ano 23, número 67 — Jan/Abr.2003.
- ESTEVES, MARIA DA ASSUNÇÃO — *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, Lisboa, 1989.
- FREITAS, TIAGO — *O Princípio da Proibição de retrocesso social* in Estudos de Homenagem ao Professor Marcello Caetano, II, 2006.
- GALÁN, EUSTÁQUIO Y GUTIÉRREZ — *La filosofía política de Sto. Tomás de Aquino*, Madrid, 1945.
- GARCIA, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS — *A Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Colectivas Públicas* — Conselho Económico e Social, Lisboa: 1997.
- GERSTER, THOMAS FLEINER — *Teoria Geral do Estado* (trad. de Allgemeine Staatslehre por Marlene Holzhausen), Martins Fontes, 2006.
- GOMES, CARLA AMADO — *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas* — Lisboa: edição da AAFDL, 2010.
- GOUVEIA, JORGE BACELAR — *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2009.
- GREENWAY, D./CHARLES MILNER/SANJAYA LALL — *Dossier Política de empleo y mundialización*, Revista Internacional del Trabajo, OIT, vol. 14, n.ºs 4-5, 1995.
- HABERLE, PETER — *Derecho Constitucional Común Europeo* (trad. de Emilio Mikunda Franco), in REP, Núm. 79, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- HABERLE, PETER — *El Estado Constitucional Europeo* (trad. de Francisco Balaguer Callejón), in CuC, n.º 2, Enero-Junio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Mexico, 2000.

- HABERMAS, JÜRGEN — *La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de Derecho*, in JÜRGEN HABERMAS, *Ensayos Políticos*, Barcelona, 2000.
- KOECHLIN, H. F. — “*La responsabilité de l’État*” en dehors des contrats de l’an VIII à 1873 (étude de jurisprudence), Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1957.
- LYON, BRYCE— *A constitutional and legal history of medieval England*, Nova Iorque: Harper&Brothers, 1960.
- LOMBA, PEDRO — *Teoria da Responsabilidade Política*, Coimbra Editora, 2008.
- MARC-ANDRÉ EISSEN — *Le Droit à un tribunal dans la jurisprudence de la Commission* (article 6, § 1, de la Convention Européenne des Droits de l’Homme), in *Miscellanea W. J. Ganshof Van Der Meersch*, AAVV, I, Bruxelas, 1972.
- MARTINEZ, GREGORIO PECES-BARBA — *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II: siglo XVIII, vol. I: *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de la evolución* (Edit. Dykinson e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, Madrid, 2001.
- MAILLOT, JEAN-MARC — *Le grand oral: Protection des libertés et droits fondamentaux* [“Les Sources Internationales des libertes et droits fondamentaux”], Paris: Montchrestien, 2003.
- MAYER, OTTO — «*Derecho Administrativo Alemán*» (trad. de *Deutsches verwaltungsrecht* por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin), Madrid: editorial Depalma, 1982.
- MEDEIROS, RUI — *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por actos legislativos*, Coimbra, 1992.
- MIRANDA, JORGE — *A Constituição e a Responsabilidade Civil do Estado*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MIRANDA, JORGE/RUI MEDEIROS, *Constituição Da República Portuguesa anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MIRANDA, JORGE — *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 8.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- MIRANDA, JORGE — *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

- MIRANDA, JORGE — *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*, Cascais: Principia, 2006.
- MIRANDA, JORGE — *Contributo para uma Teoria Da Inconstitucionalidade*, Reimpressão da 1.^a Edição (1968), Clássicos Jurídicos, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MIRANDA, JORGE — *Direitos Fundamentais — Introdução Geral* — Apontamentos das aulas, Lisboa: 1999, pp. 77-194.
- MONCADA, CABRAL DE — *Filosofia do Direito e do Estado*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MORAIS, CARLOS BLANCO DE — *Justiça Constitucional*, Tomo I, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MORAIS, CARLOS BLANCO DE — *Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos Direitos Fundamentais: Apontamento sobre os passos de uma evolução subjectivista* in AAVV, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, Almedina, Coimbra, 2003.
- MOREIRA, VITAL — *A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional* in AAVV, BFDC, Boletim Comemorativo do 75.^o Tomo do BFD, 2003.
- MOURA, PAULO VEIGA E — *A Privatização da Função Pública*, Regime jurídico, Direitos e Deveres dos funcionários e agentes, 1.^o volume, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2004.
- NABAIS, JOSÉ CASALTA — *Por uma liberdade com responsabilidade, estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- NEVES, ANA FERNANDA — *O Provedor de Justiça e a Administração Pública*, in *Estudos em homenagem ao prof. Joaquim Moreira da Silva Cunha*, AAVV, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- NOVAIS, JORGE REIS — *Direitos Fundamentais, Trunfos contra a maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- NOVAIS, JORGE REIS — *Direitos Sociais*, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NUNES, ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS — *A Constituição Europeia, a Constitucionalização do Neoliberalismo*, Coimbra Editora, 2006.
- OLIVEIRA, MARCELA ANDRADE CATTONI DE — *Prestação Jurisdicional e Estado Democrático de Direito*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.^o 85, Julho de 1997.

- OTERO, PAULO — *Direito Constitucional Português*, vol. I, Identidade Constitucional, Coimbra: Livraria Almedina, 2010.
- OTERO, PAULO — *Direito Constitucional Português*, vol. II, Organização do Poder Político, 2010
- OTERO, PAULO — *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- PASCUAL, DOMÉNECH — *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*, Madrid, 2006.
- PASTOR, JUAN ALFONSO SANTAMARIA — *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid: Iustel. Portal Derecho, S.A., 2009.
- PEREIRA, JOÃO AVEIRO — *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais*, Coimbra Editora, 2001.
- PRATA, ANA — *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra: Livraria Almedina, 1982.
- QUEIROZ, CRISTINA — *Direito Constitucional, as instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Lisboa: Coimbra Editora, 2009.
- RANGEL, PAULO DE CASTRO — *Reserva de Jurisdição — sentido dogmático e sentido jurisprudencial*, Porto, 1997.
- RICHIER, LAURENT, *La faute du service dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris: Economica, 1978.
- ROLLA, GIANCARLO — *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici* in AAVV, *Tecniche de Garanzia dei Diritti Fondamentali*, (à cura di Giancarli Rolla), Centro di Ricerca e Formazione sul Diritto Costituzionale Comparato — Quaderni Per La Ricerca, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001.
- SANCHIS, LUIS PRIETO — *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- SEGADO, FRANCISCO FERNÁNDEZ — *Los sistemas de garantías jurisdiccionales de los derechos*, in Manuel Fraga — *Homenaje Academico*, AAVV, Madrid, 1997.
- SELBY, JOHN E. — *The Revolution in Virginia, 1775-1783*, Williamsburg, The Colonial Williamsburg Foundation, 1988.
- SERRA, ANTONIO TRUYOL — *Los Principios del Derecho Publico en Francisco de Vitoria* [XXXIII], Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1946.
- SILVA, VASCO PEREIRA DA — *A vinculação das entidades privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias*, in RDES, n.º 2, 1987.

- SILVA, VASCO PEREIRA DA — *A cultura a que tenho direito*, Coimbra: Livraria Almedina, 2007.
- SILVA, VASCO PEREIRA DA — *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2009.
- SOUSA, MARCELO REBELO DE /ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, 2.^a ed., Tomo III, Lisboa: Livraria Almedina, 2009.
- SOUSA, MARCELO REBELO DE — *Orgânica Judicial, Responsabilidade dos Juízes e Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1992.
- SOUSA, MARCELO REBELO DE /ANDRÉ SALGADO MATOS — *Responsabilidade Civil Administrativa*, Direito Administrativo Geral, Tomo III, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008.
- THEIMER, WALTER — *História das Ideias Políticas* (trad. de Dinória Freitas e Sampaio Marinho), Lisboa, Livraria Arcádia, 1970.
- TURCHETTI, MARIO — *Tyrannie et tyrannicide à nos jours*, Paris, 2001.
- VERDÚ, PABLO LUCAS — *La Lucha contra el positivismo jurídico en la República Weimar*, Madrid: Tecnos, 1987.
- ULLMAN, WALTER — *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, New York, 1961.
- WADE, WILLIAM /C.F. FORSITH — *Administrative Law*, 9.th edition, New York: Oxford University Press, 2004.
- WET, ERIKA DE — *The International Constitutional Order*, in ICLQ, Vol. 55, Part 1, Oxford University Press, 2006.

Jurisprudência Crítica

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 396/2011

Processo n.º 72/11
Plenário

Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro

Acordam, em Plenário,
no Tribunal Constitucional

I — RELATÓRIO

1. Requerente e pedido

Um grupo de deputados à Assembleia da República veio requerer, ao abrigo do disposto na alínea *a*) do n.º 1 e na alínea *f*) do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e no n.º 1 dos artigos 51.º e 62.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 19.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2011).

O teor das normas questionadas é o seguinte:

«CAPÍTULO III

Disposições relativas a trabalhadores do sector público

SECÇÃO I

Disposições remuneratórias

Artigo 19.º

Redução remuneratória

1 — A 1 de Janeiro de 2011 são reduzidas as remunerações totais ilíquidas mensais das pessoas a que se refere o n.º 9, de valor superior a € 1500, quer estejam em exercício de funções naquela data, quer iniciem tal exercício, a qualquer título, depois dela, nos seguintes termos:

- a) 3,5 % sobre o valor total das remunerações superiores a € 1500 e inferiores a € 2000;
- b) 3,5 % sobre o valor de € 2000 acrescido de 16 % sobre o valor da remuneração total que exceda os € 2000, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5 % e 10 %, no caso das remunerações iguais ou superiores a € 2000 até € 4165;
- c) 10 % sobre o valor total das remunerações superiores a € 4165.

2 — Excepto se a remuneração total ilíquida agregada mensal percebida pelo trabalhador for inferior ou igual a € 4165, caso em que se aplica o disposto no número anterior, são reduzidas em 10 % as diversas remunerações, gratificações ou outras prestações pecuniárias nos seguintes casos:

- a) Pessoas sem relação jurídica de emprego com qualquer das entidades referidas no n.º 9, nestas a exercer funções a qualquer outro título, excluindo-se as aquisições de serviços previstas no artigo 22.º;

- b) Pessoas referidas no n.º 9 a exercer funções em mais de uma das entidades mencionadas naquele número.

3 — As pessoas referidas no número anterior prestam, em cada mês e relativamente ao mês anterior, as informações necessárias para que os órgãos e serviços processadores das remunerações, gratificações ou outras prestações pecuniárias possam apurar a taxa de redução aplicável.

4 — Para efeitos do disposto no presente artigo:

- a) Consideram-se remunerações totais ilíquidas mensais as que resultam do valor agregado de todas as prestações pecuniárias, designadamente, remuneração base, subsídios, suplementos remuneratórios, incluindo emolumentos, gratificações, subvenções, senhas de presença, abonos, despesas de representação e trabalho suplementar, extraordinário ou em dias de descanso e feriados;
- b) Não são considerados os montantes abonados a título de subsídio de refeição, ajuda de custo, subsídio de transporte ou o reembolso de despesas efectuado nos termos da lei e os montantes pecuniários que tenham natureza de prestação social;
- c) Na determinação da taxa de redução, os subsídios de férias e de Natal são considerados mensalidades autónomas;
- d) Os descontos devidos são calculados sobre o valor pecuniário reduzido por aplicação do disposto nos n.ºs 1 e 2.

5 — Nos casos em que da aplicação do disposto no presente artigo resulte uma remuneração total ilíquida inferior a € 1500, aplica-se apenas a redução necessária a assegurar a percepção daquele valor.

6 — Nos casos em que apenas parte da remuneração a que se referem os n.ºs 1 e 2 é sujeita a desconto para a CGA, I. P., ou para a segurança social, esse desconto incide sobre o valor que resultaria da aplicação da taxa de redução prevista no n.º 1 às prestações pecuniárias objecto daquele desconto.

7 — Quando os suplementos remuneratórios ou outras prestações pecuniárias forem fixados em percentagem da remuneração base, a redução prevista nos n.ºs 1 e 2 incide sobre o valor dos mesmos, calculado por referência ao valor da remuneração base antes da aplicação da redução.

8 — A redução remuneratória prevista no presente artigo tem por base a remuneração total ilíquida apurada após a aplicação das reduções previstas nos artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, e na Lei n.º 47/2010, de 7 de Setembro, para os universos neles referidos.

9 — O disposto no presente artigo é aplicável aos titulares dos cargos e demais pessoal de seguida identificado:

- a) O Presidente da República;
- b) O Presidente da Assembleia da República;
- c) O Primeiro-Ministro;
- d) Os Deputados à Assembleia da República;
- e) Os membros do Governo;
- f) Os juizes do Tribunal Constitucional e juizes do Tribunal de Contas, o Procurador-Geral da República, bem como os magistrados judiciais, magistrados do Ministério Público e juizes da jurisdição administrativa e fiscal e dos julgados de paz;
- g) Os Representantes da República para as regiões autónomas;
- h) Os deputados às Assembleias Legislativas das regiões autónomas;
- i) Os membros dos governos regionais;
- j) Os governadores e vice-governadores civis;
- l) Os eleitos locais;
- m) Os titulares dos demais órgãos constitucionais não referidos nas alíneas anteriores, bem como os membros dos órgãos dirigentes de entidades administrativas independentes, nomeadamente as que funcionam junto da Assembleia da República;

- n) Os membros e os trabalhadores dos gabinetes, dos órgãos de gestão e de gabinetes de apoio, dos titulares dos cargos e órgãos das alíneas anteriores, do Presidente e Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura, do Presidente e Vice-Presidente do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, do Presidente e juízes do Tribunal Constitucional, do Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, do Presidente do Tribunal de Contas, do Provedor de Justiça e do Procurador-Geral da República;
- o) Os militares das Forças Armadas e da Guarda Nacional Republicana, incluindo os juízes militares e os militares que integram a assessoria militar ao Ministério Público, bem como outras forças militarizadas;
- p) O pessoal dirigente dos serviços da Presidência da República e da Assembleia da República, e de outros serviços de apoio a órgãos constitucionais, dos demais serviços e organismos da administração central, regional e local do Estado, bem como o pessoal em exercício de funções equiparadas para efeitos remuneratórios;
- q) Os gestores públicos, ou equiparados, os membros dos órgãos executivos, deliberativos, consultivos, de fiscalização ou quaisquer outros órgãos estatutários dos institutos públicos de regime geral e especial, de pessoas colectivas de direito público dotadas de independência decorrente da sua integração nas áreas de regulação, supervisão ou controlo, das empresas públicas de capital exclusiva ou maioritariamente público, das entidades públicas empresariais e das entidades que integram o sector empresarial regional e municipal, das fundações públicas e de quaisquer outras entidades públicas;
- r) Os trabalhadores que exercem funções públicas na Presidência da República, na Assembleia da República, em outros órgãos constitucionais, bem como os que exercem funções públicas, em qualquer modalidade de relação jurí-

dica de emprego público, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º e nos n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 3.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, alterada pelas Leis n.ºs 64-A/2008, de 31 de Dezembro, e 3-B/2010, de 28 de Abril, incluindo os trabalhadores em mobilidade especial e em licença extraordinária;

- s) Os trabalhadores dos institutos públicos de regime especial e de pessoas colectivas de direito público dotadas de independência decorrente da sua integração nas áreas de regulação, supervisão ou controlo;
- t) Os trabalhadores das empresas públicas de capital exclusiva ou maioritariamente público, das entidades públicas empresariais e das entidades que integram o sector empresarial regional e municipal, com as adaptações autorizadas e justificadas pela sua natureza empresarial;
- u) Os trabalhadores e dirigentes das fundações públicas e dos estabelecimentos públicos não abrangidos pelas alíneas anteriores;
- v) O pessoal nas situações de reserva, pré-aposentação e disponibilidade, fora de efectividade de serviço, que beneficie de prestações pecuniárias indexadas aos vencimentos do pessoal no activo.

10 — Aos subscritores da Caixa Geral de Aposentações que, até 31 de Dezembro de 2010, reúnam as condições para a aposentação ou reforma voluntária e em relação aos quais, de acordo com o regime de aposentação que lhes é aplicável, o cálculo da pensão seja efectuado com base na remuneração do cargo à data da aposentação, não lhes é aplicável, para efeito de cálculo da pensão, a redução prevista no presente artigo, considerando-se, para esse efeito, a remuneração do cargo vigente em 31 de Dezembro de 2010, independentemente do momento em que se apresentem a requerer a aposentação.

11 — O regime fixado no presente artigo tem natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras normas, especiais ou excepcionais, em contrário e sobre instrumentos de regulamenta-

ção colectiva de trabalho e contratos de trabalho, não podendo ser afastado ou modificado pelos mesmos.

Artigo 20.º

Alteração à Lei n.º 21/85, de 30 de Julho

É aditado ao Estatuto dos Magistrados Judiciais, aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30 de Julho, o artigo 32.º-A, com a seguinte redacção:

“Artigo 32.º-A Redução remuneratória

1 — As componentes do sistema retributivo dos magistrados, previstas no artigo 22.º, são reduzidas nos termos da lei do Orçamento do Estado.

2 — Os subsídios de fixação e de compensação previstos nos artigos 24.º e 29.º, respectivamente, equiparados para todos os efeitos legais a ajudas de custo, são reduzidos em 20 %.”

Artigo 21.º

Alteração à Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro

É aditado ao Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, o artigo 108.º-A, com a seguinte redacção:

“Artigo 108.º-A Redução remuneratória

1 — As componentes do sistema retributivo dos magistrados, previstas no artigo 95.º, são reduzidas nos termos da lei do Orçamento do Estado.

2 — Os subsídios de fixação e de compensação previstos nos artigos 97.º e 102.º, respectivamente, equiparados para todos os efeitos legais a ajudas de custo, são reduzidos em 20 %.”».

2. Fundamentos do pedido

Os requerentes fundamentaram o pedido nos seguintes termos:

«A) *Introdução*

1) Em 26 de Novembro de 2010, o plenário da Assembleia da República aprovou, em votação final global, a Lei do Orçamento do Estado para 2011, diploma que depois viria a ser promulgado pelo Presidente da República e publicado no Diário da República, em 31 de Dezembro de 2010, como Lei n 55-A/2010, de 31 de Dezembro.

2) No artigo 19.º dessa Lei do Orçamento do Estado para 2011, estabelece-se a redução definitiva e permanente das remunerações de diversas categorias de trabalhadores e dirigentes da Administração Pública e instituições equiparadas, extenso artigo que damos aqui por integralmente reproduzido.

3) O principal preceito que cumpre evidenciar desse artigo 19.º é o que consta do seu n.º 1, no qual se afirma que “1 — A 1 de Janeiro de 2011 são reduzidas as remunerações totais ilíquidas mensais das pessoas a que se refere o n.º 9, de valor superior a 1500 euros, quer estejam em exercício de funções naquela data, quer iniciem tal exercício, a qualquer título, depois dela, nos seguintes termos: a) 3,5% sobre o valor total das remunerações superiores a 1500 euros e inferiores a 2000 euros; b) 3,5% sobre o valor de 2000 euros acrescido de 16% sobre o valor da remuneração total que exceda os 2000 euros, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5% e 10%, no caso das remunerações iguais ou superiores a 2000 euros até 4165 euros; c) 10% sobre o valor total das remunerações superiores a 4165 euros”.

4) Nesse mesmo artigo 19.º da Lei n 55-A/2010, ainda se esclarece, no seu n.º 8, que “A redução remuneratória prevista no presente artigo tem por base a remuneração total ilíquida apurada após a aplicação das reduções previstas nos artigos 11.º e 12.º da

lei n.º 55-A/2010 de 30 de Junho, e na Lei 47/2010 de 7 de Setembro, para o universo neles referidos.”

5) Cumpre ainda mencionar como sendo objecto do presente pedido de fiscalização sucessiva da constitucionalidade os artigos 20.º e 21.º da Lei n.º 55-A/2010, na medida em que igualmente estabelecem reduções definitivas, respectivamente, nas remunerações dos juízes e dos magistrados do Ministério Público, preceitos que também se dão aqui por integralmente reproduzidos.

6) Ao contrário do que tem sido noticiado, essa é uma redução definitiva, e não apenas temporária, uma vez que a alteração legislativa que se introduziu não foi acompanhada de qualquer cláusula de temporalidade.

7) Nem sequer serve de argumento para dizer o contrário o facto de a Lei do Orçamento do Estado ser um diploma legislativo temporário em atenção à previsão que nele se faz das receitas e despesas a realizar no ano a que respeita, porquanto essa temporalidade é das verbas e não da parte normativa que as leis orçamentais têm vindo a acrescentar cada vez mais.

8) De resto, a leitura do último preceito da Lei n.º 55-A/2010, o artigo 187.º, é muito elucidativa a este propósito uma vez que nele se estabelece o início da vigência de todo o diploma não simultaneamente estabelecendo qualquer fim para a sua vigência, daí se retirando o óbvio resultado de aquelas reduções valerem a título permanente.

9) A gravidade desta medida, para além daquilo que tem de injusto e de imoral, é também de natureza jurídica, por violar a Constituição da República Portuguesa, em várias das suas disposições e princípios.

B) *Violação do princípio do Estado de Direito*

10) Em primeiro lugar, essa norma afigura-se inconstitucional por ofender o princípio constitucional do Estado de Direito, tal como ele é plasmado no art. 2.º do texto da Constituição.

11) Através desse princípio constitucional, podemos perceber que o Estado de Direito implica uma relação de confiança com os cidadãos, não podendo o poder público, sem justificação ou fundamentação material bastante, frustrar as legítimas expectativas criadas.

12) O princípio do Estado de Direito, nesta vertente do sub-princípio da protecção da confiança, não impede a alteração das leis, mesmo que isso corresponda a alterações globais de projectos profissionais na Administração Pública.

13) Mas decerto que esse princípio não aceita que tais alterações ponham em causa, para sempre, níveis remuneratórios que legitimamente os trabalhadores em funções públicas consideraram essenciais e irredutíveis no sentido de a partir deles terem construído as suas opções profissionais.

14) E essa violação é tanto mais violenta quanto é certo ser ela uma infracção que se traduz numa redução salarial permanente, sem que aos trabalhadores sejam dadas perspectivas de reposição, no futuro, dos níveis que até agora têm tido e que não têm sido questionados.

15) Por outro lado, não se pode esquecer ainda o facto de essa violação se justificar no carácter arbitrário da redução porque, sendo permanente, ela assenta num pressuposto que é temporário, que é o pressuposto da crise económico-financeira que grassa no país.

16) Pelo que também por esta via não se vislumbra a justificação material para aquela redução, que nem sequer se mostra ser temporária, antes definitiva.

17) Neste exacto sentido, aliás, já decidiram os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 303/90, de 21/11, e n.º 141/2002, de 9/4, relativos, respectivamente, a uma norma da Lei do Orçamento do Estado de 1989 que determinou o abaixamento dos vencimentos de um certo conjunto de professores e a uma norma da Lei do Orçamento do Estado de 1992 que, estabelecendo o limite máximo da remuneração do Primeiro-Ministro para os vencimentos de determinados funcionários públicos, implicou, nalguns casos, a redução de tais vencimentos.

C) *Violação do princípio da igualdade*

18) Em segundo lugar, essa norma incluída na Lei do Orçamento do Estado para 2011 que reduziu os salários dos trabalhadores em funções públicas é também violadora do princípio da igualdade, consagrado no art. 13.º da Constituição.

19) Por esse princípio se percebe que o legislador não pode determinar as suas normas de um modo caprichoso, antes se submete a sérios e rigorosos ditames de igualação e de discriminação positiva, conforme os casos.

20) Na norma objecto deste pedido de fiscalização sucessiva da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional, a discriminação negativa dos trabalhadores da Administração Pública é manifesta por terem sido prejudicados com esta redução definitiva de salários, sendo certo que há outras categorias de trabalhadores que são igualmente pagos com dinheiros públicos e que não foram atingidos por uma idêntica medida.

21) O legislador, na sua arbitrariedade claramente violadora deste critério de igualdade, chegou ao ponto de nalguns casos até ter construído uma ideia alternativa de adaptação dos salários quanto a outros trabalhadores, e não propriamente a sua redução, com o subterfúgio de tais trabalhadores terem um título jurídico salarial diverso dos trabalhadores em funções públicas.

D) *Violação do direito fundamental à não redução do salário*

22) Em terceiro lugar, cumpre ainda referir a circunstância de os salários dos trabalhadores da Administração Pública, que têm um regime próprio, beneficiarem de um regra de irredutibilidade geral dos mesmos, à semelhança do que sucede com as remunerações dos trabalhadores que se submetem ao Direito do Trabalho.

23) E é bom de ver que os escassos casos em que a redução do salário é aceite não correspondem à norma que agora veio a ser incluído na Lei do Orçamento do Estado para 2011.

24) Mas deve entender-se que estas normas dos regimes gerais dos trabalhadores em funções públicas ou do Código do Trabalho, integrando leis ordinárias, não são normas que possam ser simplesmente alteradas por uma outra lei ordinária, como a Lei do Orçamento do Estado para 2011.

25) Essa é uma conclusão segura pelo facto de aquelas normas juslaborais, públicas ou privadas, reflectirem e concretizarem a realidade superior do direito ao trabalho e do direito ao salário justo dos trabalhadores, que são constitucionalmente acolhidos pelos princípios e pelas disposições que informam a Constituição Laboral.

26) Recorde-se também que aquelas normas podem funcionar como direitos fundamentais legais, reconhecidos por legislação ordinária, mas que por via do art. 16.º, n.º 1, da Constituição, acabam por obter uma força constitucional paralela, a ponto de não poderem ser alteradas ou revogadas por uma lei ordinária posterior.

27) Quer isto dizer que o legislador laboral, público e privado, tem criado novos direitos fundamentais dos trabalhadores por via dessa legislação, sendo o direito à irredutibilidade dos salários, públicos ou privados, um desses direitos fundamentais legais, mas com protecção constitucional.

E) *Violação do direito fundamental de participar na elaboração da legislação laboral por parte das entidades representativas dos trabalhadores*

28) Em quarto lugar, é finalmente de mencionar o facto de esta legislação laboral que reduziu os salários não ter sido devidamente precedida pelas obrigatórias consultas às entidades representativas dos trabalhadores, sendo certo que a lei orçamental tem o mesmo regime, neste ponto, das outras leis.

29) É isso o que se dispõe nos arts. 54.º, n.º 5, al. d), e 56.º, n.º 2, al. a), da Constituição, e também no art. 134º do Regimento da Assembleia da República, pelo que se trata de legislação incons-

tucional por preterição dessa audição, pacificamente considerada obrigatória pelo próprio Tribunal Constitucional.

30) E não parece haver dúvidas sobre o carácter laboral desta medida, até se podendo dizer que nenhuma outra norma se conhece como sendo tão laboral como esta, pois reduz aquilo que de mais essencial e sagrado um trabalhador tem, que é o seu salário.

Termos em que se pede ao Tribunal Constitucional a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de todas as normas dos arts. 19.º, 20.º e 21.º da Lei do Orçamento do Estado para 2011, aprovado pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro.»

3. Resposta do órgão autor da norma

Notificado para se pronunciar sobre o pedido, o Presidente da Assembleia da República veio juntar aos autos cópia da documentação relativa aos trabalhos preparatórios da Lei n.º 55-A/2010 e oferecer o merecimento dos autos.

4. Memorando

Discutido em Plenário o memorando apresentado pelo Presidente do Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 63.º, n.º 1, da LTC, e fixada a orientação do Tribunal, cumpre agora decidir em harmonia com o que então se estabeleceu.

II — FUNDAMENTAÇÃO

5. Vigência temporal das normas impugnadas

O artigo 19.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2011) opera uma redução das remunerações, entre 3,5% e 10%, consoante o seu

montante, de um amplo universo de pessoas, identificadas no n.º 9 do mesmo preceito. São genericamente abrangidos todos quantos auferem retribuições mensais, pagas por dinheiros públicos, superiores a 1500 euros, designadamente os titulares de órgãos de soberania, dos demais órgãos constitucionais e de cargos públicos, os militares das Forças Armadas e da Guarda Nacional Republicana, os gestores públicos e equiparados, e os trabalhadores na Administração central, regional e local do Estado, bem como em empresas, fundações e estabelecimentos públicos.

O artigo 20.º do mesmo diploma, por sua vez, altera o Estatuto dos Magistrados Judiciais (aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30 de Julho), através do aditamento, a este corpo normativo, do artigo n.º 32.º-A. Este preceito, no seu n.º 1, determina a redução, “nos termos da lei do Orçamento de Estado”, das componentes retributivas (vencimento mensal e diuturnidades) previstas no artigo 22.º do referido Estatuto; no n.º 2, reduz, em 20%, o valor dos “subsídios de fixação e compensação” previstos nos artigos 24.º e 29.º do referido Estatuto, verbas atribuídas, respectivamente, a quem exerça funções nas regiões autónomas e a quem não seja disponibilizada, pelo Ministério da Justiça, casa de habitação nas localidades em que tal se mostre necessário.

Idêntico regime consagra o novo artigo 108.º-A do Estatuto do Ministério Público (aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro), introduzido pelo artigo 21.º da Lei do OE para 2011. Aí se prescreve que as componentes retributivas (remuneração base e suplementos) previstas no artigo 95.º desse Estatuto serão reduzidas “nos termos da lei do Orçamento de Estado”, ou seja, entre 3,5% e 10%. Reduz-se ainda, em 20%, o valor dos “subsídios de fixação e compensação” previstos nos artigos 97.º e 102.º do Estatuto do Ministério Público.

A primeira questão que se deverá levantar é a de saber se as reduções de remunerações e de subsídios atrás descritas operam a título definitivo ou apenas a título transitório. É uma questão a ser abordada e solucionada desde já, pois a resposta que se lhe dê constitui um muito relevante factor de valoração, actuante trans-

versalmente em todos os campos problemáticos de aplicação dos parâmetros constitucionais invocados.

Os requerentes afirmam, a este respeito, que a medida é definitiva, pois as normas que a prevêm não têm qualquer cláusula de temporalidade e a anualidade do orçamento vale apenas no que respeita às verbas nele inscritas.

E a verdade é que o artigo 19.º prescreve que o regime de redução se aplica a partir de 1 de Janeiro de 2011 (“A 1 de Janeiro de 2011 são reduzidas as remunerações...”), mas não determina a data da cessação da sua vigência. O mesmo faz, para todo o diploma, o artigo 187.º, que estabelece o mesmo início de vigência, mas é omissivo quanto ao seu fim.

Não se pode, contudo, inferir daí o carácter definitivo da vigência de tais normas. É necessário ter aqui em conta a natureza que revestem e os preceitos constitucionais relativos à vigência das leis do Orçamento.

Apesar de as normas agora impugnadas se inserirem no Orçamento de Estado, podem levantar-se dúvidas quanto à sua natureza especificamente orçamental, dado que não consistem numa mera inscrição de verbas, em normas de aprovação dos mapas de receitas e despesas. Não obstante, não podem ser consideradas *cavaliers budgétaires*, pois apresentam uma imediata incidência financeira, já que visam directamente reduzir o valor das despesas inscritas no orçamento para o ano a que respeita. Não pode, assim, sustentar-se que elas regulam matéria alheia à função específica e mais estrita do orçamento, enquanto instrumento de programação anual económico-financeira da actividade do Estado. Pelo contrário. Dando suporte normativo a uma dada previsão de despesas, e sendo a sua aplicação indispensável à sua correcta execução, elas repercutem-se directamente no próprio quadro contabilístico do orçamento, integrando-se substancialmente neste diploma, como sua componente essencial. E nisso parece esgotar-se a sua eficácia, pois não se projectam, com independência, para fora da aprovação e execução do Orçamento do Estado.

É o suficiente para se poder afirmar que estamos perante medidas de carácter orçamental, com o regime correspondente. Consequentemente, por força de regra constitucional (artigo 106.º, n.º 1, da Constituição), elas não podem gozar de vigência que não seja a anual. Nem é necessário determinar expressamente o termo final da sua vigência, pois este está definido constitucional e legislativamente (artigo 4.º, n.º 1, da Lei de enquadramento orçamental — Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, na redacção da Lei n.º 48/2004, de 24 de Agosto).

Que as normas impugnadas não visam instituir, com carácter de permanência, um novo regime jurídico dos níveis remuneratórios aplicáveis aos sujeitos abrangidos, em substituição definitiva do anteriormente vigente, que, desta forma, resultaria eliminado da ordem jurídica, é interpretação que encontra também algum apoio textual num segmento do n.º 1 e na alínea *d*) do n.º 4 do artigo 19.º da lei do Orçamento do Estado.

Na primeira destas disposições, estabelece-se que a redução é aplicável, não só aos que se encontrem em exercício de funções em 1 de Janeiro de 2011, mas também aos que *iniciem tal exercício, depois dessa data*. Ora, em relação a estes, que, *ab initio*, têm o seu quantitativo remuneratório determinado (também) pelas normas impugnadas, nunca tendo auferido, no passado, um valor mais elevado, a previsão expressa de uma *redução* só se justifica no pressuposto de que os índices anteriores não desapareceram do universo jurídico. Só por confronto com esses índices se pode afirmar que os valores de remuneração resultam reduzidos.

Raciocínio estruturalmente semelhante se pode desenvolver, a propósito do n.º 4, alínea *d*), do preceito em causa. Aí se dispõe que «os descontos devidos são calculados sobre o valor pecuniário reduzido por aplicação do disposto nos n.ºs 1 e 2». O enunciado deste regime (a preocupação em o enunciar) só se compreende se for admitido um outro quadro referencial como alternativa possível, para servir de base para as deduções. E esse quadro só pode ser o dos vencimentos sem as reduções, o que parece subentender que esta medida orçamental é transitória.

No que especificamente respeita às reduções remuneratórias, propriamente ditas, dos magistrados judiciais e dos magistrados do

Ministério Público (as reduções que incidem sobre as componentes do sistema retributivo que se lhes aplica), vale seguramente o mesmo. Elas são duplamente determinadas pela lei do Orçamento do Estado, que, para além de incluir tais magistrados no rol dos sujeitos abrangidos (alínea *f*) do n.º 9 do artigo 19.º), introduz aditamentos aos respectivos Estatutos (os novos artigos 32.º-A e 108.º-A), onde se prevê, nos n.ºs 1, reduções “nos termos da lei do Orçamento do Estado”. Mas tal inserção nos Estatutos parece apenas pretender obviar a eventual inconstitucionalidade por ofensa da “reserva de estatuto”, atendendo designadamente ao alcance que a este conceito deu o Acórdão n.º 620/2007. Não retira a tais medidas o seu carácter orçamental.

Esta conclusão sai reforçada se atentarmos em que as novas normas estatutárias não fixam, elas próprias, a redução a que ficam sujeitos os vencimentos dos magistrados. Reenviam expressamente para os termos da lei orçamental, o que só pode significar que, nesta matéria, os Estatutos não gozam de qualquer autonomia de regime, estando o seu conteúdo normativo e âmbito de eficácia indissolúvelmente presos aos da lei orçamental. O regime aplicável, não só quanto aos quantitativos a reduzir, mas também quanto a todos os outros aspectos coenvolvidos, replica automaticamente o que consta desta lei e ao que é inferível da sua natureza específica.

Já é muito duvidoso que o mesmo se possa dizer da redução em 20% dos subsídios equiparados a ajudas de custo, por força dos n.ºs 2 dos artigos 32.º-A e 108.º-A dos Estatutos dos Magistrados Judiciais e do Ministério Público, respectivamente, aditados pelos artigos 20.º, o primeiro, e 21.º, o segundo, da Lei do OE de 2011. O montante muito superior da taxa de redução (o dobro da taxa máxima das restantes reduções), o facto de ela se não processar “nos termos da lei do Orçamento do Estado” (só por força dessa diferença quantitativa?), o estabelecimento de uma disciplina adicional (a equiparação dos subsídios a ajudas de custo), que não tem a ver directamente com a fixação de montantes das prestações, podem legitimamente levar a supor que a razão de ser e a natureza desta medida não são exactamente coincidentes com as das reduções remuneratórias. Nesta óptica, posto que não sejam alheias à

intenção geral de redução dos gastos públicos, que “marca” o OE de 2011, as normas, agora introduzidas, referentes aos subsídios de fixação e compensação, visariam objectivos e promanariam de critérios que ultrapassam esse desiderato.

A ser assim, a correlação com a lei do orçamento é apenas genética. Uma vez editado, este regime desprende-se do seu local de nascimento, ganha vida própria, sobrevive por si, sem dependência funcional da lei que operou essa inserção. O que significará que basta a inércia do legislador para que os efeitos da redução agora operada, ainda que incidente apenas sobre os montantes em vigor à data da emissão da norma, perdurem indefinidamente, constituindo os montantes resultantes da redução a base de futuras e eventuais actualizações.

Esta interpretação ganha crédito se conexionarmos a iniciativa de introdução desta redução específica com os trabalhos, que simultaneamente decorriam, de revisão de certos aspectos do Estatuto dos Magistrados Judiciais e do Estatuto do Ministério Público. A redução representará, nesta perspectiva, uma solução alternativa a outras propostas de alteração do regime dos subsídios de fixação e de compensação que chegaram a ser formuladas e publicitadas. E, efectivamente, a Lei n.º 9/2011, de 12 de Abril de 2011, que contém a 14.ª revisão do Estatuto dos Magistrados Judiciais e a 10.ª revisão do Estatuto do Ministério Público, abandonou essas propostas, deixando inalterado o regime daqueles subsídios.

Há fortes indícios, pois, de estarmos perante uma correcção não transitória do *quantum* de tais prestações. Como tal será tratada nas valorações subsequentes.

Tudo o que atrás se disse, quanto às reduções das remunerações, releva de uma análise estritamente jurídica da situação normativa actual. Mas não pode ignorar-se que as reduções remuneratórias estabelecidas na lei do Orçamento do Estado de 2011 têm como objectivo final a diminuição do défice orçamental para um valor precisamente quantificado, respeitador do limite estabelecido pela União Europeia, no quadro das regras da união económica e monetária. Para o efeito, foi estabelecida uma calendarização por

etapas anuais, sendo que a satisfação plena de tal objectivo só se atingirá, de acordo com o programado, em 2013. Programa que, note-se, não traça metas de consecução desejável mas de cumprimento incerto, responsabilizadoras apenas internamente, em termos político-eleitorais, antes estabelece compromissos firmes do Estado português perante instâncias internacionais, compromissos constantes, num primeiro momento, do Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC) e, no presente, em moldes formalmente mais vinculativos, do “Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica”, acordado com a Comissão Europeia, e do Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, assinado com o FMI.

Neste contexto, pode dizer-se que as medidas de diminuição da despesa pública inscritas no Orçamento de 2011 mais não representam do que uma parcela, uma fase, de um programa cuja realização integral se estende por um horizonte temporal mais alargado. Não tendo o legislador optado, porém, por estabelecer expressamente para as reduções remuneratórias uma vigência correspondente à do PEC (2010-2013), esse dado não invalida a conclusão de que elas vigorarão segundo a sua natureza de medidas de carácter orçamental, ou seja, anualmente, caducando no termo do ano em curso. Apenas leva a dar como praticamente certa, porque necessária para o cumprimento das vinculações assumidas, a repetição de medidas de idêntico sentido, para vigorar nos anos correspondentes aos da execução do programa que as justifica e em que se integram, ou seja, até 2013.

De qualquer forma, a ser tida em conta, esta prognose apenas pode fundar a conclusão de que estas medidas terão uma duração *plurianual*, sem pôr em causa o seu carácter *transitório*, de acordo com a sua razão de ser e natureza, de resposta normativa a uma conjuntura excepcional, que se pretende corrigir, com urgência e em prazo o mais breve possível, para padrões de normalidade.

A justificação apresentada para a medida no Relatório que acompanha o Orçamento de Estado é, aliás, clara em salientar que ela se insere num “contexto de excepcionalidade” não visando qualquer tipo de retrocesso social, mas sim o cumprimento das metas resultantes do Pacto de Estabilidade e Crescimento.

Aí se pode ler:

«Uma medida como a da redução remuneratória só é adoptada quando estão em causa condições excepcionais e extremamente adversas para a manutenção e sustentabilidade do Estado Social. Não se pretende instituir qualquer tipo de padrão ou retrocesso social, mas sim assegurar a assumpção das responsabilidades e dos compromissos do Estado português, quer internamente, continuando a prestar um serviço público de qualidade, quer internacionalmente, desde logo na esfera da União Europeia, no quadro do Pacto de Estabilidade e Crescimento».

Estando estas medidas instrumentalmente vinculadas à consecução de fins de redução de despesa pública e de correcção de um excessivo desequilíbrio orçamental, de acordo com um programa temporalmente delimitado, é de atribuir-lhes idêntica natureza temporária, nada autorizando, no presente, a considerar que elas se destinam a vigorar para sempre. Independentemente dos juízos e dos cálculos previsionais, do ponto de vista económico-financeiro, quanto à evolução das contas públicas e à possibilidade de contenção do défice orçamental nos limites e na data fixados — matéria de que é inarredável um forte grau de subjectividade — o certo é que não se visiona, no momento actual, qualquer base normativa que objectivamente permita dar por assente que as reduções remuneratórias perdurarão indefinidamente.

6. Participação das organizações de trabalhadores na elaboração da lei

Os artigos 54.º, n.º 5, alínea *d*), e 56.º, n.º 2, alínea *a*), da Constituição determinam que constitui um direito das comissões de trabalhadores e também das associações sindicais “participar na elaboração da legislação do trabalho”.

Mencionam os requerentes “o facto de esta legislação laboral que reduziu os salários não ter sido devidamente precedida pelas

obrigatórias consultas às entidades representativas dos trabalhadores (...).”

A noção de “legislação do trabalho” levanta dificuldades, “tanto quanto ao seu âmbito material, como quanto aos tipos de diplomas abrangidos” (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 724).

O Tribunal Constitucional já decidiu que, para efeitos de participação na elaboração da legislação laboral, se deviam considerar, quer a legislação relativa a abono de alimentação (Acórdão n.º 24/92), quer a legislação relativa a remuneração complementar ou acessória (Acórdão n.º 124/93), com repercussão nas relações individuais de trabalho, quer ainda a legislação relativa a “vencimentos e demais prestações de carácter remunerado” respeitantes a relações jurídicas de emprego público (Acórdãos n.ºs 362/94, 745/98 e 360/2003, entre outros), merecendo tal jurisprudência a opinião favorável da doutrina (Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 1113 e seg.).

E o facto de uma norma estar formalmente inserida no Orçamento de Estado não obsta, só por si, à aplicação deste regime. Já por uma vez, pelo menos, o Tribunal considerou que as organizações de trabalhadores deveriam ser ouvidas sobre normas constantes da lei do Orçamento de Estado (Acórdão n.º 360/2003). Mas, no caso, entendeu o Tribunal tratar-se de normas que “não dizem directamente respeito a receitas ou a despesas, assumindo a natureza de cavaliers budgétaires”, dado que estavam em causa medidas estruturantes do regime de aposentação.

Ora, não é essa, como vimos, a natureza das normas constantes dos artigos 19.º, 20.º, n.º 1, e 21.º, n.º 1, da Lei do OE de 2011. Elas estão perfeitamente imbrincadas com a fixação das verbas do mapa orçamental referentes às despesas com o pessoal, tendo imediata incidência na execução orçamental e na sua viabilização. Nisso reside a sua exclusiva função. Não visam regular, com carácter de permanência, qualquer aspecto da estrutura vinculativa das relações laborais ou de emprego público, constituindo antes uma providência avulsa, de alcance temporal limitado, ditada por

razões de urgente necessidade de diminuição do desequilíbrio orçamental.

Tendo isso em conta, foi considerado que tais normas comungam da natureza própria da Lei do Orçamento. Em conformidade, é discutível que elas, ainda que consagrando reduções remuneratórias, possam ser qualificadas como “legislação do trabalho”, para efeitos de participação das organizações de trabalhadores na sua elaboração.

Seja como for, não urge decidir aqui se era ou não imperativa essa participação, pois, qualquer que seja o entendimento a esse respeito, o certo é que a alegação de que não houve consulta é claramente infirmada pela “história” dos trabalhos preparatórios da lei.

Na verdade, constata-se que, tendo o *Diário da República*, II Série-A, de 15 de Outubro de 2010, publicado a proposta de lei do Orçamento (Proposta n.º 42/XI), em 27 do mesmo mês viu a luz do dia uma separata do referido *Diário* (separata n.º 29/10), de onde consta um conjunto vasto de normas (e não apenas as impugnadas), integradas na Secção I e na Secção II do Capítulo III, composto por “disposições relativas aos trabalhadores do sector público”.

A reprodução dessas disposições é antecedida de uma comunicação “às organizações sindicais e todas as estruturas representativas dos trabalhadores da Administração Pública”, impressa com grande destaque e ocupando toda a uma página (p. 2) da separata.

No primeiro parágrafo dessa comunicação/aviso lê-se o seguinte:

«Nos termos e para os efeitos da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio, e do artigo 134.º do Regimento da Assembleia da República, com as devidas adaptações, avisam-se estas entidades de que se encontra para apreciação, de 27 de Outubro a 15 de Novembro de 2010, o Capítulo III (Disposições relativas aos trabalhadores do sector público) da proposta de lei n.º 42/XI (2.ª) — *Orçamento do Estado para 2011.*»

Indica o texto, de seguida, para onde deverão ser enviados “as sugestões e pareceres”, por via postal ou correio electrónico, concludo-se:

«Dentro do mesmo prazo, as organizações sindicais e todas as estruturas representativas dos trabalhadores da Administração Pública poderão solicitar audiências à Comissão Parlamentar de Orçamento e Finanças, devendo fazê-lo por escrito, com indicação do assunto e fundamento do pedido.»

Em anexo (p. 20-22), publica-se na separata, sob o título “Apreciação pública”, o modelo da comunicação electrónica a utilizar facultativamente, com espaço próprio para o “contributo” e para identificação do sujeito ou entidade que o envia, bem como o artigo 134.º do Regimento da Assembleia da República e a referida Lei n.º 23/98.

Este procedimento deu cumprimento ao disposto no n.º 3 do artigo 134.º do Regimento da Assembleia da República, nos termos do qual «para efeitos do disposto nos números anteriores [a promoção da apreciação da legislação do trabalho], os projectos e propostas de lei são publicados previamente em separata electrónica do *Diário*».

Idêntico regime consta do Código do Trabalho (agora, após a revisão operada pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, do artigo 472.º, n.º 1, alínea *a*)). Integrando-se num conjunto de disposições que regulam a “participação na elaboração da legislação do trabalho”, esta norma dispõe que, para esse efeito, os projectos e propostas, “tratando-se de legislação a aprovar pela Assembleia da República”, são publicados em separata do Diário da Assembleia da República.

Acresce que, já anteriormente, em 20 de Outubro de 2010, tinha sido publicada uma separata (separata n.º 5) do *Boletim do Trabalho e Emprego*, contendo um despacho conjunto do Ministro de Estado e das Finanças e da Ministra do Trabalho e da Solidariedade Social, determinando «a publicação em separata do *Boletim do Trabalho e Emprego* das normas constantes da proposta de lei do Orçamento do Estado para 2011 com incidência nos trabalhadores com relação pública de emprego regulada pelo Código do Trabalho». Mais se determinou que «o prazo de apreciação pública do projecto é de 20 dias, a contar da data de publicação, a título excepcional e por motivo de urgência (...)».

Em cumprimento deste despacho, publicou a referida separata, sob uma epígrafe correspondente ao objecto naquele fixado, um conjunto de normas atinentes ao regime remuneratório e de ajudas de custo dos trabalhadores em causa, entre as quais a que veio a dar origem ao artigo 19.º da Lei n.º 55-A, de 31 de Dezembro.

Perante estes factos, a questão a que este Tribunal é chamado a responder não é a do cumprimento ou não das normas infraconstitucionais que, em concretização do imperativo constitucional, regulam, com algum detalhe, a participação na elaboração da legislação do trabalho das entidades representativas dos trabalhadores a tal legitimadas.

A questão em juízo é antes a de saber se os procedimentos acima descritos correspondem a *um* modo admissível, por constitucionalmente adequado, de promover a audição que os artigos 54.º, n.º 5, alínea *d*), e 56.º, n.º 2, alínea *a*), impõem. Deste ponto de vista, o que interessa é apreciar e decidir se, através daquelas acções, foi ou não dada suficiente possibilidade de aquelas entidades se fazerem ouvir, intervindo no processo legislativo de maneira a que a manifestação das suas opiniões pudesse ser tida em conta. As eventuais irregularidades ou ilegalidades que porventura se detectem, quanto ao cumprimento das normas de direito ordinário aplicáveis, não passam disso mesmo, se simultaneamente não puserem em crise a satisfação bastante, atenta a sua razão de ser, do direito de participação constitucionalmente outorgado. Na mesma medida, e inversamente, são de incluir, entre os dados da valoração a efectuar, procedimentos não legislativamente impostos, mas a que seja de atribuir real eficácia comunicativa.

É nesta perspectiva que importa relevar, como um contributo de publicitação a ter em conta, a separata do *Boletim do Trabalho e Emprego*. Ainda que não estivesse em causa legislação a aprovar pelo Governo da República, pelo que estava excluía a sua obrigatoriedade imposta pela alínea *b*) do n.º 1 do artigo 472.º do Código do Trabalho, e ainda que formalmente só fossem contemplados os trabalhadores com relação de emprego regulada pelo Código do Trabalho, o certo é que se trata de uma publicação oficial, de tratamento exclusivo de matéria laboral, por isso mesmo de fácil e expectável cognoscibilidade pelas estruturas representativas dos

trabalhadores, a qual, com anterioridade em relação à separata do Diário da República, as alertou para a possibilidade de exercício do seu direito de participação.

O alcance deste direito já foi lapidarmente descrito no Acórdão n.º 22/86. Aí se escreveu:

«A participação das associações sindicais na elaboração da legislação do trabalho há-de traduzir-se no conhecimento, por parte delas, do texto dos respectivos projectos de diploma legal, antes naturalmente deles serem definitivamente aprovados, desse modo se lhes dando a possibilidade de se pronunciarem sobre os mesmos, seja formulando críticas, dando sugestões, emitindo pareceres ou até fazendo propostas alternativas — o que tudo deve ser tido em conta na elaboração definitiva da norma que se pretende produzir.

Não se trata, por conseguinte, de qualquer participação das referidas organizações sindicais no trabalho dos órgãos legislativos (...)

Do que, pois, tão-só se trata — vistas as coisas do lado do órgão legislativo — é de um dever de consulta dos trabalhadores; e, no tocante às sugestões, críticas, pareceres ou propostas que eles até si fizeram chegar, da obrigação de as tomar em consideração, acolhendo aquelas que o justifiquem».

Está fundamentalmente em causa, pelo lado passivo, um dever de *audição* ou de *consulta* (como o prefere qualificar o n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 23/98), a cumprir em tempo oportuno, de modo a propiciar uma *pronúncia* susceptível de ser tomada em consideração, pelo órgão legiferante.

Pressuposto básico do cumprimento desse dever é a suficiente *publicidade* ao texto do diploma a aprovar, por forma que permita presumir, fundadamente, que as entidades titulares do direito de participação dele tomam conhecimento.

No Acórdão n.º 360/2003, reiterando o critério perfilhado no Acórdão n.º 64/91, foi entendido que «teria sido suficiente para alcançar o universo das entidades a que constitucionalmente é garantido o universo de participação a publicação oficial da proposta de lei, desde que efectuada de forma adequada ao efeito pretendido».

No caso julgado naquele Acórdão, foi decidido que esta última exigência não fora satisfeita, pelo facto de a publicação vir «desacompanhada do convite às associações sindicais para se pronunciarem sobre as normas destinadas a alterar o Estatuto da Aposentação».

Ora, neste ponto, tido por decisivo, se diferencia a situação em juízo, pois, como vimos, a publicação, em duas separatas oficiais, da parte relevante do texto da proposta de lei de OE é antecedida do convite expresso às associações sindicais para sobre ela se pronunciarem. Assim é activada a consciencialização do direito de pronúncia que essas entidades detêm, conjuntamente com o conhecimento do objecto sobre que ele concretamente recai.

Com situação exactamente idêntica se confrontou o Acórdão n.º 368/2002, que decidiu por unanimidade, em plenário, tratar-se de um procedimento que garante suficientemente a participação das organizações representativas dos trabalhadores.

É de manter esse entendimento. A declaração por anúncio público é um modo legítimo de comunicação, quando estamos perante um universo plúrimo de destinatários dificilmente determinável. E a eficácia funcional da comunicação está garantida, desde que os interessados cumpram um ónus de diligência perfeitamente comportável.

No caso presente, essa garantia foi substancialmente reforçada, ainda, pela publicação, em dois jornais diários de grande circulação, no dia 27 de Outubro de 2010, do anúncio da publicação da separata, em conformidade com o disposto no n.º 3 do artigo 472.º do Código do Trabalho.

Exigir mais seria exigir comunicações personalizadas. Com custos sérios de praticabilidade, tal meio comporta sempre o risco, já concretizado no passado, de serem desconsiderados titulares do direito de participação.

Como se diz no citado Acórdão n.º 360/2003, a publicação oficial releva “como meio de alcançar adequadamente *todas* as entidades visadas” [*itálico nosso*].

Há que ajuizar, por último, se a comunicação foi feita com a antecedência bastante para dar possibilidade prática de efectivação ao direito de participação.

Relembrem-se, a propósito, as datas mais marcantes, para o efeito, do processo legislativo.

A proposta de lei foi publicada no *Diário da República*, II Série-A, em 15 de Outubro de 2010; foi submetida à apreciação das entidades representativas dos trabalhadores, através de publicação em separatas do *Boletim do Trabalho e Emprego*, em 20 de Outubro, e do *Diário da Assembleia da República*, em 27 do mesmo mês. No primeiro caso, foi fixado o prazo de pronúncia de 20 dias, a contar da publicação; no segundo, o prazo terminava em 15 de Novembro seguinte.

A Assembleia da República discutiu e votou, na generalidade, a proposta de lei, em 3 de Novembro de 2010; em 26 do mesmo mês, processou-se a aprovação final global.

Dando por assente que o prazo de pronúncia foi suficientemente dilatado, ainda que no limite da suficiência, a questão que esta sequência temporal suscita tem a ver com o facto de esse prazo ainda estar a decorrer quando ocorreu a aprovação, na generalidade, da proposta, só findando quando decorriam os trabalhos de discussão, na especialidade, na respectiva Comissão.

Temos por seguro que esta circunstância não obstaculizou a tomada em consideração das posições das organizações que se tenham manifestado. O que importa é que o prazo finde com anterioridade suficiente ao da aprovação final, por forma a que a pronúncia possa ainda repercutir-se, se assim for entendido, no texto definitivo.

Foi esse o caso.

Aliás, quanto ao lugar paralelo da audição dos órgãos de governo regional (artigo 229.º, n.º 2, da CRP), o Tribunal tem sistematicamente decidido que o que importa é que a pronúncia possa ser emitida e conhecida em tempo útil, em termos de a Assembleia da República a poder considerar antes da aprovação final — cfr., entre outros, os Acórdãos n.ºs 670/99, 529/2001, e 581/2007.

Há a acrescentar a tudo quanto fica dito que foram pedidos directamente pareceres sobre a proposta de Lei, em 3 de Novembro de 2010, ao Conselho Superior da Magistratura, ao Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, ao Conselho Superior do Ministério Público, à Associação Sindical dos Juizes Portugueses, e ao Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. As quatro primeiras entidades emitiram efectivamente opinião, a Associação Sindical dos Juizes Portugueses em 9 de Novembro de 2011.

Em face do exposto, é de concluir que não houve qualquer vício formal de procedimento, por falta de participação das organizações representativas dos trabalhadores na elaboração da lei do Orçamento do Estado de 2011.

7. Irredutibilidade dos salários

Invoca o requerente, em fundamentação do pedido, a violação do “direito fundamental à não redução do salário”.

Não consta da Constituição qualquer regra que estabeleça *a se*, de forma directa e autónoma, uma garantia de irredutibilidade dos salários. Essa regra inscreve-se no direito infraconstitucional, tanto no Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (artigo 89.º, alínea *d*)), como no Código do Trabalho (artigo 129.º, n.º 1, alínea *d*)).

Vem arguido que tal garantia, ainda que integrando a legislação ordinária, goza de “força constitucional paralela”, por via do artigo 16.º, n.º 1, da Constituição.

Deve começar por se anotar que tal regra de direito ordinário apenas vale para a retribuição em sentido próprio. Na verdade, ela não abrange, por exemplo, as ajudas de custo, outros abonos, bem como o pagamento de despesas diversas do trabalhador (Maria do Rosário Ramalho, *Direito do Trabalho*, II, *Situações laborais individuais*, Coimbra, 2006, p. 564 e 551). Nessa medida, os subsídios de fixação e de compensação de que gozam os magistrados,

expressamente equiparados a ajudas de custo, encontram-se, à partida, fora do âmbito da garantia.

Mas importa sobretudo sublinhar que a regra não é absoluta. De facto, a norma que proíbe ao empregador, na relação laboral comum, diminuir a retribuição (artigo 129.º, n.º 1, alínea *d*), do Código de Trabalho) ressalva os “casos previstos neste Código ou em instrumento de regulamentação colectiva do trabalho”. Quanto à relação de emprego público, admite-se que a lei (qualquer lei) possa prever reduções remuneratórias (cfr. o citado artigo 89.º, alínea *d*). O que se proíbe, em termos absolutos, é apenas que a entidade empregadora, tanto pública como privada, diminua arbitrariamente o quantitativo da retribuição, sem adequado suporte normativo.

Deste modo, não colhe a argumentação de que existiria um direito à irredutibilidade do salário que, consagrado na legislação laboral, teria força de direito fundamental, por virtude da cláusula aberta do artigo 16.º, n.º 1, da Constituição. Se assim fosse, o legislador encontrar-se-ia vinculado por tal imperativo, o que, como vimos, não sucede. Em segundo lugar, não se pode dizer, uma vez garantido um mínimo, que a irredutibilidade do salário seja uma exigência da dignidade da pessoa humana ou que se imponha como um bem primário ou essencial, sendo esses os critérios materiais para determinar quando estamos perante um direito subjectivo que se possa considerar “fundamental” apesar de não estar consagrado na Constituição e sim apenas na lei ordinária (Cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Coimbra, 2009, p. 79-80).

De resto, o legislador constituinte teve a preocupação de estabelecer uma densa rede protectora da contrapartida remuneratória da prestação laboral, dando consagração formal, no texto da Constituição, às garantias que entendeu serem postuladas pelas exigências de tutela, a este nível, da condição dos trabalhadores. Assim é que, para além do reconhecimento do direito básico à retribuição, manda-se observar o princípio de que “para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna” (alínea *a*) do n.º 1 do artigo 59.º), fixa-se como incumbência do Estado “o estabelecimento e a actualização do salário mínimo nacional” (alí-

nea a) do n.º 2 do mesmo artigo), acrescentando-se, na revisão de 1997, a imposição constitucional de “garantias especiais dos salários” (n.º 3 do artigo 59.º). Não é de crer que o programa constitucional, tão exaustivamente delineado, nesta matéria, só fique integralmente preenchido com a atribuição da natureza de direito fundamental legal ao direito à irredutibilidade da retribuição, qualificação para a qual não se descortina fundamento material bastante.

Direito fundamental, esse sim, é o “direito à retribuição”, e direito de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias, como é pacífico na doutrina e este Tribunal tem também afirmado (cfr., por exemplo, o Acórdão n.º 620/2007). Mas uma coisa é o direito à retribuição, outra, bem diferente, é o direito a um concreto montante dessa retribuição, irredutível por lei, sejam quais forem as circunstâncias e as variáveis económico-financeiras que concretamente o condicionam. Não pode, assim, entender-se que a intocabilidade salarial é uma dimensão garantística contida no âmbito de protecção do direito à retribuição do trabalho ou que uma redução do *quantum* remuneratório traduza uma afectação ou restrição desse direito.

Inexistindo qualquer regra, com valor constitucional, de directa proibição da diminuição das remunerações e não sendo essa garantia inferível do direito fundamental à retribuição, é de concluir que só por parâmetros valorativos decorrentes de princípios constitucionais, em particular os da confiança e da igualdade, pode ser apreciada a conformidade constitucional das soluções normativas em causa.

Tem sido essa, aliás, a orientação constante deste Tribunal, sempre que chamado a julgar questões atinentes, directa ou indirectamente, a reduções remuneratórias. Foi assim no Acórdão n.º 303/90, sobre vencimentos dos ex-regentes escolares, no Acórdão n.º 786/96, sobre alterações ao Estatuto dos Militares das Forças Armadas, com repercussão no subsídio da condição militar, e no Acórdão n.º 141/2002, referente à fixação de limites de vencimentos a funcionários em funções em órgãos de soberania, a membros dos gabinetes de órgãos de soberania, a funcionários dos grupos parlamentares e a funcionários das entidades e organismos que

funcionam juntos dos órgãos de soberania, a qual importou uma efectiva e significativa redução dos vencimentos auferidos por esses sujeitos. Independentemente do sentido das pronúncias, foi exclusivamente à luz do conteúdo normativo desses princípios que elas foram emitidas.

Não estando em causa a afectação do direito a um mínimo salarial, uma vez que a redução remuneratória apenas abrange retribuições superiores a 1500 euro, valor muito superior ao do salário mínimo nacional, a irredutibilidade apenas poderá resultar do respeito pelo princípio da protecção da confiança e porventura, ainda, do princípio da igualdade.

É a eventual violação dos princípios da confiança e da igualdade, também invocada pelos requerentes, que, de seguida, analisaremos.

8. Princípio da protecção da confiança

Os requerentes alegam que terá havido uma violação do princípio da protecção da confiança ínsito no princípio do Estado de Direito, tal como surge plasmado no artigo 2.º da Constituição. Sustentam que a medida não tem justificação material suficiente e que a redução é arbitrária “porque, sendo permanente, ela assenta num pressuposto que é temporário, que é o pressuposto da crise económico-financeira que grassa no país”.

Já vimos que a redução remuneratória tem natureza orçamental não sendo, por isso, definitiva. Ainda assim, poderá questionar-se se não violará o princípio da protecção da confiança.

A protecção da confiança traduz a incidência subjectiva da tutela da segurança jurídica, representando ambas, em concepção consolidadamente aceita, uma exigência indeclinável (ainda que não expressamente formulada) de realização do princípio do Estado de direito democrático (artigo 2.º da CRP).

A aplicação do princípio da confiança deve partir de uma definição rigorosa dos requisitos cumulativos a que deve obedecer a situação de confiança, para ser digna de tutela. Dados por verifica-

dos esses requisitos, há que proceder a um balanceamento ou ponderação entre os interesses particulares desfavoravelmente afectados pela alteração do quadro normativo que os regula e o interesse público que justifica essa alteração. Dessa valoração, em concreto, do peso relativo dos bens em confronto, assim como da contenção das soluções impugnadas dentro de limites de razoabilidade e de justa medida, irá resultar o juízo definitivo quanto à sua conformidade constitucional.

Esta correcta metódica aplicativa já foi apontada, nos seus traços nucleares, pelo Acórdão n.º 287/90. Respondendo à questão de saber quando é que estamos perante a “inadmissibilidade, arbitrariedade ou onerosidade excessiva” de uma conformação que afecta “expectativas legitimamente fundadas” dos cidadãos, discorre aquele aresto:

«A ideia geral de inadmissibilidade poderá ser aferida, nomeadamente, pelos seguintes critérios:

Afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda

Quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, desde a 1.ª revisão).

Pelo primeiro critério, a afectação de expectativas será extraordinariamente onerosa. Pelo segundo, que deve acrescer ao primeiro, essa onerosidade torna-se excessiva, inadmissível ou intolerável, porque injustificada ou arbitrária.

Os dois critérios completam-se, como é, de resto sugerido pelo regime dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição. Para julgar da existência de excesso na “onerosidade”, isto é, na frustração forçada de expectativas, é necessário averiguar se o interesse geral que presidia à mudança do regime legal deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado, na hipótese reforçado pelo interesse na previsibilidade de vida jurídica, também necessariamente sacrificado pela mudança. Na falta de tal interesse do

legislador ou da sua suficiente relevância segundo a Constituição, deve considerar-se arbitrário o sacrifício e excessiva a frustração de expectativas.»

E concluía o citado acórdão, neste trecho:

«Nada dispensa a ponderação na hipótese do interesse público na alteração da lei em confronto com as expectativas sacrificadas».

A mesma ideia foi retomada no Acórdão n.º 303/90, proferido precisamente a respeito da questão de saber se a diminuição no montante do vencimento de uma certa categoria de funcionários afectaria o princípio da protecção da confiança:

«A questão residirá, assim, em saber se aquela afectação se reveste de jeito inadmissível, arbitrário ou excessivamente oneroso, sendo que o primeiro daqueles modos — a inadmissibilidade —, se é implicante de uma mudança na ordem jurídica, com repercussão nas situações de facto já alcançadas, com a qual, razoável e normalmente, os cidadãos destinatários das normas pré-existentes e das que operaram a modificação, não podiam e deviam contar, terá também de ser completado com a circunstância de a mutação normativa afectadora das expectativas não ter sido imposta por prossecução ou salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e que, na dicotomia com os afectados, se postem em grau tal que lhes confira prevalência, pois, se não se postarem, haverá, então, falta de proporcionalidade e, logo, uma forma de arbítrio (veja-se, sobre o ponto, o Acórdão n.º 287/90 [...])».

Em formulações variadas, estes critérios estiveram reiteradamente presentes na jurisprudência posterior em que o princípio da confiança foi convocado como parâmetro de apreciação. A partir do Acórdão n.º 128/2009 (e com acolhimento nos Acórdãos n.ºs 188/2009 e 3/2010), eles foram precisados e desenvolvidos, com recondução a quatro diferentes requisitos ou testes. Escreveu-se, nesse sentido:

«Para que para haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem

tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa».

Como se vê, a protecção da confiança, enquanto corolário e exigência do princípio do Estado de direito democrático, princípio, este, de “contornos fluidos” e “conteúdo relativamente indeterminado”, quando “não acha devido apoio noutros preceitos constitucionais” (como reconheceu o Acórdão n.º 93/84), foi objecto de um intenso labor de densificação que lhe traçou um preciso âmbito de aplicação, bem como um modo procedimental de (necessária) confrontação com princípios constitucionais e interesses constitucionalmente credenciados, em oposição. São esses critérios que há que aplicar nos presentes autos.

Vêm invocados, como precedentes, os Acórdãos n.ºs 303/90 e 141/2002, referíveis a situações em que determinadas alterações legislativas, constantes de leis do orçamento (respectivamente, o Orçamento de Estado para 1989 e os Orçamentos de Estado para 1992 e 1993) tinham como implicação uma redução remuneratória de certas categorias de trabalhadores com relação de emprego público.

E efectivamente, em ambos os casos, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas impugnadas, “por violação do princípio da confiança, ínsito no princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição”.

Mas urge atentar nos fundamentos que sustentam as decisões.

A razão invocada no Acórdão n.º 303/90 foi a falta de justificação específica da medida que implicava uma redução salarial. Aí se diz:

«Não nos dá a Lei n.º 114/88, nem os seus trabalhos preparatórios, qualquer indicação sobre a existência de motivos ligados à prossecução ou salvaguarda de interesses (designadamente econó-

micos ou financeiros) tais que, de um ponto de vista proporcional, aconselhassem à suspensão do «vencimento adquirido» pelos agentes de ensino em causa e, por isso, afectasse esse direito, sob pena de se não alcançar aquelas prossecução ou salvaguarda.

[...]

Torna-se, desta arte, indiscortinável qual seja o interesse e a sua suficiente relevância que levaram à suspensão do regime da Lei n.º 103/88.

[...] Atingido um nível remuneratório que lhes conferia [aos titulares da remuneração], na ocasião da entrada em vigor desta última Lei, um quantitativo então igual ao percebido pelos professores diplomados com os cursos das escolas do magistério primário, é perfeitamente compreensível que os destinatários daquele diploma ficassem possuídos da convicção de que esse «direito» subjectivado a tal quantitativo, já concretizado objectivamente, para o futuro, e sem que surgissem acentuadas alterações da conjuntura económico-financeira, era algo de reconhecido pela ordem jurídica e com o qual eles podiam e deviam contar, deste modo ficando convencidos que o dito montante não seria diminuído.

Ao suspender o referido «direito», o n.º 11 do artigo 14.º da Lei n.º 114/88 veio, de forma efectiva, frustrar a indicada convicção, sem que se antolhe a existência de situação de interesse geral ou conformação social de suficiente peso que pudessem tornar previsível ou verosímil tal suspensão.

Por isso se depara uma inadmissível (porque irrazoável, extraordinariamente onerosa e excessiva) afectação levada a cabo pela norma sindicada».

Já o Acórdão n.º 141/2002 inscreveu, na sua fundamentação, como motivos da declaração de inconstitucionalidade, a “redução substancial” da remuneração com “efeitos imediatos”, conjugada com a inexistência ou falta de invocação de um específico “interesse público” que pudesse justificar a medida. Nas palavras do acórdão:

«Nesta conformidade, tem de se concluir que, por força do estabelecido na própria disposição legal que a previa, se estava perante uma *remuneração acessória* com um regime especial que

lhe conferia uma particular estabilidade e consistência, o que justificava a expectativa do seu integral recebimento por banda dos funcionários afectados. Ora, o que aconteceu foi que, por via da norma em causa, a remuneração global dos funcionários por ela abrangidos foi objecto de uma *redução substancial* e com *efeitos imediatos*, o que também se afigura particularmente relevante.

[...]

Por outro lado, não se descortinam — nem sequer foram invocados — quaisquer motivos que pudessem aqui «justificar» a adopção da medida com efeitos retrospectivos, nomeadamente particulares razões de interesse público ou uma qualquer alteração objectiva e concreta das condições de trabalho do pessoal afectado».

Isto é, tendo sido dado por assente, em ambos os casos, que a confiança legítima saíra vulnerada com as soluções impugnadas, o Tribunal não descortinou qualquer interesse público cuja salvaguarda as pudesse justificar. Daí a decisão de inconstitucionalidade. Merecerá idêntico juízo o caso agora em apreciação?

Não custa admitir que uma redução remuneratória abrangendo universalmente o conjunto de pessoas pagas por dinheiros públicos não cai na zona de previsibilidade de comportamento dos detentores do poder decisório. O quase contínuo passado de aumentos anuais dos montantes dos vencimentos, na função pública, legitima uma expectativa consistente na manutenção, pelo menos, das remunerações percebidas e a tomada de opções e a formação de planos de vida assentes na continuidade dessa situação.

As reduções agora introduzidas, na medida em que contrariam a normalidade anteriormente estabelecida pela actuação dos poderes públicos, nesta matéria, frustram expectativas fundadas. E trata-se de reduções significativas, capazes de gerarem ou acentuarem dificuldades de manutenção de práticas vivenciais e de satisfação de compromissos assumidos pelos cidadãos. Sem esquecer que, relativamente a algumas categorias de destinatários, elas se cumularam com outras medidas anteriores de redução remuneratória. Assim, a redução prevista no artigo 19.º, n.º 1, da lei do Orçamento do Estado “tem por base a remuneração total ilíquida apurada após a aplicação das reduções previstas nos artigos 11.º e

12.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, e na Lei n.º 47/2010, de 7 de Setembro, para os universos neles referidos”, sendo certo que tais diplomas já tinham operado reduções remuneratórias (artigo 19.º, n.º 8). De facto, os artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 12-A/2010 tinham reduzido, a título excepcional, em 5%, os vencimentos mensais ilíquidos dos titulares de cargos políticos e dos gestores públicos e equiparados e, também, o artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 47/2010 tinha já reduzido, a título excepcional, em 5%, o vencimento mensal ilíquido dos membros das Casas Civil e Militar da Presidência da República, dos gabinetes dos membros do Governo, dos gabinetes dos Governos Regionais, dos gabinetes de apoio pessoal dos presidentes e vereadores das câmaras municipais e dos governadores civis.

Essa redução teve, além disso, efeitos imediatos, logo no dia de entrada em vigor da lei do Orçamento do Estado, ou seja, um dia após a sua publicação em Diário da República.

Não se pode ignorar, todavia, que atravessamos reconhecida-mente uma conjuntura de absoluta excepcionalidade, do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos. O desequilíbrio orçamental gerou forte pressão sobre a dívida soberana portuguesa, com escalada progressiva dos juros, colocando o Estado português e a economia nacional em sérias dificuldades de financiamento. Os problemas suscitados por esta situação passaram a dominar o debate político, ganhando também foros de tema primário na esfera comunicacional. Outros países da União Europeia vivem problemas semelhantes, com interferências recíprocas, sendo divulgada abundante informação a esse respeito.

Neste contexto, e no quadro de uma estratégia global delineada a nível europeu, entrou na ordem do dia a necessidade de uma drástica redução das despesas públicas, incluindo as resultantes do pagamento de remunerações. Medidas desse teor foram efectivamente tomadas noutros países, com larga anterioridade em relação à publicação da proposta de lei do Orçamento do Estado para 2011, e com reduções remuneratórias mais acentuadas do que aquelas que este diploma veio a implementar.

Pode pôr-se em dúvida, em face deste panorama, se, no momento em que as reduções entraram em vigor, persistiam ainda

as boas razões que, numa situação de normalidade, levam a atribuir justificadamente consistência e legitimidade às expectativas de intangibilidade de vencimentos.

Do que não pode razoavelmente duvidar-se é de que as medidas de redução remuneratória visam a salvaguarda de um interesse público que deve ser tido por prevalecente — e esta constitui a razão decisiva para rejeitar a alegação de que estamos perante uma desprotecção da confiança constitucionalmente desconforme.

Na verdade, à situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas, para o nível de vida dos cidadãos. As reduções remuneratórias integram-se num conjunto de medidas que o poder político, actuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social. São medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático de representação popular.

Não se lhe pode contestar esse poder-dever. Como se escreveu no Acórdão n.º 304/2001:

«Haverá, assim, que proceder a um justo balanceamento entre a protecção das expectativas dos cidadãos decorrentes do princípio do Estado de direito democrático e a liberdade constitutiva e conformadora do legislador, também ele democraticamente legitimado, legislador ao qual, inequivocamente, há que reconhecer a legitimidade (senão mesmo o dever) de tentar adequar as soluções jurídicas às realidades existentes, consagrando as mais acertadas e razoáveis, ainda que elas impliquem que sejam “tocadas” relações ou situações que, até então, eram regidas de outra sorte».

Diferentemente dos casos julgados pelos Acórdãos n.ºs 303/90 e 141/2002, o interesse público a salvaguardar, não só se encontra

aqui perfeitamente identificado, como reveste importância fulcral e carácter de premência. É de lhe atribuir prevalência, ainda que não se ignore a intensidade do sacrifício causado às esferas particulares atingidas pela redução de vencimentos.

Como último passo, neste quadrante valorativo, resta averiguar da observância das exigências de proporcionalidade (cfr., quanto à necessária conjugação do princípio da protecção da confiança com o princípio da proibição do excesso, Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, p. 268-269). Admitido que a expectativa de manutenção dos montantes remuneratórios e de ajudas de custo tenha que ceder, em face da tutela de um interesse público contrastante de maior peso, ainda assim há que controlar se as concretas medidas transitórias de redução remuneratória, previstas no artigo 19.º da lei do Orçamento do Estado, abrangendo todo o universo dos trabalhadores com uma relação de emprego público, e as medidas de redução de ajudas de custo que resultam dos artigos 20.º e 21.º da Lei do Orçamento de Estado para 2011, abrangendo os magistrados judiciais e do Ministério Público, traduzem ou não uma afectação desproporcionada de uma posição de confiança, tendo em conta os três níveis em que o princípio da proporcionalidade se projecta.

Que se trata de uma medida *idónea* para fazer face à situação de défice orçamental e crise financeira é algo que resulta evidente e se pode dar por adquirido. Quanto à *necessidade*, um juízo definitivo terá que ser remetido para a análise subsequente, à luz do princípio da igualdade, a que o princípio da proporcionalidade também está associado. Implicando a ponderação de eventuais medidas alternativas, designadamente as que produziriam efeitos de abrangência pessoal mais alargada, é nessa sede que a questão poderá ser mais cabalmente tratada e decidida. Por último, a serem indispensáveis, as reduções remuneratórias *não se podem considerar excessivas*, em face das dificuldades a que visam fazer face. Justificam esta valoração, sobretudo, o seu carácter transitório e o patente esforço em minorar a medida do sacrifício exigido aos particulares, fazendo-a corresponder ao quantitativo dos vencimentos

afectados. Assim é que, para além da isenção de que gozam as remunerações inferiores a 1500 euros, as taxas aplicáveis são progressivas, nunca ultrapassando, em todo o caso, o limite de 10% — inferior ao aplicado em países da União Europeia com problemas financeiros idênticos aos nossos.

Quanto à redução dos subsídios de fixação e de compensação de que gozam os magistrados, trata-se de prestações complementares, com uma causa específica, que, à partida, por força dessa natureza, não suscitam expectativas legítimas de manutenção com consistência equivalente às que a retribuição, propriamente dita, dá azo, até porque, como vimos, não estão abrangidas pela garantia infraconstitucional de irredutibilidade.

Por outro lado, embora a taxa de redução seja bastante mais elevada do que a das reduções remuneratórias, como a sua base de incidência é de valor relativamente baixo, os montantes pecuniários que os afectados perdem não são excessivamente onerosos. Não é de crer que eles pesem de tal forma, nos patrimónios atingidos, que importem a frustração do “investimento na confiança” — requisito indispensável para a sua tutela.

Por último, há a notar que a expressa equiparação desses subsídios, para todos os efeitos legais, a ajudas de custo, é uma fixação legislativa de um regime favorável para os destinatários (tendo em conta, sobretudo, alternativas que chegaram a ser propostas), atenuando, de certa forma, o sacrifício por aqueles sofrido com a redução.

Por tudo, não é de entender que as reduções destes subsídios, ainda que se lhes atribua carácter não transitório, importem violação do princípio da confiança constitucionalmente censurável.

9. Princípio da igualdade

Os requerentes invocam a violação do princípio da igualdade dizendo que a medida apenas atinge os trabalhadores da Administração Pública, havendo “outras categorias de trabalhadores que

são igualmente pagos com dinheiros públicos e que não foram atingidos por uma idêntica medida”.

Dada a abrangência do universo dos trabalhadores incluídos na redução remuneratória, são certamente limitadas as situações de trabalhadores que sejam pagos por dinheiros públicos e não tenham sido abrangidos pela medida.

Na verdade, esta medida abarca todo o perímetro da Administração Pública (entendida no seu conceito mais lato), incluindo nomeadamente, nos termos das alíneas *p*), *s*), *t*) e *u*) do n.º 9 do artigo 19.º, da lei do Orçamento do Estado, os gestores públicos, ou equiparados, os membros dos órgãos executivos, deliberativos, consultivos, de fiscalização ou quaisquer outros órgãos estatutários dos institutos públicos de regime geral e especial, de pessoas colectivas de direito público dotadas de independência decorrente da sua integração nas áreas de regulação, supervisão ou controlo, das empresas públicas de capital exclusiva ou maioritariamente público, das entidades públicas empresariais e das entidades que integram o sector empresarial regional e municipal, das fundações públicas e de quaisquer outras entidades públicas; os trabalhadores dos institutos públicos de regime especial e de pessoas colectivas de direito público dotadas de independência decorrente da sua integração nas áreas de regulação, supervisão ou controlo; os trabalhadores das empresas públicas de capital exclusiva ou maioritariamente público, das entidades públicas empresariais e das entidades que integram o sector empresarial regional e municipal, com as adaptações autorizadas e justificadas pela sua natureza empresarial; e, ainda, os trabalhadores e dirigentes das fundações públicas e dos estabelecimentos públicos não abrangidos pelas alíneas anteriores.

Ficam exceptuadas da medida as pessoas que auferem menos de 1500 euro. Mas, quanto a estas, não se pode considerar que haja uma violação do princípio da igualdade. Na verdade, o princípio da igualdade determina que se trate de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente na medida da diferença. Ora a situação das pessoas que auferem remunerações mais baixas é diferente da situação das pessoas que auferem remunerações mais altas. E é diferente muito em especial para efeitos de redução salarial. De facto, os efeitos negativos de uma redução salarial sentem-se de

forma mais intensa naqueles que auferem remunerações mais baixas do que naqueles que percebem remunerações mais elevadas. Assim como o princípio da igualdade não impõe que todos recebam o mesmo salário, sendo possíveis diferenciações em razão da quantidade, natureza e qualidade do trabalho prestado, da mesma forma também o princípio não impõe que as reduções remuneratórias sejam quantitativamente idênticas para todas as pessoas devendo antes ser proporcionais, em termos de justiça distributiva, ao valor mais ou menos elevado das remunerações auferidas.

Ficam também exceptuadas da medida as pessoas mencionadas na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 19.º da lei do Orçamento do Estado, que auferem uma retribuição inferior a 4165 euro. Mas estas não mantêm com o Estado ou outras entidades da Administração Pública uma relação jurídica de emprego com vínculo de subordinação. Trabalharão nomeadamente em comissões de serviço sem vínculo laboral ou em condições análogas. Ora este facto (a inexistência de uma relação jurídica de emprego público) poderá permitir justificar a diferenciação.

Ainda que não proceda a alegação dos requerentes, subsiste, todavia, uma questão atinente ao princípio da igualdade, tendo a ver com o facto de os destinatários das medidas de redução serem apenas as pessoas que trabalham para o Estado e demais pessoas colectivas públicas, ou para quaisquer das restantes entidades referidas no n.º 9 do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2011, de 31 de Dezembro. Ficam de fora os trabalhadores com remunerações por prestação de actividade laboral subordinada nos sectores privado e cooperativo, os trabalhadores por conta própria, bem como todos quantos auferem rendimentos de outra proveniência.

Pode questionar-se se, havendo necessidade de impor sacrifícios patrimoniais em tutela de um interesse público, que a todos diz respeito, não deveriam ser afectadas, por igual, as esferas da generalidade dos cidadãos, com idêntica capacidade contributiva. Tal resultaria do *princípio da igualdade perante os encargos públicos*, que exige que os sacrifícios inerentes à satisfação de necessidades públicas sejam equitativamente distribuídos por todos os cidadãos; todos os cidadãos deverão contribuir de igual forma para os encargos públicos à medida da sua capacidade contributiva.

Invocar, a propósito de medidas de consolidação orçamental, o princípio da igualdade perante os encargos públicos, *princípio estruturante* da nossa constituição fiscal, é o mesmo que sustentar que, por exigência do princípio da igualdade, a correcção dos desequilíbrios orçamentais tem necessariamente que ser levada a cabo por via tributária, pelo aumento da carga fiscal, em detrimento de medidas de redução remuneratória. Será assim?

É indiscutível que, com as medidas em apreciação, a repartição dos sacrifícios impostos pela situação excepcional de crise financeira não se faz de igual forma entre todos os cidadãos com igual capacidade contributiva, uma vez que elas não têm um alcance universal, recaindo apenas sobre as pessoas que têm uma relação de emprego público. Há um esforço adicional em benefício de todos, em prol da comunidade, que é pedido exclusivamente aos servidores públicos.

Também não sofre controvérsia que não estava excluída a tomada de medidas de natureza tributária, conducentes à obtenção de uma receita fiscal de montante equivalente ao que se poupa com a redução remuneratória. E, nessa hipótese, todas as pessoas que auferem iguais rendimentos colectáveis ficariam sujeitas a um igual sacrifício do ponto de vista da sua contribuição para os encargos públicos.

Mas esta dupla constatação de forma alguma equivale à fundamentação do cabimento do princípio da igualdade perante os encargos públicos, quando se trata de apreciar a constitucionalidade de medidas estaduais que visam a contenção do défice orçamental dentro de determinados limites. A fundamentação de que aquele princípio tem uma projecção constringente nesta matéria (não como princípio estruturante, mas como princípio *impositivo* do sistema fiscal), predeterminando o tipo de soluções disponíveis e retirando ao decisor político democraticamente legitimado qualquer margem de livre opção, é algo que fica por fazer. E esse ónus de fundamentação teria que ser satisfeito, pois a definição dos encargos públicos e dos seus limites — o que está aqui em causa — situa-se a montante da questão da sua repartição, sem com ela se confundir. O princípio constitucional da igualdade perante os encargos públicos não pode, pois, ser automaticamente transposto, sem mais, para este campo problemático.

É sabido que a actuação, em combate ao défice, pelo lado da receita (privilegiadamente fiscal), ou, antes, pelo lado da despesa (bem como a combinação adequada dos dois tipos de medidas e a selecção das que, de entre eles, merecem primazia) foi (e continua a ser) objecto de intenso debate político e económico. E a divergência de orientações e de propostas tem como pano de fundo a não coincidência dos efeitos produzidos por uma ou outra categoria de medidas. Ainda que um acréscimo de receitas fiscais possa conduzir, no estrito plano contabilístico-financeiro, a ganhos pecuniários equivalentes aos resultantes de um corte de despesas, do ponto de vista dos concomitantes efeitos colaterais e das repercussões globais no sistema económico-social, está longe de ser indiferente seguir uma ou outra via. Não há, nesta matéria, variáveis neutras e rigorosamente intermutáveis, pelo que as políticas a implementar pressupõem uma ponderação complexa, em que se busca um máximo de eficácia, quanto ao objectivo a atingir, e um mínimo de lesão, para outros interesses relevantes.

Não cabe, evidentemente, ao Tribunal Constitucional intrometer-se nesse debate, apreciando a maior ou menor bondade, deste ponto de vista, das medidas implementadas. O que lhe compete é ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos.

Não pode afirmar-se que tal seja o caso. O não prescindir-se de uma redução de vencimentos, no quadro de distintas medidas articuladas de consolidação orçamental, que incluem também aumentos fiscais e outros cortes de despesas públicas, apoia-se numa racionalidade coerente com uma estratégia de actuação cuja definição cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador. Intentando-se, até por força de compromissos com instâncias europeias e internacionais, conseguir resultados a curto prazo, foi entendido que, pelo lado da despesa, só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata, sendo, nessa medida, indispensável. Não havendo razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto

vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental. Em vista deste fim, quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas — vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público — não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual.

III — DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional decide não declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 19.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2011).

Lisboa, 21 de Setembro de 2011. — *Joaquim de Sousa Ribeiro* — *Catarina Sarmento e Castro* — *Ana Maria Guerra Martins* — *José Borges Soeiro* — *Vítor Gomes* — *Carlos Fernandes Cadilha* — *Maria João Antunes* — *Gil Galvão* — *Carlos Pamplona de Oliveira* — vencido conforme declaração junta. — *J. Cunha Barbosa* (vencido nos termos da declaração de voto que se junta) — *João Cura Mariano* (vencido, nos termos da declaração que junto). — *Rui Manuel Moura Ramos*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencido essencialmente pelas seguintes razões:

As normas analisadas são, em meu entender, inconstitucionais por violação do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição, em conjugação com o princípio da igualdade decorrente do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º e da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição, que reafirma o princípio da igualdade numa vertente social.

O princípio Estado de direito democrático implica um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas. Merece, por isso, protecção constitucional a expectativa que os cidadãos legitimamente têm na manutenção de situações remuneratórias já alcançadas como consequência do direito em vigor, razão pela qual a norma que, de forma intolerável e arbitrária, prejudique aqueles mínimos de certeza e segurança que a comunidade e o direito tem de respeitar como dimensões essenciais do Estado de direito democrático, deve ser entendida como não consentida pela Constituição.

O legislador não está impedido de, na prossecução ou salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, que mereçam prevalência, alterar o conteúdo daquelas situações remuneratórias, desde que tal medida, para além de necessária, não seja arbitrária.

Ora, a justificação concretamente invocada para fundamentar a aprovação das normas que determinam cortes e reduções nos salários dos funcionários revela que o interesse público que tais normas visam proteger diz respeito à comunidade no seu conjunto, à generalidade dos cidadãos, e não, unicamente, aos funcionários públicos, grupo que, no entanto, é exclusivamente afectado pela referida redução salarial. Inexiste, em consequência, uma específica justificação para afectar, de forma exclusiva, esses trabalhadores, tendo em conta que a finalidade que o legislador ambiciona obter pode igualmente ser alcançada estendendo à generalidade dos cidadãos os encargos necessários à resolução dos problemas financeiros nacionais por via de simples medidas de natureza tributária, de fácil concretização prática.

Finalmente, uma vez que as normas em análise visam expressamente reduzir, e de imediato, o montante remuneratório dos funcionários, perdem relevância argumentos retirados do carácter pretensamente provisório da medida e da natureza orçamental do diploma que a veicula; qualquer que seja o resultado a que tal discussão possa conduzir, manter-se-á inalterada e operante a protecção constitucional gerada pelas já referidas expectativas. — *Carlos Pamplona de Oliveira.*

DECLARAÇÃO DE VOTO

A tese que obteve vencimento, no que concerne às questões - *vigência temporal das normas impugnadas, participação das organizações dos trabalhadores na elaboração da lei, irreduzibilidade dos salários, princípio da protecção da confiança* —, não me suscita uma posição de plena discordância, antes pelo contrário, ressaltando-se um ou outro aspecto quanto à fundamentação que a sustenta, designadamente quanto ao princípio da confiança e à sua projecção na análise e aplicação que veio de ser concretizada e no que respeita ao princípio da igualdade.

Efectivamente, a discordância verifica-se, essencialmente, quanto à apreciação da questão de (in)constitucionalidade à luz do princípio da igualdade, já que entendo que tal princípio levaria a uma solução diversa da que obteve vencimento, ou seja, determinaria que se conclísse pela inconstitucionalidade material das normas sindicadas.

Impõe-se, desde já, referir que se não é insensível à situação de gravidade e excepcionalidade — *forte desequilíbrio financeiro das contas públicas e elevada dívida soberana* — que afecta o país e, consequentemente, que a mesma exija a adopção de medidas de carácter excepcional e de forma a garantir, num futuro próximo, o afastamento de uma tal situação e a permitir a sua sustentabilidade económica e financeira.

Porém, como se haverá de convir, tal situação de excepcionalidade não poderá conduzir a uma situação de afastamento de todo e qualquer controlo judicial, sem embargo de se dever reconhecer o amplo poder de conformação de que naturalmente dispõe o legislador democrático; na realidade, como afirma Jorge Reis Novais (cfr. ‘Os princípios constitucionais estruturantes’, pág. 111), «... *Uma concepção constitucional de igualdade material conduz inevitavelmente a um padrão de controlo da sua observância em que o julgador é invariavelmente remetido para juízos de valoração que incidem sobre os fundamentos ou os critérios que pretendem justificar, em caso de desigualdade de tratamento, a distinção ou discriminação levada a cabo pelo legislador e, em caso de igualdade, a equiparação ou indiferenciação produzida. Ora,*

desse ponto de vista, tendo sobretudo em conta o amplo espaço de conformação que deve ser reconhecido ao legislador democrático, a resposta mais comum vai no sentido de uma autocontenção judicial que, todavia, conhece várias gradações. ...».

As normas sindicandas — artigos 19.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2011) — introduzem reduções às remunerações mensais ilíquidas, a partir de determinados escalões remuneratórios, percebidas por um universo restrito de pessoas, como sejam, os enumerados no n.º 9 do artigo 19.º, todas elas marcadas transversalmente por um elemento comum — *ligação profissional ou funcional à administração pública*, ou dito de outra forma, *exercício de funções em regime específico de função pública* —, servindo, portanto, no sector público.

Tal redução remuneratória tem como escopo principal a satisfação dos encargos públicos (no caso, através da sua diminuição), permitindo que se atinja um maior equilíbrio financeiro, entre a despesa e a receita, a expressar a nível do Orçamento do Estado, obstando, a final, a um aumento da dívida soberana e, bem assim, a permitir que seja alcançada uma maior sustentabilidade económico-financeira do país.

Porém, tal objectivo, de manifesto alcance nacional, não pode deixar de integrar *interesse público geral* a prosseguir por todos os que se encontrem nas mesmas condições remuneratórias previstas nas normas em causa, que já não e tão só pelos que transportem a ‘mácula’ de exercício de funções em regime específico de função pública, sob pena de discriminação negativa, no mínimo, injusta, já que por razões, como se deixou dito, meramente sócio-profissionais, e em contravenção do disposto no artigo 13.º n.º 2 da CRP (cfr., ainda, artigos 18.º, n.º 3 e 59.º, n.º 1, al. a) da CRP).

Na realidade, sem embargo de se poder reconhecer que o interesse público geral, cuja definição compete ao legislador (à lei), justificará a medida adoptada, sempre restará por explicar a confinação dos seus encargos a um universo restrito ou específico de pessoas, como seja, aos que exercem funções ou actividade em regime de função pública, sendo certo que estes poderão ver a sua situação ainda mais agravada (para além da redução da ‘massa salarial’) em

função de aumentos de impostos ou taxas que impenderão, naturalmente, sobre um universo de pessoas que, originariamente e em função do interesse público em causa, deveria responder, atento o princípio da igualdade, pelos encargos dele resultantes, interesse esse que, obviamente, não é específico dos que exercem funções públicas.

Por mera curiosidade, deixa-se notado, sem qualquer propósito de defesa de estabelecimento de limite ao poder de conformação do legislador, para além, obviamente, dos resultantes da lei fundamental, o que a propósito da questão em análise deixou plasmado o Conselho Económico e Social, no seu parecer de 26 de Outubro de 2010, sobre a Proposta de Orçamento do Estado para 2011 ('in' Pareceres do CES, www.ces.pt): « ... a redução de vencimentos dos funcionários públicos e dos trabalhadores do Sector Empresarial do Estado (SEE) é uma medida injusta, uma vez que faz repercutir sobre estes trabalhadores grande parte do ónus de redução do défice, a qual a todos beneficia. O CES entende que tal tipo de medidas só deve ser tomado quando estão esgotadas todas as alternativas, o que o CES considera não ser o caso uma vez que se coloca uma grande parte do ónus da consolidação orçamental nesses funcionários. ...».

No que respeita aos artigos 20.º e 21.º da Lei do Orçamento em causa, na medida em que aditam normas aos Estatutos, respectivamente, dos Magistrados Judiciais (artigo 32.º-A) e do Ministério Público (108.º-A), a injustificação da redução daí resultante, sem levar a um total afastamento das razões supra referidas, fundar-se-á mais na violação do princípio da confiança, tendo em conta a ideia de justiça e proporcionalidade, o que, desde logo, se afigura resultar da aplicação, sem qualquer razão expressa ou aparente adiantada pelo legislador, de uma redução em função de uma taxa superior (20%), como seja, o dobro da máxima prevista no artigo 19.º, e, ainda, da forte suspeita da sua intemporalidade, colocando-se, deste modo, em crise os valores da segurança jurídica e da protecção da confiança, perante a legítima expectativa criada nos destinatários em face do quadro normativo vigente à data da introdução de tais normas, no mínimo, de que não ocorreria um tratamento mais gravoso.

Dir-se-á, por fim, que o efeito ablativo nas remunerações dos destinatários das normas, sem previsão de qualquer tipo de contrapartida, coloca em crise a confiança e a proporcionalidade, enquanto factores de valoração a atender na aplicação do princípio da igualdade, tanto mais que, tratando-se de medida adoptada unilateralmente e com repercussão tão só na esfera pessoal dos destinatários, não consente que estes possam compensar tal ablação por outra forma e de modo a obterem a quota-parte de que se viram despojados, tendo em vista a necessidade de satisfação de possíveis e naturais obrigações por si confiadamente assumidas em função do quantitativo remuneratório anterior, situação esta que se tornará, ainda, mais significativa perante a exclusividade de funções exigida pelo estatuto profissional de alguns dos destinatários, impositiva do exercício de qualquer outro tipo de actividade (complementar) remunerada, através de um esforço pessoal e com apelo à redução das suas horas de descanso e de lazer.

De tudo quanto se deixa exposto, concluiria pela inconstitucionalidade das normas dos artigos 19.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (Orçamento do Estado para 2011).

J. Cunha Barbosa

DECLARAÇÃO DE VOTO

Divergi da posição maioritária de julgar conforme à Constituição as reduções remuneratórias impostas pelos artigos 19.º, 20.º e 21.º, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, porque entendo que as mesmas violam o princípio da confiança, ínsito na ideia de Estado de direito democrático, consagrada no artigo 2.º da Constituição.

Na verdade, o longo e contínuo passado de aumentos sucessivos dos vencimentos dos trabalhadores da função pública, acompanhando o aumento do custo de vida, criaram-lhes uma expectativa consistente dos seus salários manterem essa relação de proporcionalidade, não se perspectivando a possibilidade dos mesmos pode-

rem ser reduzidos, pelo que programaram e organizaram as suas vidas, tendo em conta esse dado que consideravam seguro.

Por isso, as reduções agora efectuadas pelas normas sob fiscalização, na medida em que contrariam inesperadamente uma política solidificada ao longo dos anos, vieram frustrar aquela expectativa legitimamente fundada.

Admite-se, no entanto, que o legislador possa defraudar a confiança que os cidadãos depositaram na estabilidade de um determinado regime jurídico quando haja um interesse público que o justifique.

Essa justificação tem que ser encontrada num juízo de proporcionalidade, ou seja, o interesse público que o legislador tem em mente deve superar o peso das expectativas dos particulares e a alteração operada no quadro legislativo tem que se revelar adequada, necessária e proporcional ao sacrifício imposto aos cidadãos.

A redução dos salários dos funcionários públicos integrou a política orçamental para 2011, que teve como objectivo fundamental a redução do défice de 7,3% do PIB, então previsto para 2010, para 4,6% em 2011, obedecendo a imposição comunitária.

Como é sabido Portugal atravessa a sua pior crise das últimas décadas nos domínios económico, financeiro e social, encontrando-se a economia portuguesa numa trajectória insustentável que, a não ser corrigida, pode levar o país, a breve prazo, a um desastre económico de grandes proporções e a um retrocesso de difícil recuperação.

A situação financeira degradou-se fortemente nos últimos anos, sendo essa degradação visível tanto no que respeita à situação financeira global da economia, como no que respeita ao caso particular das finanças públicas, sendo evidentes as dificuldades de financiamento externo que colocam em risco a capacidade do Estado português solver os compromissos assumidos.

Perante este panorama, o Orçamento de Estado para 2011 foi encarado como um instrumento importante de correcção da trajectória deficitária das contas do Estado, medida essencial para transmitir uma imagem da capacidade do país solver os seus compromissos, para continuar a ter acesso a fontes de financiamento, a

juros razoáveis, que lhe permitam iniciar uma recuperação económica decisiva.

A superioridade do peso do interesse público que presidiu à medida aqui sob fiscalização não oferece quaisquer dúvidas perante os interesses particulares afectados, assim como a aptidão dessa medida para atingir os objectivos definidos.

O mesmo não sucede quanto à necessidade ou exigibilidade do meio escolhido em relação ao fim desejado. Na verdade, não basta demonstrar que a via escolhida é adequada à finalidade visada, é também necessário evidenciar-se que ela é a que menos encargos impõe aos cidadãos. Face à violação da confiança dos cidadãos e aos danos subsequentes, essa medida tem que se revelar “a mais suave”, “a mais benigna”, entre as medidas possíveis para alcançar a finalidade pretendida. Só assim se poderá concluir pela necessidade da sua aprovação.

Ora, se o fim perseguido é uma redução drástica do défice das contas públicas, o mesmo tanto poderá ser obtido por via do aumento da receita como pela via da diminuição da despesa.

Sabe-se que não é indiferente o combate ao défice pelo lado da receita ou pelo lado da despesa, atenta a diferença dos efeitos colaterais na economia destas opções, não podendo este Tribunal cercear a liberdade do legislador escolher o caminho que considera mais eficaz para atingir o seu objectivo, como refere o presente acórdão.

Contudo, quando o corte da despesa é efectuado através da redução dos vencimentos dos funcionários públicos, a essencialidade dos referidos efeitos colaterais coincide com as consequências duma tributação dos rendimentos — redução do poder de compra da população, com reflexos na procura interna.

Não está demonstrado que exista uma diferença significativa nos efeitos da opção da redução dos vencimentos dos funcionários públicos, relativamente a uma tributação acrescida dos rendimentos de todos os cidadãos, sendo certo que ambas alcançariam o objectivo de redução do défice público, com menores encargos para os funcionários públicos, uma vez que a distribuição do sacrifício recairia sobre um universo substancialmente mais alargado. Além de que, estando nós perante um objectivo de interesse

comum a todos os cidadãos, era indiscutivelmente mais justo que a medida de redução dos rendimentos particulares não atingisse apenas os trabalhadores da função pública.

Não se revelando, pois, que a medida escolhida pelo legislador para alcançar a redução do défice das contas públicas fosse a “mais benigna” entre as medidas possíveis, não se mostra preenchido o requisito da necessidade que poderia justificar a violação do princípio da confiança em nome da prossecução de um interesse público superior, pelo que me pronunciei pela inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 19.º, 20.º e 21.º, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro.

Fixaria, contudo, por razões de evidente interesse público de excepcional relevo, a produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, apenas a partir de 1 de Janeiro de 2012, permitindo assim ao legislador perspectivar medidas alternativas de redução do défice público que lhe permitisse atingir os objectivos definidos, utilizando-se a faculdade prevista no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição. — *João Cura Mariano*.

ANOTAÇÃO

Pelo Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão

1. Este acórdão do Tribunal Constitucional constitui mais um passo na jurisprudência complacente que o mesmo tem vindo a seguir desde o início da crise financeira. Depois de ter aceitado facilmente o lançamento de impostos retroactivos, contra o que a Constituição expressamente determina, dá agora o seu beneplácito incondicional aos cortes de salários. Por esta via, a Constituição vai sendo sucessivamente reescrita pelo Tribunal Constitucional, receando-se que em breve nada reste da protecção dos direitos fundamentais.

O corte dos salários dos funcionários públicos é claramente inconstitucional, seja qual for a qualificação que se lhe dê. Pessoalmente entendo que se trata de um confisco, uma vez que os salários das pessoas são confiscados pelo Estado, que unilateralmente se recusa a cumprir os compromissos que perante estas assumiu sem declarar a bancarrota, que afectaria todos os credores por igual. Houve, porém, quem qualificasse a situação como um imposto sobre os salários, incluindo o próprio Presidente da República.

Em qualquer dos casos, é certo que o corte de salários é inconstitucional. Sendo qualificado como um confisco, é constitucionalmente proibido, uma vez que o art. 62.º, n.º 2, a Constituição proíbe o confisco, apenas admitindo a requisição e a expropriação por utilidade pública e sempre mediante justa indemnização. Sendo qualificado como um imposto, é evidente que está a ser violada não apenas a igualdade tributária (art. 13.º da Constituição) mas a pró-

pria universalidade do imposto (art. 12.º da Constituição), ao se criar um encargo fiscal que recai apenas sobre uma categoria de cidadãos. Efectivamente, impostos que abrangem apenas algumas pessoas só existem em tristes exemplos históricos, como foi em Portugal a judenga, imposto que abrangia apenas os judeus, ou, na Alemanha nazi, o imposto criado pela lei de 21 de Novembro de 1938, que determinou a cobrança de mil milhões de marcos através de uma taxa de 20% sobre o património detido pelos judeus alemães. É evidente que nenhuma Constituição pode permitir semelhante monstruosidade e claramente que a nossa não o faz.

Mas o Tribunal Constitucional através do seu acórdão 396/2011 veio dar agora o seu *nihil obstat* ao corte de salários. A fundamentação apresentada mais uma vez não convence minimamente, como iremos procurar demonstrar.

2. Em primeiro lugar, o Tribunal Constitucional resolve debruçar-se sobre uma questão absolutamente irrelevante, que é a de saber se os cortes salariais “*operam a título definitivo ou apenas a título transitório*”, considerando que “*a resposta que se lhe dê constitui um muito relevante factor de valoração, actuante transversalmente em todos os campos problemáticos de aplicação dos parâmetros constitucionais invocados*”.

Mas, ao contrário do que sustentado pelo Tribunal Constitucional, não se consegue perceber a relevância da proclamada transitoriedade. Na verdade, mesmo que os cortes salariais tivessem a duração de apenas um ano — e já verificámos que não foi isso o que sucedeu — durante esse ano as pessoas podem entrar em insolvência e até deixar de conseguir sustentar as suas famílias. Por outro lado, já se sabe que os cortes salariais nunca serão devolvidos, uma vez que não está em causa um empréstimo público. Considerará o Tribunal Constitucional como relevante para autorizar o confisco de salários num ano a simples promessa de que o mesmo não será repetido em anos subsequentes? Promessa essa que o Tribunal Constitucional já sabe, aliás, que não será cumprida, já que vem “*reconhecer como praticamente certa, porque necessária para o cumprimento das vinculações assumidas, a repetição de medidas de idêntico sentido, para vigorar nos anos corresponden-*

tes aos da execução do programa que as justifica e em que se integram, ou seja, até 2013". Chegamos assim ao ponto de a transitoriedade proclamada pelo Tribunal Constitucional servir, não apenas para legitimar a medida nesse ano, mas como para proclamar a admissibilidade da sua repetição em anos seguintes. Com isto o Tribunal Constitucional conseguiu abrir desde logo a porta a novos cortes nos Orçamentos de 2012 e 2013, tendo-os antecipadamente permitido.

3. Em segundo lugar, o Tribunal Constitucional sustenta que não resulta *"da Constituição qualquer regra que estabeleça a se, de forma directa e autónoma, uma garantia de irredutibilidade dos salários"*, resultando essa regra apenas da lei ordinária. Mas mais uma vez sustenta que *"a regra não é absoluta. De facto, a norma que proíbe ao empregador, na relação laboral comum, diminuir a retribuição (artigo 129.º, n.º 1, alínea d), do Código de Trabalho) ressalva os "casos previstos neste Código ou em instrumento de regulamentação colectiva do trabalho"*. Quanto à relação de emprego público, admite-se que a lei (qualquer lei) possa prever reduções remuneratórias (cfr. o citado artigo 89.º, alínea d)). *O que se proíbe, em termos absolutos, é apenas que a entidade empregadora, tanto pública como privada, diminua arbitrariamente o quantitativo da retribuição, sem adequado suporte normativo"*.

Mas o Tribunal Constitucional vê-se obrigado a reconhecer a natureza de direito fundamental do direito à retribuição como direito de natureza análoga à dos direitos liberdades e garantias. No entanto, dessa natureza não retira qualquer proibição de redução de salários. Isto porque *"uma coisa é o direito à retribuição, outra, bem diferente, é o direito a um concreto montante dessa retribuição, irredutível por lei, sejam quais forem as circunstâncias e as variáveis económico-financeiras que concretamente o condicionam. Não pode, assim, entender-se que a intocabilidade salarial é uma dimensão garantística contida no âmbito de protecção do direito à retribuição do trabalho ou que uma redução do quantum remuneratório traduza uma afectação ou restrição desse direito"*.

Ou seja, para o Tribunal Constitucional, apesar de qualificar o direito à retribuição como um direito fundamental, entende que a Constituição fica satisfeita com a sua mera existência formal, uma vez que bastaria que existisse a retribuição, mesmo que o seu valor pudesse ser a todo o tempo posto em causa. É óbvio que se trata de um argumento formalista, que não faz qualquer sentido. No limite, o Tribunal Constitucional aceitaria que qualquer lei poderia reduzir sucessivamente o salário até que este atingisse um valor insignificante, uma vez que formalmente continuaria a existir retribuição. É manifesto que essa solução não pode ser aceite.

Na verdade, o art. 59.º, n.º 1, *a*) da Constituição reconhece o direito de todos os trabalhadores “à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade”. Ou seja, ao contrário do que sustenta o Tribunal Constitucional, a Constituição não se basta com uma simples garantia do direito à retribuição, exigindo antes umnexo de correspectividade entre a retribuição e o trabalho prestado. Ora, é manifesto que esse nexode correspectividade é quebrado quando o salário é reduzido, mas o trabalhador se mantém obrigado a prestar exactamente o mesmo trabalho.

O Tribunal Constitucional ficou confortado com o facto de as leis ordinárias já preverem a possibilidade de redução da retribuição nalgumas situações. O problema é que, *em lugar algum dessas leis se prevê a possibilidade de redução da retribuição sem redução concomitante do trabalho*. Assim sucede nomeadamente com a redução de actividade e suspensão do contrato (arts. 298.º e ss. CT), em que de facto é possível reduzir a retribuição (art. 305.º, n.º 1 *a*) CT) mas o trabalhador não se mantém vinculado a prestar o mesmo trabalho, podendo inclusivamente até desempenhar outra actividade remunerada (art. 305.º, n.º 1 *b*) CT). No caso presente, o Tribunal Constitucional autorizou o Estado a cortar a remuneração do trabalho dos seus funcionários, mantendo-os, no entanto, vinculados a prestar exactamente o mesmo trabalho. É patente a violação do art. 59.º, n.º 1, *a*) da Constituição.

4. O Tribunal Constitucional acaba, porém, por concluir, no seu habitual uso de uma jurisprudência vaga, com um enorme grau de subjectividade, que “*só por parâmetros valorativos decorrentes*

de princípios constitucionais, em particular os da confiança e da igualdade, pode ser apreciada a conformidade constitucional das soluções normativas em causa”, recordando que “*independentemente do sentido das pronúncias*” foi sempre essa “*a orientação constante deste Tribunal, sempre que chamado a julgar questões atinentes, directa ou indirectamente, a reduções remuneratórias*”, citando os Acórdãos 303/90, 786/96 e 141/2002. Mas sempre que sempre que esteve em causa reduções de vencimentos, como sucedeu nos Acórdãos 330/90 e 141/2002, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade dessas reduções, dizendo o Acórdão 786/96 respeito a uma situação radicalmente diferente, que é alteração dos efeitos da passagem à reserva dos militares. Este Acórdão representa por isso uma clara inversão da jurisprudência do Tribunal Constitucional que passou a permitir a redução de salários, quando anteriormente sempre tinha considerado que essa redução afectava a protecção da confiança ínsita no princípio do Estado de direito.

E para essa inversão de jurisprudência não é apresentada uma fundamentação minimamente convincente, já que o Tribunal Constitucional reconhece que “*as reduções agora introduzidas, na medida em que contrariam a normalidade anteriormente estabelecida pela actuação dos poderes públicos, nesta matéria, frustram expectativas fundadas. E trata-se de reduções significativas, capazes de gerarem ou acentuarem dificuldades de manutenção de práticas vivenciais e de satisfação de compromissos assumidos pelos cidadãos. Sem esquecer que, relativamente a algumas categorias de destinatários, elas se cumularam com outras medidas anteriores de redução remuneratória*”. Perante esta tão clara fundamentação, mesmo com base na jurisprudência vaga e subjectiva do Tribunal Constitucional, a conclusão da violação do princípio da protecção da confiança pareceria a todos evidente. No entanto, o Tribunal Constitucional, depois de reconhecer a existência de uma lesão da confiança, vem a considerá-la admissível apenas com fundamento no interesse público. Efectivamente, e conforme expressamente se afirma “*as medidas de redução remuneratória visam a salvaguarda de um interesse público que deve ser tido por prevalecente — e esta constitui a razão decisiva para rejeitar a alegação*

de que estamos perante uma desprotecção da confiança constitucionalmente desconforme". Diríamos nós então, parafraseando VITAL MOREIRA, que semelhante argumentação significa apenas colocar a *razão de Estado* a prevalecer sobre a *razão da Constituição*⁽¹⁾. Não é naturalmente a posição que se esperaria de um Tribunal Constitucional.

5. Já quanto à violação evidente do princípio da igualdade, que naturalmente existe quando alguns cidadãos perdem salários quando outros mantêm intactos os seus vencimentos, o Tribunal Constitucional sustenta que o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos não impede o Estado de optar por um corte de salários em lugar de lançar impostos. A explicação é esta: *"A fundamentação de que aquele princípio tem uma projecção constringente nesta matéria (não como princípio estruturante, mas como princípio impositivo do sistema fiscal), predeterminando o tipo de soluções disponíveis e retirando ao decisor político democraticamente legitimado qualquer margem de livre opção, é algo que fica por fazer. E esse ónus de fundamentação teria que ser satisfeito, pois a definição dos encargos públicos e dos seus limites — o que está aqui em causa — situa-se a montante da questão da sua repartição, sem com ela se confundir. O princípio constitucional da igualdade perante os encargos públicos não pode, pois, ser automaticamente transposto, sem mais, para este campo problemático"*. O decisor político está, portanto, no entender do Tribunal Constitucional neste campo problemático livremente legitimado a cortar salários aos funcionários públicos, fazendo-os pagar sozinho a crise. E como o campo é problemático *"não cabe, evidentemente, ao Tribunal Constitucional intrometer-se nesse debate, apreciando a maior ou menor bondade, deste ponto de vista, das medidas implementadas. O que lhe compete é ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos"*. E, como não poderia deixar de ser, o Tribunal Constitucional diz logo que *"não pode afirmar-se que tal seja o caso. O não prescindir-se de uma redução de vencimentos, no quadro de distintas medidas articuladas de consolidação orçamental, que incluem também aumentos*

*fiscais e outros cortes de despesas públicas, apoia-se numa racionalidade coerente com uma estratégia de actuação cuja definição cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador. Intentando-se, até por força de compromissos com instâncias europeias e internacionais, conseguir resultados a curto prazo, foi entendido que, pelo lado da despesa, só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata, sendo, nessa medida, indispensável. Não havendo razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental. Em vista deste fim, quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas — vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público — não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual”. Aqui não temos outra coisa do que a clássica doutrina de que os fins justificam os meios, declarando o Tribunal Constitucional *expressis verbis* que o fim de redução da despesa legítima que uma categoria de cidadãos deixe de poder aspirar a ser tratado de forma igualitária com os outros cidadãos. Como se calcula, é também uma afirmação que nunca esperaríamos ver proferida num Tribunal Constitucional.*

6. Sendo tão clara a inconstitucionalidade da medida de redução de salários, não admira que surjam decisões dos tribunais a declarar esta medida inconstitucional, como já se verificou. Lamentavelmente, no entanto, a última palavra caberá ao Tribunal Constitucional pelo que, se ele insistir nesta jurisprudência, essas decisões serão revogadas. Mas tal não deixará de representar uma inversão total do papel que deveria caber ao Tribunal Constitucional. Tendo sido criado para defender a Constituição, está afinal a impedir os outros tribunais de proteger essa mesma Constituição.

Jurisprudência
dos Conselhos

PUBLICIDADE; DIVULGAÇÃO DA
ACTIVIDADE PROFISSIONAL EM
WEBSITE; MEDIDAS CAUTELARES EM
JURISDIÇÃO DISCIPLINAR; PENAS DE
CENSURA E DE MULTA

EOA: arts. 83.º, 85.º n.º 2 alínea *h*), 89.º n.ºs 1, 2 e 4
alíneas *a*), *b*), *c*) e *e*), 125.º e 126.º

Proc. n.º 196/2010-CS/R

Relator: Luís Teixeira e Melo

SUMÁRIO

1.º — Nos termos do artigo 89.º n.º 1 do Estatuto da Ordem dos Advogados, o advogado (só) pode divulgar a sua actividade profissional de forma objectiva, verdadeira e digna, no rigoroso respeito dos deveres deontológicos, do segredo profissional e das *normas legais sobre publicidade e concorrência*.

2.º — Não obstante a remissão para “normas legais sobre publicidade e concorrência”, umas e outras dessas normas têm de ser interpretadas à luz do que o n.º 2 do referido artigo 89.º elenca, embora a título exemplificativo, como situações de *informação objectiva* e do que o n.º 4 do mesmo artigo, igualmente como referência exemplificativa, considera *actos lícitos de publicidade*.

3.º — O conteúdo das mensagens publicitárias de advogado, a divulgar seja por que meio for, designadamente através da internet, deve excluir, em geral (artigo 89.º n.º 4), a utilização de conteúdos persuasivos, ideológicos, de auto engrandecimento e de comparação, a referência a valores de serviços, a menção da qualidade ou localização do escritório, e deve respeitar o conjunto de deveres impostos ao advogado pela sua deontologia profissional (entre outros, a integridade, independência, defesa de direitos, liberdades e garantias, não advogar contra o direito nem usar de meios ou expedientes dilatórios, recusa de patrocínios injustos, recusa de prestação de serviços quando seja de supor que o cliente pretende obter resultados ilícitos — artigos 83.º e seguintes do EOA).

4.º — As condutas dos advogados portugueses, no âmbito da necessária observância das regras disciplinares atinentes à publicidade, devem ser julgadas considerando, para além dos factos, a circunstância de as regras que disciplinam, entre nós, essa matéria estarem em mutação há anos, oscilando na sua formulação e na sua interpretação entre soluções excessivamente literais e outras excessivamente actualistas, e que, pelo menos nos seus contactos internacionais, a advocacia portuguesa vem sendo confrontada, por vezes, com regras publicitárias mais permissivas do que as nossas, o que é causa de desequilíbrios em desfavor dos advogados portugueses.

A senhora advogada recorrente, D.^{ra}, mediante participação da Delegação de da Ordem dos Advogados, remetida ao Conselho de Deontologia de , por ofício de 5 de Dezembro de 2007, veio a ser, conforme o douto acórdão de fls. 128 a 154 desse Conselho de Deontologia, condenada na pena de multa no valor de 750 €, a pagar no prazo de 30 dias contados do trânsito em julgado da decisão.

O Conselho de Deontologia de julgou a causa nos termos do artigo 155.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, considerando provada a violação por parte da S.^{ra} D.^{ra} dos deveres deontológicos consagrados nas alíneas a), b), c) e e) do n.º 4 do

artigo 89.º e na alínea *h*) do n.º 2 do artigo 85.º, ambos daquele Estatuto.

Inconformada com o assim decidido a S.^{ra} D.^{ra} interpôs atempadamente recurso para este Conselho Superior, findando as suas alegações, nas quais em boa parte repete o que foi afirmando ao longo do processo, com conclusões, que, em súmula, assim se pode resumir:

- 1.^a — Foi ordenado o encerramento do seu “website” sem produção de quaisquer provas, o que constitui condenação ilegal, por anterior a qualquer acórdão, facto que de nada serviu à determinação da pena;
- 2.^a — A prova considerada relevante foi apenas a documental junta aos autos, mas na vertente da interpretação de quem leu os documentos, e não do seu conteúdo literal, sendo que a recorrente entende que o texto que utilizou não viola o dever estatuído no artigo 100 n.º 1 e 3 do Estatuto, pois apenas defende o dever de serem praticados honorários compatíveis com os serviços prestados.
- 3.^a — A recorrente apresentou previamente o conteúdo do seu “website” ao Conselho Distrital de para que este a informasse sobre a conformidade do mesmo com as mesmas regras estatutárias, o que fez ao abrigo do Parecer E-41/02 do Conselho Geral, e, não obtendo qualquer resposta no prazo de 30 dias, teve o conteúdo do “site” como “em concordância com a adequação deontológica e legal”.
- 4.^a — A condenação objecto de recurso funda-se numa “distinção entre advocacia de província e a advocacia das grandes cidades”, tendo a recorrente tentado “de forma subtil demonstrar que o seu site foi concebido e enquadrado no universo de websites já existentes, reclamando que a apreciação do processo disciplinar tivesse em conta esse universo que é hoje uma realidade”.
- 5.^a — A pena de advertência ou de censura eram suficientes aos fins visados, até por dever ter sido tido em conta que a imposição de encerramento da página foi escru-

pulosamente cumprida, o que deveria ter sido entendido como circunstância de atenuante nos termos do artigo 127 alínea *a*) do Estatuto.

Considerando os termos da alegação de recurso, e porque no processo se mostram produzidos dois acórdãos, um a fls. 27, determinando a instauração do processo disciplinar e o encerramento da página “web” aí referida, outro, a fls. 128, punindo a S.^{ra} Advogada com uma pena de multa, sendo que ambos esses acórdãos foram objecto de recurso, ambos motivados, mas porque a motivação do primeiro deles não continha conclusões, foi determinada pelo relator a notificação da S.^{ra} D.^{ra} para apresentar conclusões quanto a esse primeiro recurso, o que ela veio a fazer, nos termos seguintes:

- 1.º — A recorrente não tem como se opor à instauração do processo disciplinar, que depende do arbítrio dos membros do Conselho, porque não lhe foram comunicados os fundamentos da decisão.
- 2.º — Tal omissão acarreta nulidade, por falta de motivação expressa e cognoscível, pois a simples referência a grave e culposa violação do estatuto “não é suficiente para a instauração de um procedimento disciplinar”.
- 3.º — Por outro lado, a ordem de encerramento da página, de imediato e por tempo indeterminado, em simultâneo com a decisão de instaurar o processo disciplinar corresponde a aplicação de sanção sem qualquer direito de defesa que, para mais, condicionará a decisão final.

São estes dois recursos cujo mérito importa conhecer.

Para tanto, começaremos por estabelecer o elenco dos factos materiais e jurídicos que conduziram às decisões recorridas. São eles os seguintes:

- 1.º — Em 5 de Dezembro de 2007, a Delegação de da Ordem dos Advogados dirigiu ao Conselho de Deonto-

logia de, “para os fins tidos por convenientes”, um conjunto de documentos relativos a um site da responsabilidade da S.^{ra} D.^{ra}, denominado, no qual se escreveu, entre o mais, o seguinte, deixando-se aqui por integralmente reproduzido o que consta de fls. 2 a 24:

— “O meu objectivo último é dinamizar o exercício da advocacia, optimizando o apoio jurídico tanto a particulares como a empresas”;

— “Um serviço personalizado, competitivo, sólido, dinâmico, profissional e transparente, permite a eficaz resolução dos seus problemas, dúvidas e conflitos, satisfazendo desta forma os seus interesses”;

— “Estou consciente das suas expectativas, tentarei até ao meu limite actuar com a máxima celeridade que cada processo permita”;

— “Com escritório localizado no centro da cidade do Cartaxo, (...) mais concretamente na sua zona comercial, o meu objectivo último é dinamizar o exercício da advocacia, optimizando o apoio jurídico tanto a particulares como a empresas”;

— “Mantenho permanentemente os meus clientes informados sobre todo o tipo de situações julgadas importantes”.

— “Lamentando o facto de ter sido proferido o Parecer n.º E-03/07 do CG (...) desfavorável às consultas jurídicas on-line, e por estar adstrita à entidade que o emanou (Conselho Geral da Ordem dos Advogados) esta deixou de ser disponibilizada neste site a partir de 15 de Novembro de 2007”.

— “Um ditado antigo diz que Santo Ivo, patrono dos advogados, era “bom advogado mas não ladrão”. “Por muito que custe admiti-lo, a verdade é que esta fama tem acompanhado o advogado ao longo dos tempos e na opinião pública existe o receio de que o recurso a um destes profissionais possa significar ficar com a carteira vazia”. “Mas não é assim. Os advogados estão obrigados a praticar honorários moderados e se alguns exageram e limpam a carteira do cliente, a regra não é essa”.

2.º — Recebido esse expediente (autos a fls. 27), foi produzido douto acórdão no Conselho de Deontologia de,

determinando a autuação como processo disciplinar, e a notificação da S.^{ra} Advogada para se pronunciar sobre a participação bem como para encerrar de imediato a página web supra referida.

- 3.º — A notificação dessa decisão foi feita, como resulta do constante de fls. 29, que não foi impugnado, com cópia do parecer que precedeu o acórdão e da participação de fls. 1 a 25 dos autos.
- 4.º — A S.^{ra} Advogada participada respondeu, pronunciando-se sobre os termos da “participação de fls. 1 a 25 dos presentes autos”, invocando a seu favor, em suma, jurisprudência do Conselho Geral (Acórdão tirado na sequência do Parecer E-6/07 de 24 de Novembro de 2007) e do Conselho Distrital de Lisboa (Acórdão tirado na sequência do Parecer n.º 76/2003 de 14 de Janeiro de 2004) e, quanto ao fundo da questão, que não agiu por forma a violar qualquer regra estatutária, o que se evidenciaria também, a título exemplificativo, com o Protocolo celebrado em 18 de Maio de 2006 entre a Ordem dos Advogados e as Páginas Amarelas.
- 5.º — Além dessa exposição, a S.^{ra} Advogada interpôs recurso para o Conselho Superior do Acórdão atrás referido, recurso esse cujas conclusões foram acima recensadas, por entender que não lhe foi dado a conhecer o teor da participação nem os seus fundamentos, uma vez que, afirma “da mesma consta unicamente o conteúdo da sua página da internet”.
- 6.º — A S.^{ra} Advogada visada dirigiu em 5 de Março de 2009 (autos a fls. 85) uma exposição à Presidente do Conselho de Deontologia de, dizendo que o fazia “com humildade” e “como forma de esgotar todos os recursos nacionais, pois assim foi aconselhada pelas vias internacionais, uma vez que o Ex.^{mo} Sr. Bastonário entendeu não interferir na competência dos órgãos jurisdicionais da O.A” queixando-se de apesar do

tempo decorrido, não ter ainda uma decisão daquele órgão jurisdicional.

7.º — Em 16 de Abril de 2009 foi produzida acusação contra a S.^{ra} Advogada (autos a fls. 88) na qual, após a elencação dos factos que constituem reprodução dos documentos atrás citados, foi determinada a sua notificação para apresentar a sua defesa, notificação que foi cumprida (autos a fls. 96) e à qual a S.^{ra} Advogada arguida respondeu sustentando que a informação prestada por si por aquela forma é objectiva, verdadeira e digna, respeitando o n.º 1 do artigo 89.º do Estatuto.

Mais alega a S.^{ra} Advogada que em 16 de Janeiro de 2008 pediu um parecer ao Conselho Distrital de sobre a sua situação, de acordo com o Parecer E-41/02 do Conselho Geral, que não teve resposta no prazo de 30 dias, de onde entende ser possível concluir que deve ser tal omissão “considerada como concordância com a adequação deontológica e legal do que foi apresentado”.

8.º — Por fim, foi a S.^{ra} Advogada julgada, conforme resulta de fls. 104 a 154 dos autos, constando do duto acórdão, para além dos factos apurados, que aqui se dão por reproduzidos para todos os efeitos legais (autos de fls. 129 a 135 n.ºs 1 a 15), considerações acerca da “transfiguração do regime da publicidade” em consequência “das novas tecnologias de informação e dos efeitos por estas provocados na sociedade”, bem como da nova doutrina do artigo 89.º do Estatuto, as seguintes razões para a decisão:

a) Não está em causa a possibilidade legal de utilização do “site” da S.^{ra} Advogada, mas a forma como o fez, designadamente o teor dos conteúdos, que extravasam a publicitação lícita da actividade e dos seus serviços;

b) A informação prestada pela S.^{ra} Advogada apresenta um conteúdo persuasivo, de auto-engrandecimento e

- de comparação com referências à qualidade do seu escritório e indução da produção de resultados;
- c) Para além disso, as citações feitas pela S.^{ra} Advogada, designadamente a de Edgar Valles, pretendem induzir no visitante comum, não advogado a ideia de que a S.^{ra} Advogada arguida pratica honorários módicos em contraposição com outros advogados que se excedem;
 - d) Por último, a S.^{ra} Advogada não atentou em que a publicidade do advogado continua sujeita a regras claras e criteriosas, procedendo ao encerramento do seu site por iniciativa própria, pois desde que se conformasse com a publicitação da sua actividade, restringindo-a a informação objectiva, poderia e pode mantê-lo.
 - e) A conduta exposta integra actos ilícitos de publicidade proibidos pelas alínea *a)*, *c)* e *e)* do n.º 4 do artigo 89.º do Estatuto e, para além disso, prática de angariação ilícita de clientela, em violação do disposto na alínea *h)* do n.º 2 do artigo 85.º do mesmo Estatuto.

Ponderando tudo o exposto, considerou-se que a conduta da S.^{ra} Advogada arguida foi negligente, e, embora não sendo enquadrada nos ilícitos disciplinares de maior gravidade, não pode deixar de ser punida, até porque devem ser ponderadas as necessidades gerais de prevenção quanto à prática de futuras infracções, e bem assim que a S.^{ra} Advogada não tem qualquer punição anterior e encerrou de imediato o seu “website”, pelo que assim se justificou a aplicação da pena de multa de 750 €, conforme acima se referiu.

Fixados os factos, cumpre apreciar o direito, no caso concreto se os dois recursos interpostos merecerão provimento.

É pelas conclusões que se deverá aferir o respectivo mérito.

O primeiro recurso, recorde-se, respeita à decisão de determinar a instauração de processo disciplinar e do encerramento da página web.

Sustenta a recorrente, como resulta das suas conclusões, que não dispôs de elementos bastantes para conhecer os fundamentos da decisão, o que corresponderia a nulidade por falta de motivação.

Sustenta ainda que a ordem de imediato encerramento da página, por tempo indeterminado corresponde à aplicação de sanção sem qualquer tipo de defesa e que, para mais, condiciona a decisão final.

Não parece que tenha razão.

Em primeiro lugar, como atrás vimos, a decisão foi acompanhada de vasta documentação, da qual constava toda a matéria que justificou quer a instauração do processo disciplinar, quer o encerramento da página.

Não se compreende, assim como se pretende não ter sido integralmente comunicada a decisão e os seus fundamentos.

De resto, na exposição que em resposta a recorrente apresenta, ela mesma alude à “participação de fls. 1 a 25”, o que bem evidencia que tomou conhecimento dos seus exactos termos.

O que a recorrente poderia sustentar era que discordava da fundamentação, nunca que esta não lhe foi dada a conhecer.

Em segundo lugar, e desde já antecipamos algumas ideias susceptíveis de aplicação também à análise do segundo recurso, a ordem de encerramento da página, por tempo indeterminado e imediatamente, não pode ser entendida, como o faz a recorrente, nem como uma decisão que a impede de aceder àquela forma de divulgação dos seus serviços, nem como uma sanção sem prévia audiência.

É que a ordem de encerramento da página implica apenas a impossibilidade de a manter nos termos e com os conteúdos que foram julgados violadores das regras da publicidade, pelo que a S.^{ra} Advogada poderia manter a página desde que reformasse aqueles conteúdos, como, de resto, viria a ser reconhecido no segundo acórdão que vamos analisar.

Por outro lado, deparando-se ao Conselho de Deontologia uma violação segura de regras deontológicas, como foi julgada a que a S.^{ra} Advogada praticou, nada o impedia de adoptar logo, como medida cautelar, a que seguiu, devendo esta ser entendida como suspensão da página com aqueles conteúdos, até à decisão final, e não como a própria decisão final tomada nessa matéria.

Improcedem, assim, as conclusões desse recurso.

Vejam os segundos, no qual, recorde-se, se contesta a decisão final, por ausência de provas, porque o que foi considerado como prova foram apenas os documentos, mas numa versão deles que não é unívoca, porque o Conselho Distrital de não se pronunciou atempadamente sobre a legitimidade de adopção dos conteúdos supra citados.

Não vamos, é claro, entrar na discussão sobre se a condenação ignora a necessidade de distinguir a advocacia de província da advocacia das cidades grandes, alegação que tomamos mais como um desabafo do que uma afirmação rigorosa e para ser objecto de análise.

Não cremos também que as críticas da recorrente sejam nessa parte mais acertadas que as precedentes.

Em primeiro lugar, o encerramento do “website” foi determinado após a produção de provas, assumindo esse encerramento natureza cautelar, urgente e antecipatória de uma decisão, e só por isso não foi precedido do exercício do contraditório que, contudo, foi logo a seguir provocado.

Em segundo lugar, atenta a natureza dos factos, é claro que toda a prova teria de ser baseada em documentos.

Quanto ao argumento de que os olhos do interprete é que viram um comportamento vicioso onde ele não existia, é claro que em qualquer julgamento é o que sucede: quem tem o dever de julgar recolhe os factos, analisa-os e, depois, valoriza-os, aplicando-lhes o direito. Nesta tarefa o julgador interpreta os factos, fá-lo naturalmente conforme os seus critérios pessoais, mas isso não tira legitimidade à decisão.

Em terceiro lugar, o argumento segundo o qual a recorrente apresentou previamente o conteúdo do “website” ao Conselho Distrital de, interpretando o silêncio deste por 30 dias como concordância com o conteúdo daquele, é duplamente errado: por um lado, só a sabedoria popular é que inventou a fórmula, já “axeitada”, para usar uma expressão galega, segundo a qual “quem cala consente”, (os clássicos não diziam assim, mas “quem cala *parece* consentir”, “qui tacet consentire videtur”) quando bem se sabe que a teoria jurídica quanto ao valor do silêncio, na falta de expressa cominação, antes entende que quem cala não consente nem dis-

sente; errado é também, e nessa parte o seu uso é mesmo indesculpável, porque, como atrás vimos, esse parecer não foi pedido previamente ao uso do “website”: é a própria recorrente a dizer que foi notificada do acórdão de fls. 27 em 8 de Janeiro de 2007 (autos a fls. 29 e verso) e só viria a pedir aquele parecer em 16 de Janeiro de 2008, ou seja, muito depois do recebimento da notificação.

Duas palavras finais julgamos serem devidas quanto à natureza do tema e dos factos, que revestem alguma delicadeza.

Já um dia (Jurisprudência do Conselho Superior no Triénio de 2002/2004, página 104 e seguintes) em acórdãos de que fomos relator e recensado naquele lugar, tivemos oportunidade de escrever o seguinte:

“O tema da publicidade na advocacia tem sido objecto, sobretudo nos últimos tempos, de sucessivas abordagens que oscilam entre as soluções tradicionais e, porque não dizê-lo, mais conservadoras, e soluções que visam caminhar para padrões semelhantes aos das actividades comerciais, que se enunciam como próximas do direito americano e de algum direito europeu.

O advogado foi visto durante muito tempo como personagem adstricto a deveres de discrição e de reserva incompatíveis com parangonas publicitárias.

*Reconhece-se que o mundo mudou. Ponto é saber até onde pode mudar e evoluir sem implicar quebra de valores de que a advocacia não pode abdicar e como pode estabelecer-se o adequado equilíbrio entre esses valores e as necessidades postas pela concorrência e pela própria clientela, de forma a que a profissão se não torne vítima das suas próprias regras, para usar a feliz expressão de Caure Barsz (in *Le Guide des Cabinets D’Avocats d’Affaires Paris*, 1997, pág. 25).*

*Como acertadamente reconhece o Dr. Alfredo Castanheira Neves (in *O Estatuto da Ordem dos Advogados — Questões Polémicas ROA*, 52, Tomo II — Julho de 1992, pág. 839) a publicidade entre os advogados, que durante algum tempo foi encarada com mais ou menos consenso, não tem ultimamente conseguido escapar à acelerada evolução dos conceitos propagandísticos que se*

vêm instalando na nossa sociedade. À clara dicotomia antes existente entre o que era publicidade (e como tal vedado aos advogados) e o que não o era (e, por conseguinte, permitido) acrescentou-se hoje uma larga faixa cinzenta de comportamentos e actos destinados em última análise, e ainda que camufladamente, a tornar público e apetecido um bem ou serviço, que em bom rigor, não se conseguem inserir de modo inequívoco em nenhuma das duas formas atrás citadas.

Nesse lugar o nosso ilustre par anunciava a preocupação de inventariar os temas mais polémicos, concitando para eles uma sadia, salutar e iluminadora discussão que desde então vem sendo empreendida através de contribuições excelentes de que, a título de exemplo, se citam as de Orlando Guedes da Costa (Dos pressupostos do Exercício da Advocacia e da Publicidade do Advogado, Porto, 1993) e de José Carlos Soares Machado (Interpretação dos arts. 86.º n.ºs 1 e 2 e 52.º n.º 1 do EOA in ROA 53, 841).

O que sobre a medida da pena vamos propôr, é preciso confessá-lo, é em boa parte, ainda hoje, influenciado pelo que assim dizíamos, porque assim ainda hoje pensamos.

Resta, analisar a questão da medida da pena.

O bem fundamentado acórdão recorrido condena a S.^{ra} D.^{ra} na pena de multa no valor de 750 €.

Sem prejuízo de esse douto acórdão considerar que aquela pena visa as necessidades gerais de prevenir futuras infracções disciplinares, não deixa de considerar também que a conduta da S.^{ra} Advogada, tida como negligente, não é enquadrável nos ilícitos disciplinares de maior gravidade.

Assim é: numa sociedade em mudança permanente e acelerada chega a correr-se o risco de tomar decisões já desactualizadas por acção de factos ocorridos entre o momento em que começamos a escrever e aquele em que concluímos o texto.

Comungamos, pois, das ideias que povoam o acórdão recorrido, mas essa comunhão — e a legítima dúvida que justifica a inserção do tema naquela “faixa cinzenta” de que falava Castanheira Neves — parece justificar que nos afastemos da motivação utilizada quanto à medida da pena.

A pena de multa aplicada é uma pena de gravidade média; aliás estando prevista na alínea *c*) do artigo 125.º do Estatuto e contendo este 5 alíneas (de *a*) a *e*)) é também, por essa arrumação sistemática, de considerar como a média das penas, independentemente da graduação e do seu valor. Se é uma pena de gravidade média, não pode ser aplicada a infracções de pequena gravidade.

Por outro lado, nos termos do artigo 126.º n.º 4 do Estatuto, a pena de multa é aplicável aos casos de negligência, que, no caso, não temos por seguro que tenha ocorrido.

Afigura-se assim, ponderando também os antecedentes disciplinares da arguida e as demais circunstâncias previstas no n.º 1 do referido artigo 126.º, que mais adequada ao comportamento da S.^{ra} Advogada será a pena de censura, aplicável a faltas leves no exercício da advocacia, e consistente num juízo de reprovação, que importa, de facto, formular, sem reservas nem equívocos.

Termos em que se afigura ser de negar provimento ao primeiro recurso e conceder parcial provimento ao segundo, dando por integralmente provada a violação por parte da arguida dos deveres deontológicos consagrados nas alíneas *a*), *b*), *c*), e *e*) do n.º 4 do artigo 89.º do EOA, e na alínea *h*) do n.º 2 do artigo 85.º do EOA, e, por isso, atentas as circunstâncias do caso e do tempo da infracção, condená-lo na pena de censura, nos termos do artigo 125.º n.º 1 alínea *b*) e 126.º n.ºs 1 e 3 do EOA.

À sessão.

Guimarães, 23 de Novembro de 2010

CONCESSÃO DE PATROCÍNIO POR PARTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Parecer do Conselho Geral
N.º 2/PP/2011,
de 29 de Março de 2011

Relator: Pedro Tenreiro Biscaia

I — O Ex.^{mo} Senhor Dr. ..., advogado portador da cédula profissional n.º ..., Requeveu a concessão de patrocínio pela Ordem dos Advogados, no recurso por si interposto da sentença proferida no âmbito do Proc. N.º ... cujos termos se encontram a correr na Secção do Juízo Cível de Lisboa,

Para tanto,

II — Considera o seguinte:

- a) A situação que deu origem aos autos judiciais acima referenciados, está relacionada com a condenação do ora Requerente no pagamento pessoal de uma taxa de justiça, alegadamente, devida pela parte sua constituinte em pleito judicial por incumprimento do disposto no art.º 229.º-A do CPC;
- b) O caso do Requerente está abrangido por deliberação deste Conselho Geral de 18 de Janeiro de 2008 e foi

objecto do Parecer n.º E-23/04 publicado no Boletim da Ordem dos Advogados n.º 45;

III — O Ex.^{mo} Senhor Bastonário Dr. António Marinho e Pinto, por despacho de 15 de Junho de 2011 de fls., solicita a elaboração de uma proposta sobre a questão suscitada de concessão de patrocínio, para o que faculta cópia dos diversos elementos do assunto em análise.

Proposta:

1 — Procura-se saber e declarar se o Senhor Advogado poderá beneficiar da concessão de patrocínio por parte da Ordem dos Advogados na tramitação do recurso por si interposto no Proc. n.º cujos termos se encontram a correr naª Secção do.... Juízo Cível de Lisboa, cfr, n.º 2 do art. 5.º, al. *h*) do n.º 1 do art. 39.º e al. *u*) do n.º 1 do art. 45.º, todos do EOA.

Neste âmbito, conforme invocado genericamente pelo Requerente, verifica-se que a Ordem dos Advogados através do seu Conselho Geral ter-se-á pronunciado anteriormente no sentido de que a obrigação de notificação da parte contrária, estabelecida no artigo 229-A do CPC, recai sobre a parte, na pessoa do seu mandatário judicial, pelo que, o mesmo não pode ser pessoalmente condenado em multa ou custas pela falta de notificação do mandatário da contraparte, nos termos do artigo 229-A do CPC.

Ora,

No caso em concreto, o Requerente reagiu judicialmente contra uma verdadeira sanção que descreve como sendo “*um clamoroso erro judiciário por parte do julgador*”, não tendo, no entanto, na primeira instância judicial logrado obter ganho de causa, entendendo o Tribunal que não se tinham verificado os pressupostos de que depende a responsabilização do Estado pela reparação dos danos sofridos pelo Senhor Advogado, julgando, assim, improcedente a acção.

Deste modo,

O Senhor Advogado actuou judicialmente em defesa da sua dignidade profissional e enquanto cidadão lesado por uma decisão, ao que tudo parece indicar, incorrecta.

Pese embora, não seja da competência do Conselho Geral pronunciar-se sobre o ganho de causa e analisar em profundidade os pressupostos da responsabilidade do Estado na reparação do dano provocado, situação que deve ficar para o Julgador do caso concreto, está aqui em apreço, uma questão de fundo que pode ter implicações para a Advocacia no seu todo.

Uma vez que,

Na eventualidade do Senhor Advogado ter sido directa e pessoalmente responsável por actos reveladores de um deficiente exercício das suas obrigações profissionais é à Ordem dos Advogados através dos seus órgãos disciplinares, e não ao juiz de qualquer processo, que compete avaliar e aplicar eventuais sanções e condena-lo se for caso disso.

2 — Em conclusão:

- a) O caso concreto sujeito a apreciação enquadra-se no âmbito da previsão do n.º 2 do art. 5.º, al. h) do n.º 1 do art. 39.º e al. u) do n.º 1 do art. 45.º, todos do EOA;
- b) Ao Ex.^{mo} Colega Requerente deverá ser prestado o necessário patrocínio por parte da Ordem dos Advogados atendendo-se ao facto de se encontrar em causa a análise judicial por parte do Tribunal da Relação de Lisboa de uma possível condenação abusiva a que foi sujeito um Advogado no exercício da sua profissão;

É a nossa proposta.

À reunião do Conselho Geral.

Lisboa, 17 de Junho de 2011